

FEDERICO CARLO DI SAVIGNY

SISTEMA

DEL

DIRITTO ROMANO

ATTUALE

Traduzione dall'originale tedesco

di

VITTORIO SCIALOJA

Professore di Diritto Romano nella R. Università di Roma

CON IL CONTRIBUTO DI

VOLUME PRIMO



TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

33 — VIA CARLO ALBERTO — 33

1886

CAPO SECONDO

NATURA GENERALE DELLE FONTI DEL DIRITTO

§ 4.

Rapporto giuridico.

La base del diritto romano attuale deve cercarsi nella determinazione delle fonti giuridiche ad esso pertinenti. Ma per giungere a buoni risultati è necessario pre-

p. 7 mettere una più larga indagine circa la natura delle fonti giuridiche in generale.

Se noi consideriamo il diritto, come nella vita reale d'ogni parte ne circonda e ne stringe, ci apparisce in esso prima di tutto il potere, che spetta a ciascuna persona: una sfera, nella quale la volontà di questa regna, e regna col nostro consenso. Siffatto potere noi lo chiamiamo *diritto* di questa persona, nel significato di facoltà: molti lo chiamano diritto in senso soggettivo. Tale diritto si manifesta in modo più evidente soprattutto, quando è messo in dubbio o contestato, sicchè l'esistenza e l'estensione di esso venga riconosciuta da una sentenza giudiziale. Ma un più attento esame ci persuade che questa forma logica di una sentenza è soltanto il prodotto di un bisogno accidentale, e che essa non contiene tutta l'essenza della cosa, ma anzi ha bisogno d'un fondamento più profondo. Questo si ritrova nel *rapporto giuridico*, del quale ogni singolo diritto rappresenta soltanto una faccia particolare, separata per astrazione dal tutto; cosicchè il giudizio stesso circa il singolo diritto non può essere vero e ragionevole, se non quando si basa sulla comprensione completa del rapporto giuridico. Il rapporto giuridico però

ha una natura organica, e questa si manifesta sia nella correlazione delle sue parti che si bilanciano a vicenda e dipendono l'una dall'altra, sia nel progressivo svolgimento, che in esso si verifica nel modo di sua nascita e di sua estinzione.

Questa viva ricostruzione del rapporto giuridico in ogni singolo caso è l'elemento razionale della pratica giuridica, e distingue la nobile vocazione di essa dal semplice meccanismo, che molti inesperti credono di riscontrarvi. Affinchè questo punto importante non solo sia inteso nella sua generalità, ma sia messo in piena luce in tutta la ricchezza del suo contenuto, non sarà forse inutile di chiarirlo con un esempio. La celebre legge *Frater a fratre* [L. 38. D. *De cond. indeb.* 12, 6] tratta il caso seguente. Due fratelli sono soggetti alla potestà dello stesso padre. Uno dà a mutuo all'altro una somma. Il mutuatario la restituisce dopo la morte del padre, e si domanda se esso possa ripetere questo danaro pagato, come pagato per errore. Qui il giudice deve soltanto giudicare della quistione, se la *condictio indebiti* sia o no fondata. Ma per poter far ciò, egli deve tener presente il rapporto giuridico nel suo complesso. I singoli elementi di questo erano: la patria potestà sui due fratelli, un mutuo fatto dall'uno all'altro, un peculio che il debitore aveva ricevuto dal padre. Questo rapporto giuridico complesso si è venuto svolgendo progressivamente per la morte del padre, la sua successione, la restituzione della somma mutuata. Su tali elementi deve basarsi la speciale sentenza, che si richiede al giudice.

la scienza ne deve tener conto senza dubbio, come dei testi relativi ad istituti giuridici antiquati, come per es. la schiavitù, e come delle fonti di diritto anteriori a Giustiniano. Solo, per la natura stessa del loro contenuto, il valore di esse è assai più limitato e meno importante. Gaio ed Ulpiano ci rendono chiari molti punti del digesto, che altrimenti ci sarebbero rimasti oscuri; quei testi restituiti invece contengono singole modificazioni legislative, che non ci rischiarano punto il resto del diritto, e per le quali tutto si riduce a sapere se debbano o no essere direttamente applicate. Così, per es., riguardo alla L. 22 C. *de fide instrum.* [4, 21] non si può trattar d'altro che di vedere se una delle parti litiganti sia autorizzata a chiedere, che un terzo le comunichi o no i documenti; così pure relativamente alle Nov. 121. 138 per il computo delle usure oltre il doppio. Il diritto precedente, che era in vigore indipendentemente da queste leggi, non diventa per esse in nessun modo più chiaro.

p. 75. Al contrario può darsi il caso, che nel Digesto si abbiamo testi contraddittori circa una data questione, e che su tale questione si pronunci una Novella di Giustiniano non glossata. Benchè questa non abbia forza di legge, non si può tuttavia negarle allora un' autorità somma; e anche da scrittori pratici si ha perciò meritamente riguardo alle Novelle non glossate (n).

Se però si trovano alcune sentenze, nelle quali siano

(n) Un esempio ce ne porge la Nov. 162 non glossata, vedi più oltre § 164. — L'autorità puramente scientifica, qui riconosciuta, delle fonti anteriori e posteriori a Giustiniano, si può chiarire anche mediante due analogie del tutto conformi. La stessa autorità infatti deve ammettersi per le fonti dell'antico diritto germanico nei paesi di diritto comune; e pel diritto romano stesso nei paesi retti da codici più recenti (come per esempio la Prussia, l'Austria, la Francia).

applicati addirittura come leggi i testi restituiti del diritto giustiniano, è nondimeno evidente, che per tali decisioni così rare e isolate il principio qui sostenuto non può essere abbattuto e neppure messo in dubbio, poichè la verità ne fu riconosciuta sempre in tutti i secoli universalmente da teorici e da pratici.

Oltre il diritto romano, dobbiamo qui considerare come legge il *diritto canonico*, in quanto ha sviluppato e modificato gl'istituti giuridici romani. Anche il diritto canonico infatti fu, come il romano, riconosciuto in tutta l'Europa. Tuttavia tale riconoscimento non si può affermare con sicurezza, se non per le seguenti raccolte: il Decreto di Graziano, le Decretali di Gregorio IX, il Sesto, e le Clementine (o).

Se finalmente si considera il diritto romano attuale p. 76. sotto l'aspetto particolare, ch'esso ha assunto qual diritto comune dell'impero germanico, tra le leggi da applicarsi va tenuto conto delle *leggi dell'impero*, in quanto per esse sono stati modificati alcuni istituti del diritto privato romano. Queste modificazioni peraltro sono anche molto meno importanti, che quelle introdotte dal diritto canonico.

§ 18.

B. Diritto consuetudinario.

Convieni ora dimostrare, qual posto occupi tra le fonti del diritto romano attuale il diritto popolare o

(o) EICHORN, *Diritto canonico (Kirchenrecht)*, I, pag. 349-360. Controversa invece è la recezione delle due raccolte delle *extravagantes*: queste peraltro non hanno importanza per le modificazioni del diritto privato romano, delle quali qui si tratta, sicchè la controversia è del tutto indifferente pel nostro scopo.

diritto consuetudinario, che fu da noi più sopra studiato in generale (§ 7. 12).

p. 77. Quando Giustiniano ottenne l'impero, l'originario diritto popolare romano già da lungo tempo non esisteva più nella sua forma primitiva. La parte più importante di esso già al tempo della repubblica era passata nella legislazione del popolo o negli editti, e di ciò che rimaneva ancora come libero diritto consuetudinario s'impossessò la letteratura giuridica, sicchè si trasformò in diritto scientifico. Quando la letteratura giuridica venne ad estinguersi, mancò la viva energia nazionale necessaria per la formazione di nuovo diritto; e se pure talvolta le circostanze esteriori lo richiedevano, bastava quasi sempre la legislazione imperiale per dare forma determinata al nuovo istituto giuridico (a). Era dunque quasi impossibile che accanto alla compilazione giustiniana avesse ancora perdurato un libero diritto consuetudinario, come diritto comune romano, perchè tutto ciò che di notevole già era sorto in forza di esso, aveva senza dubbio trovato posto nei Digesti o nel Codice. Al contrario accanto a questa legislazione generale potevano esistere molte disposizioni di diritto consuetudinario particolare, senza che noi siamo in grado di determinarne nemmeno in linea d'ipotesi il contenuto e l'importanza. — Sotto i successori di Giustiniano doveva, in forza delle medesime circostanze, perdurare lo stesso stato di cose, tanto più che la legislazione di lui era stata l'ultimo grande tentativo di tal natura, e dopo di lui la forza di formare il diritto si venne sempre a indebolire.

Uno stato di cose affatto diverso si produsse, allora

(a) Il così detto *peculium adventitium* e la *donatio propter nuptias* possono servire di esempio illustrativo.

chè nella rinnovata Europa il diritto romano fu accolto presso nazioni, presso le quali esso non era nato. Eran queste allora già in tal condizione da render difficile il sorgere di un diritto consuetudinario generale, specialmente di un diritto tale, per cui si potesse completare e svolgere ulteriormente il diritto romano ad esse estraneo. Tuttavia esistevano anche delle circostanze favorevoli a tale diritto consuetudinario generale. L'adozione della legislazione straniera aveva prodotto in esse una condizione artificiale e complicata nel diritto, che non poteva essere appianata se non con nuove norme giuridiche sussidiarie. Questo bisogno poteva essere soddisfatto mediante una saggia ed attiva legislazione, se questa fosse stata possibile per il carattere di quegli Stati. Poichè questa mancava, non si poteva ricorrere che al diritto consuetudinario, la cui produzione era favorita dalla fresca e giovanile energia di quelle nazioni. Ma il modo speciale com'era sorto quel bisogno, doveva dare anche a questo diritto consuetudinario un carattere particolare. Esso non fu, come l'altro diritto popolare, patrimonio comune dell'intera nazione; ma fin da principio assunse una natura scientifica, come tra breve più precisamente dimostreremo (§ 19).

L'atto più grande e notevole di diritto consuetudinario generale, al principio dei tempi moderni, era stato appunto la recezione del diritto romano in quei limiti speciali, che già più sopra abbiamo stabiliti (§ 17). Questa recezione però ebbe una diversa importanza presso i differenti Stati della moderna Europa; cosicchè le innovazioni, ch'essa portò nel dominio del diritto, si dovettero risentire in gradi assai diversi. In Italia il diritto giustiniano non era mai scomparso del tutto; di nuovo vi fu dunque soltanto il suo risorgimento e la particolare e determinata limitazione delle

leggi, che d'allora in poi ebbero vigore. In Francia pure il diritto romano non era mai scomparso del tutto; ma la forma speciale da esso assunta nella compilazione giustiniana era ivi completamente nuova. Molto più sensibile però dovette essere quella recezione in Germania, dove il diritto romano stesso era un elemento giuridico intieramente nuovo e fino allora sconosciuto; sebbene fosse adatto ai rapporti della vita pratica nella nuova civiltà, poichè solo in tal modo esso poteva essere accolto. Quivi appunto una lunga e vivace lotta precedette la recezione completa, e così si ebbe la preparazione e la constatazione dell'efficacia del diritto consuetudinario.

Ma non solo la recezione del diritto romano per sé stessa deve, come prodotto certo del diritto consuetudinario, attrarre tutta la nostra attenzione; ma altrettanto, e forse più, la maniera particolare ed i limiti, entro i quali ebbe luogo questa recezione (§ 17); perchè ne risulta che essa fu accompagnata da una chiara coscienza, nè può quindi riguardarsi come opera di un caso inconsapevole. E nemmeno può questa recezione, compiutasi in tal modo, considerarsi come istantanea e subito pienamente terminata; che anzi essa giunse soltanto gradatamente al suo pieno sviluppo. Ciò vale specialmente riguardo alla sostanziale limitazione, per la quale fu esclusa dalla recezione una parte considerevole del contenuto del diritto romano. — In questo grande fenomeno di un diritto consuetudinario generale, che sorge egualmente (quantunque non nel medesimo tempo) in molti Stati si manifesta pure la particolar natura dell'epoca moderna. Questi Stati adottarono in complesso un diritto, che non era nato presso di loro, ma presso un popolo straniero, presso un popolo, col quale alcuni di loro non avevano nep-

pure affinità di stirpe. Da ciò risulta che le nazioni moderne non eran destinate in grado uguale alle antiche a formare nazionalità esclusive, e che anzi la comune religione cristiana le aveva riunite tutte con invisibile legame, senza però cancellare il loro carattere nazionale (b). Su ciò è basata la grande legge di sviluppo dei nuovi tempi, il cui ultimo fine è agli occhi nostri ancora nascosto.

Accanto al diritto consuetudinario generale se ne venne formando uno particolare anche nei tempi moderni, ed il formarsi di esso in cerchia più ristretta incontrò, come già era avvenuto nello Stato romano, ostacoli molto minori. Esso poteva formarsi in questa cerchia più ristretta in forza di una coscienza giuridica ^{p. 81.} veramente comune a tutti, e perciò in modo prettamente popolare, senza esser preparato ed aiutato dalla scienza. In questo diritto consuetudinario particolare si sono conservati e svolti nel modo più esteso specialmente gli originari rapporti giuridici germanici relativi alla proprietà territoriale (feudi, beni di famiglia, beni dei contadini) oltre il diritto di successione con questi connesso; rapporti, che son destinati a durare oltre la vita di un uomo, e che sogliono essere collegati con i costumi, e le occupazioni continue e conformi di numerose classi di persone. In simil modo si vede nelle città che la comunione dei rapporti d'affari e di mestieri ha da per tutto generato speciali diritti consuetudinari, che modificarono in particolar modo la successione ereditaria (in forza della comunione dei beni sotto forme diverse). Tuttavia vi rimase sempre un campo libero per l'applicazione del diritto romano. Al contrario l'influenza delle consuetudini particolari si

(b) SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio-evo*, vol. 3. § 33.

trova essere molto più limitata negli istituti giuridici già esistenti nel diritto romano, tra i quali pochi soltanto in forza dei bisogni quotidiani ricevettero nuove modificazioni mediante la consuetudine, come p. es. il diritto di fabbricare in rapporto agli edifici vicini e il diritto della locazione delle case e dei servi salariati. Così dunque il diritto consuetudinario particolare restò sempre molto importante per il diritto d'origine germanico, assai meno per il progresso del diritto romano (c).

E questo duplice diritto consuetudinario, generale e particolare, non deve soltanto riconoscersi per il passato, come fonte del diritto romano attuale oltre le leggi, ma può, come elemento di progresso, ritrovarsi anche per il futuro.

Anche in questa speciale applicazione noi dobbiamo riconoscere nel diritto consuetudinario la medesima natura, che sopra abbiamo attribuito al diritto consuetudinario in genere. Esso nasce perciò dalla comunione delle convinzioni e non già dalla volontà degli individui, i sentimenti e gli atti dei quali debbono considerarsi soltanto come indizi di quella comunione. Il costume o la usanza, che noi propriamente chiamiamo consuetudine, è perciò per noi principalmente un mezzo di riconoscimento, non già il fondamento e la causa originaria di quel diritto. Se finalmente paragoniamo l'autorità di questo con quella delle leggi, dobbiamo attribuire a queste due fonti giuridiche identico valore. Le leggi dunque possono in forza d'un più recente diritto consuetudinario non solo essere completate e mo-

(c). Ottime osservazioni in ordine a questo contrapposto si trovano in GOETZE *Diritto provinciale dell'Altmark (Provinzialrecht der Altmark)*, Motivi I p. 11-13.

dificate, ma anche abrogate (§ 19), e ciò senza distinguere se il diritto consuetudinario abolisca semplicemente la legge o se ponga in suo luogo una regola nuova (d).

§ 19.

C. — Diritto scientifico.

Nell'antica Roma il diritto popolare congiuntamente alla legislazione era già pervenuto ad un alto e notevole grado di sviluppo lungo tempo prima che esistesse la scienza giuridica. Ma dopo che la vita scientifica si fu svegliata nella nazione, naturalmente si rivolse anche al diritto, nel quale trovava già una materia altrettanto nobile quanto puramente nazionale. La classe dei giureconsulti, che si formò allora, diventò l'organo principale del diritto popolare, la cui forza creatrice raramente si manifestò in seguito nella sua forma originaria. Perciò, sebbene la scienza del diritto fosse un ramo della vita scientifica generale sorta nella nazione, essa ebbe uno svolgimento del tutto particolare. Essa giunse più lentamente che le altre scienze a quella maturità, che presso i Romani dovevano conseguire; e raggiunse l'apice della sua perfezione in un tempo, in cui la scienza e l'arte in generale erano già in evidente de-

(d) Il significato e l'importanza di questi principii, che sembrano molto astratti, diventeranno più chiari in seguito (§ 28 e seg.) con l'esame delle contrarie opinioni di scrittori moderni. Per questa ragione appunto io rinvio più oltre l'esposizione più precisa delle condizioni necessarie all'esistenza d'un vero diritto consuetudinario, che potrebbe trovar qui il suo posto, se non fosse più opportuno, a causa degli errori molto estesi dei moderni scrittori, di determinare criticamente le vere condizioni in confronto ed in opposizione di questi errori.

il solo legislatore possa dichiarare il senso di una legge in modo obbligatorio per tutti (g).

Se finalmente noi ricerchiamo che cosa sarebbe da consigliarsi nelle nostre condizioni e secondo i nostri bisogni, sembra che debba senza alcuna esitanza concedersi ad ogni giudice la vera interpretazione libera, ma negarsi per regola ciò, che solo per un malinteso è stato considerato come interpretazione. Poichè tuttavia in concreto i confini tra mera interpretazione e vera e propria formazione del diritto possono essere molto incerti (§ 37), così è da desiderarsi che siavi un magistrato superiore, nel quale possano esser riunite quelle due facoltà, e la cui azione non possa perciò essere impedita per dubbj circa quei limiti. Se esiste una autorità superiore incaricata di vegliare alla formazione del diritto in generale (§ 31), è senz'altro indubitato che essa deve compiere tale suo ufficio, anche quando gliene porge occasione la esistenza di dubbj circa la interpretazione della legge. Ma anche laddove non esiste un tale magistrato, od anche indipendentemente e concorrentemente ad esso, il diritto di fare questa più libera interpretazione potrebbe essere affidato senza difficoltà ad una corte di giustizia, la quale tenesse presso a poco il posto della Corte di cassazione francese. Essa allora eserciterebbe anche una influenza simile e porterebbe all'amministrazione della giustizia vantaggi simili a quelli, che nell'antica Roma esercitarono e portarono il pretore e i giureconsulti, cosicchè ad essa sarebbe specialmente da attribuirsi quella interpretazione estensiva e restrittiva, che di sopra dovemmo dimostrare esser funzione eccedente il mero ufficio del giudice e fuori del campo della vera interpretazione.

(g) Codice austriaco, Introduzione, § 6. 7. 8.

LIBRO SECONDO

p. 334.

I RAPPORTI GIURIDICI

CAPO PRIMO

ESSENZA E SPECIE DEI RAPPORTI GIURIDICI

§ 52.

Essenza dei rapporti giuridici.

Già di sopra abbiamo esposto la natura generale dei rapporti giuridici e come questi si dividano in rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato (§ 4. 9). È la essenza di quelli appartenenti al diritto privato, che noi dobbiamo ora studiare più ampiamente; essi soli rientrano nel nostro tema, e verranno perciò da noi indicati sin da ora col nome di rapporti giuridici senz'altro, senza aggiunte che ne restringano il senso.

L'uomo si trova circondato dal mondo esteriore, e l'elemento più importante di questo suo ambiente è per lui costituito dai rapporti con coloro, che hanno con lui comuni la natura ed i fini. Che pertanto esseri liberi convivano in questi reciproci rapporti, aiutandosi gli uni gli altri, senza essere reciprocamente di impaccio nel loro sviluppo, è possibile solamente mediante il riconoscimento di una invisibile linea di confine, entro la quale la esistenza e la attività di ciascuno possa godere di uno spazio libero e sicuro. La regola, che fissa quel confine e determina questo spazio libero, è il diritto. In ciò sta al tempo stesso la affinità e la dif-

p. 332.

ferenza che corre tra diritto e morale. Il diritto serve alla morale, ma non in quanto ne soddisfi tutte le esigenze, ma in quanto assicura il libero sviluppo della forza di essa, che risiede nella volontà di ogni individuo. Il diritto però ha una esistenza per sè stante, e non è quindi una contraddizione, se si afferma la possibilità nel caso concreto dell'immorale esercizio di un vero e proprio diritto.

Il bisogno e la esistenza del diritto è una conseguenza della imperfezione del nostro stato, ma non di una imperfezione casuale, storica, ma di una imperfezione che è inseparabilmente connessa col grado attuale della nostra esistenza.

Molti, nella ricerca del concetto del diritto, partono dal punto di vista opposto, dal concetto del non diritto. Non diritto è secondo essi violazione della libertà per parte di una libertà altrui, che è d'impedimento allo sviluppo dell'uomo, e deve quindi essere removed come un male. La remozione di questo male è secondo essi il diritto. Questo, secondo alcuni, sarebbe sorto per un intelligente accordo, rinunciando ogni individuo a parte della sua libertà per assicurarsene il resto; o, secondo altri, per una coazione esterna, la quale sola potrebbe esser di ostacolo alla naturale tendenza degli uomini a distruggersi a vicenda. Costoro, prendendo in tal modo a base il momento negativo, fanno precisamente come se noi, per conoscere le leggi della vita, prendessimo a punto di partenza lo stato di malattia. Lo Stato è agli occhi loro una necessità, che si impone e che, data una generale rettitudine di sentimenti, dovrebbe scomparire come superflua; mentre invece esso, data tale ipotesi, secondo il nostro modo di vedere, non potrebbe che crescere tanto più in forza e dignità.

Sotto il punto di vista, nel quale ci siamo posti, ogni

singolo rapporto giuridico ci apparisce come una relazione tra più persone determinata da una regola di diritto. Questa determinazione consiste poi in questo, che alla volontà individuale è assegnato un campo, nel quale essa domina indipendente da ogni volontà altrui.

In ogni rapporto giuridico possono quindi distinguersi due elementi: in primo luogo una materia, vale a dire quel rapporto in sè stesso, ed in secondo luogo la determinazione giuridica di questa materia. Il primo elemento può essere designato come l'elemento materiale del rapporto giuridico, o come il semplice fatto, il secondo come l'elemento formale, vale a dire come quello per cui il rapporto di fatto assume carattere, forma giuridica.

Ma non tutti i rapporti dell'uomo coll'uomo appartengono al campo del diritto, in quanto non tutti sono suscettibili od hanno bisogno di essere così determinati da una regola di diritto. A questo riguardo possono distinguersi tre casi differenti. Rapporti umani che appartengono al campo del diritto o sono dominati da regole di diritto in modo completo, altri che non lo sono in nessun modo, altri finalmente che lo sono solo parzialmente. Possono valere come esempi per la prima classe la proprietà, per la seconda l'amicizia, per la terza il matrimonio, poichè esso in parte appartiene al campo del diritto e in parte ne sta fuori.

§ 53.

Delle differenti specie di rapporti giuridici.

La essenza del rapporto giuridico fu definita come una sfera di dominio indipendente della volontà individuale (§ 52). Noi dobbiamo perciò innanzi tutto ricer-

care gli oggetti, sui quali la volontà può operare ed estendere così il suo dominio; ciò porterà di per sé a una rassegna delle differenti specie possibili di rapporti giuridici.

La volontà può agire innanzi tutto sulla propria persona, in secondo luogo sul di fuori, ossia su ciò che noi dobbiamo chiamare, rispetto al volente, mondo esteriore; tale è la divisione più generale di tutto ciò che può formare oggetto di quella azione della volontà. A comporre però il mondo esteriore concorrono in parte la natura non libera, in parte gli esseri liberi simili al volente, ossia le altre persone. E così, dalla semplice considerazione logica della questione proposta, ci si fanno manifesti tre oggetti principali del dominio della volontà: la propria persona, la natura non libera, le altre persone; per conseguenza, come pare, dovrebbero ammettersi tre specie principali di rapporti giuridici. Noi abbiamo ora da esaminare ad uno ad uno quegli oggetti, ed in primo luogo la persona propria, come oggetto di uno speciale rapporto giuridico.

Su questo punto è molto divulgata la seguente dottrina. L'uomo, si dice, ha sopra sé stesso un diritto, che comincia necessariamente con la sua nascita e non può estinguersi mai, finchè egli vive, ed appunto per ciò viene chiamato *diritto innato*; in opposizione a tutti gli altri diritti, i quali solo più tardi ed in modo contingente possono accedere all'uomo, e sono di natura transitoria, e perciò vengono chiamati *diritti acquisiti*. Alcuni in questa dottrina sono giunti tanto oltre da attribuire all'uomo un diritto di proprietà sulle sue facoltà intellettuali, e da derivarne ciò che chiamasi libertà di pensiero; ma non è assolutamente possibile di concepire, come un uomo possa impedire ad un altro di pensare, o viceversa possa pensare in lui ed eser-

citare in questo modo od in quello una turbativa di quel dato diritto di proprietà. Se poi si trasporta la questione sopra un terreno più facile, limitando cioè quel diritto di proprietà dell'uomo al suo essere visibile, al corpo umano e alle sue singole membra, ciò ha certamente un significato, quello di escludere ogni offesa qui certamente possibile; ma non per questo il concetto di tale proprietà è meno inutile, anzi da rigettarsi, in quanto che fra le altre sue conseguenze logiche porta a riconoscere un diritto al suicidio. Quello però, che si contiene di vero in questa erronea idea di un diritto innato avente per oggetto la propria persona, è ciò che stiamo per dire. In primo luogo può e deve essere senz'altro messo fuori di dubbio, che l'uomo ha il diritto di disporre di sé e delle proprie forze; che inoltre questa sua facoltà è appunto la base e il presupposto di tutti gli altri diritti veri e propri, in quanto per esempio proprietà ed obbligazioni hanno per noi valore e significato solamente come estensione artificiale delle nostre proprie forze personali, come nuovi organi, che vengono aggiunti artificialmente alla nostra essenza naturale. Ma quella potenza su noi stessi non ha bisogno di essere riconosciuta e determinata dal diritto positivo; e l'errore della suesposta dottrina sta nel fatto che quel potere naturale dovrebbe, altrettanto inutilmente, quanto erroneamente, esser posto sulla stessa linea con quella sua artificiale estensione ed esser trattato nella stessa maniera. — In secondo luogo, di molti tra i singoli istituti giuridici è da ricercare certamente l'origine nella difesa di quel potere naturale dell'uomo sopra sé stesso dalle aggressioni altrui. Tale è una gran parte del diritto criminale; tale, nel diritto civile, il considerevole numero dei diritti, che hanno per iscopo la protezione contro le offese all'onore, contro il dolo e

p. 337. contro la violenza, e tra gli altri perciò anche i rimedi possessorî. La ragione ultima di tutti questi diritti è certamente la inviolabilità della persona; tuttavia essi non devono essere considerati solo come semplici conseguenze di questo principio della inviolabilità; essi formano anzi degli istituti di diritto positivo, il particolare contenuto dei quali è pienamente distinto da quella inviolabilità. Se tuttavia si vogliono considerare come diritti sulla propria persona, non si fa altro, con tale designazione, che renderne oscura la vera natura. Non può dirsi neppure, che il riunire insieme quegli istituti di diritto, che hanno a comune questo punto di partenza, sia cosa avente una utilità pratica o didattica: basta riconoscere la loro affinità in generale (a).

p. 338. Se noi dunque rigettiamo assolutamente i così detti

(a) DONELLO, II. 8, § 2. 3, ammette due diversi *nostrum: in persona cuiusque e in rebus externis*. Nel primo egli annovera quattro elementi: *vita, incolumitas corporis, libertas, existimatio*. La *incolumitas animi* non rientra sotto la protezione del diritto, perchè non ne ha bisogno. — PUCHTA, *Sistema del diritto civile comune (System des gem. Civilrechts*, Monaco 1832), pone come prima classe fra tutti i diritti quelli sulla propria persona e tra questi annovera il diritto della personalità ed il possesso; egli intende per personalità la capacità giuridica e l'onore. Ma la capacità giuridica è condizione di tutti i diritti, della proprietà e delle obbligazioni non meno che dei diritti della prima classe, seppure questa è da ammettersi, per esempio del possesso. Essa è dunque un elemento di tutti i diritti e non può appartenere di preferenza ad alcuna classe. Al contrario poi di ciò che sarebbe da aspettarsi secondo la generale denominazione, vi manca affatto il diritto dell'uomo sulle proprie membra, ed oltre a questo ve ne mancano molti altri, che pure avrebbero dovuto trovarvisi necessariamente per far vedere un vero nesso tra il Libro 3 e il Libro 5, cap. 5, n. VI. Da ciò apparisce chiaro, che è arbitrario il criterio, a cui risponde quella prima classe, la quale sembra appunto essere stata ammessa solamente per assegnare un posto conveniente al possesso. — HEGEL, *Diritto naturale (Naturrecht)* § 70 ed aggiunta al § 70, si dichiara contrario a questo diritto sulla propria persona, e adduce come argomento principale, che altrimenti dovrebbe ammettersi un diritto al suicidio.

diritti innati, e riconosciamo i diritti acquisiti come i soli, ai quali dovranno dirigersi le nostre ulteriori ricerche, avremo che gli oggetti sottoposti al dominio della volontà rimangono soltanto due: la natura non libera, e le altre persone.

La natura non libera può da noi essere dominata non già nel suo complesso, ma solamente entro determinati limiti di spazio; la porzione di essa così limitata si chiama *cosa*, ed a questa si riferisce dunque la prima specie possibile dei diritti: il *diritto sopra una cosa*, che nella sua forma più pura e più completa si chiama *proprietà*.

Non così semplici sono quei rapporti di diritto, che hanno per oggetto persone, imperocchè noi possiamo trovarci con queste in due differenti relazioni. — La prima relazione, in che possiamo trovarci con una persona, si è quella in cui essa è sottoposta, in modo simile alle cose, alla nostra volontà, ed è quindi soggetta al nostro dominio. Se questo dominio fosse assoluto, non sarebbe più concepibile in colui, che vi soggiace, la esistenza della libertà e della personalità; questo nostro dominio non cadrebbe più sopra una persona, ma sopra una cosa, il nostro diritto sarebbe proprietà sopra un uomo, tale quale era in realtà il rapporto di schiavitù nel diritto romano. Ma se così non deve essere, se anzi noi vogliamo che si tratti di un rapporto giuridico particolare, che consista nel dominio sopra una persona senza che ne rimanga annientata la sua libertà, sicchè esso sia simile alla proprietà e tuttavia differente; questo dominio non potrà necessariamente estendersi alla totalità della persona, ma sarà limitato solamente ad un singolo atto della medesima; questo atto viene allora ad essere come sottratto alla libertà dello agente, e considerato come sottoposto alla nostra

volontà. Un tale rapporto di dominio sopra un singolo atto di una persona vien chiamato *Obbligazione*. Questa ha natura simile a quella della proprietà, non solamente perchè entrambe costituiscono una estensione del dominio della nostra volontà sopra una porzione del mondo esteriore, ma anche per altri più speciali riguardi: in primo luogo in quanto l'obbligazione può estimarsi in una somma di danaro, il che non è altro che un cambiamento della obbligazione in proprietà del danaro; in secondo luogo in quanto la maggior parte delle obbligazioni, e le più importanti tra di esse, non hanno altro scopo, che di condurre allo acquisto della proprietà o al godimento temporaneo di essa. — Mediante queste due specie di diritti, dunque, proprietà ed obbligazioni, viene ad essere esteso oltre i limiti naturali del proprio essere il potere della persona, che ne è investita. Ora l'insieme dei rapporti, che estendono in siffatto modo il potere di un individuo, viene chiamato *patrimonio* di esso, e lo insieme degli istituti giuridici, che vi si riferiscono, *diritto patrimoniale* (b).

Nel rapporto della persona con un'altra persona, da noi esaminato sin qui, ognuna di queste vi compariva come un tutto per sè stante, che nella sua astratta personalità stava di fronte all'altra, come ad un ente

(b) La espressione tedesca indicante questo concetto è la più esatta che potesse immaginarsi [*Vermögen* = potere]. Essa infatti indica direttamente l'essenza della cosa, lo accrescimento del nostro potere avvenuto per la esistenza di quei diritti, ciò che noi per mezzo di questi siamo in grado di fare, o *possiamo* (*vermögen*). Non così ne tocca la essenza la espressione romana *bona*, la quale è passata nelle lingue latine moderne, e che risponde ad un concetto secondario, a quello cioè del benessere, che si può conseguire con quel potere, o della felicità, che esso ci assicura.

completamente estraneo (benchè simile). Assolutamente diverso da questo è il secondo rapporto, che può aversi con le altre persone, e che ora si tratta appunto di spiegare. In questo noi consideriamo ciascun uomo non come un ente isolato, ma come membro del tutto organico costituito dalla intera umanità. Ora, poichè la sua unione a questo gran tutto è stabilita sempre mediante determinati individui, così la relazione, che corre tra esso e questi individui, costituisce la base di una nuova specie del tutto particolare di rapporti giuridici. In questi l'individuo non ci apparisce, come nelle obbligazioni, come un'unità per sè stante, ma come un essere incompleto, che ha bisogno di trovare il suo completamento in un grande insieme di rapporti naturali. Questa incompletezza dell'individuo, come pure il relativo suo completamento, si mostra in due diverse maniere. In primo luogo nella divisione dei sessi, ciascuno dei quali, preso isolatamente, non rappresenta che imperfettamente la natura umana; a ciò si riferisce il completamento degli individui mediante il *matrimonio* (c). — In secondo luogo nell'essere la esistenza dei singoli uomini limitata nel tempo, il che conduce a sua volta, per una diversa via, al bisogno ed al riconoscimento di rapporti, che vi suppliscano: primieramente e nel modo più diretto a causa della vita passeggera dell'individuo; a ciò supplisce la generazione, per la quale si ha la perpetuazione non solo della specie, ma in modo più limitato anche dell'individuo; secondariamente a causa della qualità della natura umana, per

(c) Questa opinione è espressa in modo piuttosto energico da FICHTE, *Morale* (*Sittenlehre*) pag. 449 in questi termini: " È destino assoluto di ogni individuo dell'uno e dell'altro sesso di maritarsi..... La persona non coniugata non è uomo che a metà „.

cui l'individuo al cominciare della vita è privo di ogni potere sopra sè stesso, e non lo acquista che a grado a grado; a ciò supplisce la educazione. Lo istituto del diritto romano, in cui questo duplice completamento della natura umana trova il suo riconoscimento generale ed il suo sviluppo, è la *patria potestà*; a questa poi si rannoda, in parte come ulteriore sviluppo, in parte per analogia puramente naturale o meno giuridica, la *parentela* (d). — L'insieme di tutti questi rapporti complementari — matrimonio, patria potestà, parentela — chiamasi *famiglia*, e gli istituti giuridici, che vi si riferiscono, *diritti di famiglia* (e).

p. 342.

Poichè il rapporto di famiglia, appunto come l'obbligazione, è un rapporto tra determinati individui,

(d) Come ulteriore sviluppo cioè nella agnazione, che è solamente il *residuum*, continuazione perenne di una patria potestà esistita precedentemente; come analogia naturale nella cognazione, nella quale il *ius gentium* riconosce la comunità tra gli individui basata sul rapporto di generazione, come il *ius civile* la riconosce nella agnazione.

(e) È necessario di far notare espressamente che questa denominazione non è stata presa dal diritto romano. Presso i Romani la espressione *familia* ha vari significati; il più importante e il più tecnico si è quello, secondo il quale essa indica il complesso degli agnati, ossia solamente una parte di quei rapporti, che io comprendo sotto quella parola. Ma benchè la espressione qui adottata non sia basata sul diritto romano, tuttavia lo insieme dei rapporti, che con essa vengono indicati, come pure il fondamento di quello insieme è pienamente conforme alle idee dei giureconsulti romani. È precisamente ciò che essi chiamano *ius naturale*. ULPIANO dice in proposito nella L. 1, § 3, de l. et l. " *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit.... Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio* „ (Confr. Appendice I). Il fatto che gli antichi giureconsulti, per ragioni storiche, trattino questi stessi istituti giuridici presentando la cosa sotto altri punti di vista, come può vedersi in Gaio, non contraddice menomamente al riconoscimento di quel principio di armonia naturale, generale. — La mia espressione concorda certamente col linguaggio moderno; come pure quella categoria è l'unica, che stia in armonia anche coll'attuale stato del diritto.

nasce facilmente l'idea di identificare questi due rapporti, di porre cioè la famiglia tra le obbligazioni, o per lo meno di contrapporli, come tra di loro più affini, alla proprietà, la quale non contiene un tale rapporto speciale. Questo modo di considerar la cosa si trova perciò anche in molti autori, sebbene spesso non in tutta la sua estensione, o senza chiara coscienza. Esso però è assolutamente da rigettarsi, ed importa anzi che ne venga dimostrata la erroneità, se si vuole avere il giusto concetto della essenza della famiglia. Occorre perciò che noi qui subito esponiamo quelle essenziali differenze, che al punto, a cui siamo arrivati sino ad ora, possono essere intese chiaramente; riserbandoci di esaminare in appresso (§ 54) più precisamente la vera essenza e tutti i caratteri discretivi della famiglia. La obbligazione ha per oggetto un singolo atto; il rapporto di famiglia si estende a tutta la persona dell'individuo, in quanto esso è un membro dell'insieme organico di tutta la umanità. La materia della obbligazione è di natura arbitraria, poichè ora questo ed ora quell'atto può costituire il contenuto di una obbligazione; la materia dei rapporti di famiglia è determinata dalla natura organica dell'uomo, ha perciò il carattere della necessità. L'obbligazione, per regola, è di natura transitoria; il rapporto di famiglia è destinato ad esistere continuamente. Perciò i singoli rapporti di famiglia, quando appariscono in modo completo, si formano nel seno di certe società, che portano appunto il nome collettivo di famiglia. Nella famiglia si ha il germe dello Stato, e lo Stato, una volta formato, ha per elemento immediato le famiglie, non gli individui.

p. 343.

p. 344.

Per conseguenza la obbligazione ha veramente maggiore affinità colla proprietà, poichè il patrimonio, che

abbraccia queste due specie di rapporti, costituisce una estensione del potere dell'individuo oltre i suoi limiti naturali, mentre invece il rapporto di famiglia è destinato al completamento dell'individuo per sè stesso incompleto. Il diritto di famiglia si avvicina quindi, più del diritto patrimoniale, ai così detti diritti innati: e, come questi sono stati di sopra affatto esclusi dal campo del diritto positivo, della famiglia deve dirsi che è sottoposta solo in parte al dominio del diritto, mentre invece il patrimonio vi soggiace in modo completo ed esclusivo.

Ritornando ora al punto di partenza di questa nostra indagine, troviamo che tre sono gli oggetti, sui quali è possibile un dominio della nostra volontà, ed a questi corrispondono tre sfere concentriche, entro le quali la nostra volontà può esercitare quel dominio.

1) La propria persona originaria. Ad essa corrisponde il cosiddetto diritto innato, che noi non consideriamo affatto come diritto vero e proprio.

2) La propria persona ampliata nella famiglia. Qui l'impero della nostra volontà rientra solo in parte nel campo del diritto, e forma il diritto di famiglia.

3) Il mondo esteriore. L'impero della volontà, che ad esso si riferisce, rientra tutto nel campo del diritto e forma il diritto patrimoniale, il quale a sua volta si divide in diritti reali e in diritti di obbligazione.

Si hanno quindi tre classi principali di diritti, che noi dobbiamo accettare, al punto in cui sono pervenute le nostre indagini:

Diritti di famiglia,

Diritti reali,

Diritti di obbligazione.

Ma queste classi dei diritti esistono così distinte solamente in astratto, in realtà al contrario esse si pre-

sentano tra di loro connesse nel modo più variato, e da tale continuo contatto nascono necessariamente influenze reciproche e modificazioni. Avendo dunque noi da esaminare più da vicino i singoli istituti giuridici delle tre classi proposte, ci è necessario di tener conto al tempo stesso di queste modificazioni, come, in generale, del particolare svolgimento, che quegli istituti hanno avuto nel nostro diritto positivo.

§ 54.

Diritti di famiglia.

La essenza della famiglia, che si tratta ora di esaminare più minutamente, è stata già definita di sopra (§ 53); i suoi elementi sono il matrimonio, la patria potestà e la parentela. Ognuno di questi rapporti si sostanzia in un rapporto naturale, che come tale si estende oltre i limiti della natura umana (*ius naturale*). Deve perciò attribuirsi ad essi, a causa della loro esistenza universale, un carattere di necessità indipendente dal diritto positivo, sebbene la forma speciale, nella quale vengono ad essere riconosciuti, sia assai varia secondo il diritto positivo dei diversi popoli (a). Questo rapporto naturale poi è per gli uomini necessariamente al tempo

(a) Così per esempio la esistenza della monogamia è un istituto del diritto positivo, mentre al matrimonio in generale (qualunque possa esserne la forma) è da attribuirsi un carattere di universale necessità; con ciò non è già detto, che tra poligamia e monogamia abbia luogo una scelta determinata da circostanze accidentali; che anzi la poligamia è da considerarsi come un grado più basso nello sviluppo morale dei popoli. — Certo anche la necessità del matrimonio (non che quella semplicemente della monogamia) viene contestata, per esempio da Hugo, *Diritto naturale* (*Naturrecht*), § 210-214. Ed in realtà se ne può in astratto decomporre la essenza, e si può, abbandonandosi alla fantasia, immaginare in luogo di esso uno stato di cose diverso, per esempio un

Così questa lo fece scomparire dall'Italia e dalla Francia; nella più gran parte della Germania poi non era stato giammai accolto insieme col diritto romano. Per conseguenza di tutti quegli istituti restano ancora nel diritto moderno: il matrimonio, la patria potestà, la parentela, la tutela.

D'altra parte, dal medio evo in poi, sono sorti *ex novo* in forza del diritto germanico alcuni istituti, nei quali, come nei rapporti di famiglia che già esistevano presso i Romani, deve riconoscersi una prevalente influenza di un elemento morale, e che debbono collocarsi almeno in parte nel diritto di famiglia, in parte nel diritto pubblico, se si vuole avere una giusta idea della loro natura. Tali sono l'insieme dei rapporti feudali, i rapporti sommamente svariati tra signori e contadini, soprattutto l'istituto germanico già rammentato della servitù della gleba. È adunque necessario guardarsi dal pretendere di fissare i limiti del diritto di famiglia per tutti i tempi e per tutti i popoli, e deve anzi riconoscersi la possibilità di un libero sviluppo di essi in ogni diritto positivo. — Questo continuo sviluppo del diritto si appalesa in modo degno di speciale attenzione in uno dei rapporti più usuali della vita moderna, nel servizio salariato. Dal punto di vista del diritto romano esso può considerarsi solamente come un contratto (*operae locatae*), e per i Romani ciò era quanto bastava, poichè a causa del grandissimo numero dei loro schiavi è da ammettersi appena come possibile il bisogno dei servigi di uomini liberi. Non così presso di noi, che non abbiamo schiavi, per lo che quel rapporto è divenuto un bisogno generale e molto sentito. A noi pertanto non può bastare, che questa materia venga trattata solamente entro gli angusti limiti di qualsiasi altro contratto di locazione d'opera, e perciò

p. 367.

a buon diritto nel codice civile prussiano il diritto relativo ai domestici salariati è stato posto non tra i contratti, ma nel diritto delle persone (f).

§ 56.

Diritti patrimoniali.

Due, secondo ciò che già è stato dichiarato di sopra (§ 53), sono gli oggetti del diritto patrimoniale, cose ed atti dell'uomo. Di qui la divisione principale di esso in: *diritto sulle cose* e *diritto di obbligazione*. Il primo prende corpo nel possesso, o nel potere di fatto sulle cose. Come diritto esso si presenta, secondo il suo concetto semplice e completo, sotto la forma della *proprietà*, ossia dello illimitato ed esclusivo dominio di una persona sopra una cosa. Per renderci chiaro il concetto della essenza della proprietà, fa d'uopo partire dalle seguenti considerazioni generali. Ogni uomo è chiamato a dominare sulla natura non libera; egli però deve riconoscere, che a ciò sono pure chiamati ugualmente tutti gli altri uomini, e da tale riconoscimento reciproco nasce il bisogno di un accomodamento, pei contatti, nei quali trovansi gli individui nello spazio, bisogno, che dapprima si rivela come qualche cosa di indeterminato e che può essere soddisfatto solo con una esatta determinazione dei limiti di spazio da assegnarsi a ciascuno. Ora tale soddisfazione si ottiene, mediante la comunione nello Stato, in forza del diritto positivo. Se si attribuisce così allo Stato un dominio su tutta la natura non libera compresa entro i suoi confini, i

p. 368.

(f) *Allg. L. R. (Codice prussiano)* II. 5.

singoli individui ci appaiono come compartecipanti a questo potere collettivo, e la questione si riduce a trovare una regola determinata, secondo la quale si eseguisca la divisione tra i singoli individui. Vi sono per tale divisione tre sistemi diversi, i quali non solo non devono essere considerati come escludentisi l'un l'altro, ma anzi in certo modo possono venire applicati contemporaneamente. Questi tre sistemi possono riassumersi nel seguente modo:

1) Proprietà comune e godimento comune. In tale condizione si trova tutto il patrimonio dello Stato, consista esso nel reddito delle imposte, nelle regalie o nei demani: imperocchè ogni individuo si serve e gode (sebbene spesso in diverso grado) degli istituti pubblici mantenuti con queste rendite.

2) Proprietà comune e godimento privato. Di questo sistema di partizione (il più raro) si ha un esempio p. 369. nello *ager publicus* romano dei primi tempi; come pure, nelle odierne corporazioni, in ciò che noi chiamiamo demanio soggetto agli usi civici (*Bürgervermögen*).

3) Proprietà privata e godimento privato, dipendenti dalle libere contrattazioni o da eventi naturali riconosciuti dal diritto positivo. Questa forma, predominante dappertutto, è la sola con cui noi abbiamo che fare nel diritto privato. Su di ciò riposa il concetto della proprietà, il pieno riconoscimento della quale ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti.

Un potere dei singoli uomini sulla natura non libera, che vada al di là della proprietà, è impossibile; ben può però immaginarsi un potere in vario modo circoscritto entro i limiti della proprietà; onde, secondo le disposizioni di ciascun diritto positivo, possono formarsi

come altrettanti speciali istituti giuridici, molti *iura in re*. Tutti i diritti, che possono averi sulle cose — proprietà e *iura in re* — vengono da noi compresi sotto la denominazione generale di *diritti reali* (a).

Il diritto d'obbligazione consiste nel dominio parziale su atti altrui, per il quale diviene possibile e si attua tutto quello insieme di rapporti, che noi chiamiamo commercio. Tuttavia non tutti gli atti dell'uomo sono idonei a formare oggetto di obbligazioni, ma solamente quelli, che per la loro natura materiale possono essere p. 370. considerati come staccati dalla persona che li compie, e possono essere trattati come simili alle cose.

Riassumendo tutto ciò, si trova che qui dominano principi completamente opposti a quelli del diritto di famiglia. In entrambe le parti del diritto patrimoniale la materia non è data, come nel diritto di famiglia, da un rapporto naturale-morale; esse perciò non hanno una natura mista, ma sono anzi costituite da rapporti puramente e semplicemente giuridici; esse non appartengono in alcun modo al *ius naturale*, ed il riconoscimento della loro esistenza apparisce meno necessario, più arbitrario e positivo, che negli istituti del diritto di famiglia. D'altra parte per esse non può presentarsi alcun dubbio circa la determinazione del loro vero elemento giuridico. Infatti, dal momento che esse devono costituire una estensione della libertà individuale (§ 53), è appunto questo potere, questa facoltà, che ci procurano, che forma il contenuto loro, come istituti giuridici.

(a) Questa terminologia è stata esposta qui in generale per evitare malintesi. La più esatta determinazione di essa, come pure la esposizione dei singoli *iura in re*, viene riserbata alla dottrina speciale dei diritti reali.

Contro il nostro asserto, che il diritto patrimoniale non contenga, come il diritto di famiglia, un elemento morale, potrebbe obiettarsi che la legge morale deve governare ogni specie di atti dell'uomo, e che per conseguenza anche i rapporti patrimoniali debbono avere una base morale. Ed essi certamente l'hanno, in quanto il ricco deve considerare la sua ricchezza solamente come un bene affidato alla sua amministrazione; ma questo principio è affatto estraneo all'ordine giuridico. La differenza sta dunque in ciò, che i rapporti di famiglia cadono solo in parte sotto l'impero del diritto, sicchè gran parte di essi è dominata esclusivamente dalla morale; e che al contrario nei rapporti patrimoniali la legge giuridica impera esclusivamente, ed anzi senza riguardo alla moralità od immoralità dell'esercizio di un diritto. Quindi è che il ricco può lasciar perire il povero o negandogli ogni soccorso o esercitando senza pietà il suo diritto di creditore, e i rimedi a ciò sono da ricercarsi non già nel campo del diritto privato, ma in quello del diritto pubblico; essi consistono negli istituti di carità, ai quali certamente può esser costretto a contribuire il ricco, sebbene il suo contributo possa essere non direttamente apparente. Resta dunque inconcusso il principio, che al diritto patrimoniale, come istituto di diritto privato, non può attribuirsi alcun elemento morale, senza che con ciò si venga nè a riconoscere l'assoluto impero delle leggi morali, nè a presentare sotto una luce ambigua la natura del diritto privato (confr. § 52).

A primo aspetto il rapporto, che corre tra le due parti del diritto patrimoniale sopra distinte, sembra determinato dal loro oggetto in modo così invariabile, da ritenere che esso debba trovarsi lo stesso in ogni tempo e luogo. Un più accurato esame però mostra anzi che le

disposizioni su questa materia nel diritto positivo dei diversi popoli possono variare entro limiti molto larghi. Si trovano di tali differenze in parte riguardo alla linea di confine tra diritti reali e diritti di obbligazione, in parte riguardo al rapporto, in che devono essere considerate tra di loro queste due parti del diritto patrimoniale. — Per ciò che concerne la delimitazione dei loro rispettivi confini, si hanno certamente alcuni punti estremi, nei quali la natura particolare di queste due specie di diritti non può in alcun modo disconoscersi: così da una parte la proprietà assoluta con illimitato diritto di rivendicare, dall'altra la locazione e conduzione delle opere e il mandato. Però tra questi due punti estremi esiste una zona intermedia, un passaggio graduale, in quanto che la maggior parte delle obbligazioni, e le più importanti di esse, tendono appunto al conseguimento, per mezzo di altre persone, di diritti reali o dell'esercizio e del godimento di essi (b). A questo riguardo, nel diritto romano è posta in rilievo in modo caratteristico e spiccato la proprietà, il che in parte si rivela nell'efficacia illimitata della rivendica (c), in parte nella molto limitata possibilità di una restrizione della proprietà in forza di *iura in re* (d).

(b) Vale a dire tutte le *dandi obligationes*. — Su ciò si basa il linguaggio di alcuni scrittori moderni, secondo il quale le obbligazioni (*iura personalia*) vengono divise in *iura pers. in specie* e *iura ad rem*. DRIES, *Inst. iurispr. priv.* § 31. — Parimente il codice civile prussiano, parte 1, tit. 2, § 123.124, ammette come genere il diritto personale e solamente come specie il diritto *alla cosa*.

(c) Il diritto francese all'opposto non ammette di regola la rivendica delle cose mobili, ma solamente come mezzo eccezionale da usarsi per ispeciali modi di perdita del possesso. Così pure il diritto prussiano attribuisce al compratore di buona fede riguardo alle cose d'ogni specie il diritto di pretendere dal proprietario il rimborso del prezzo.

(d) Il diritto romano non ammette la possibilità di *iura in re* che in

- p. 373. Tutto dunque sta nel vedere, se la cosa è già di per sè stessa oggetto del nostro diritto, indipendentemente dal fatto di altri, o se il nostro diritto è diretto immediatamente solo ad un fatto altrui, come oggetto sottoposto al nostro potere, anche se quest'atto abbia lo scopo di procurarci il diritto su di una cosa o il godimento della medesima. Serve di criterio discretivo per determinare quei confini la esistenza di una *actio in rem* o di una *actio in personam* (e); la quale distinzione coincide certamente il più delle volte, ma però non sempre, con quella delle azioni rivolte contro una persona determinata o contro una persona indeterminata (f). — Anche il rapporto tra quelle due parti del diritto patrimoniale può facilmente divenire oscuro e

alcuni casi determinati. Il diritto prussiano al contrario dichiara reale ogni diritto di godimento sopra una cosa altrui, ogni volta che sia accompagnato dal possesso, senza distinzione nè circa l'origine, nè circa lo scopo di esso.

(e) Ciò non significa punto che i limiti di queste due specie di azioni coincidano in generale con quelli dei diritti reali e dei diritti di obbligazione, imperocchè si hanno delle *in rem actiones* molto importanti, le quali non appartengono ai diritti reali. Sibbene tutte le azioni derivanti da diritti reali sono *in rem* e tutte quelle derivanti da diritti di obbligazione sono *in personam*. La più esatta determinazione di questo punto rientra nel tema di un'altra parte di quest'opera.

(f) Spesso si dice che la essenza della *in rem actio*, in opposizione a quella *in personam*, consiste in ciò, che la prima si dirige contro ogni terzo possessore, mentre la seconda no. Ma anche l'*actio quod metus causa*, essendo *in rem scripta*, si dirige contro ogni terzo e non è per questo meno *in personam*. — Tuttavia questa è pur sempre una eccezione molto rara, e quando noi trattiamo questa materia sulle generali, siamo autorizzati a dire, che i diritti reali si distinguono da quelli di obbligazione appunto per la loro generale efficacia contro tutti, non solo contro individui determinati. E pure una conseguenza di questa distinzione giusta in generale, che i diritti reali, dovendo valere contro qualunque terzo ed essendo così di una efficacia estesissima, hanno anche una natura più fissa e determinata di quella delle obbligazioni, contengono cioè più diritto assoluto o *ius publicum* (§ 16).

incerto, per quella indeterminatezza di confini. Il diritto romano le distingue rigorosamente l'una dall'altra e considera ciascuna di esse per sè stessa, come completamente indipendente dall'altra entro la cerchia dei propri confini. Così esso tratta la proprietà, come un dominio per sè stante sopra una cosa, senza aver riguardo alle obbligazioni, che servivano a procurarla; e le obbligazioni, come l'impero per sè stante sopra un atto altrui, senza riguardo ai diritti reali, che per mezzo di tale atto si voglion forse ottenere. Da questo modo di trattare tali diritti pienamente conforme alla loro rispettiva natura ci si può allontanare per un duplice errore: o in quanto non si badi ad altro, che alle obbligazioni, in modo da non ravvisare nei diritti reali se non una conseguenza o un ulteriore sviluppo di quelle (g); o in quanto, al contrario, si ritengono i soli diritti reali come il vero oggetto delle disposizioni del diritto, venendo così le obbligazioni ad essere considerate solamente come modi di acquistare diritti reali (h). Ognuno di questi modi di trattare questa materia, come forzato ed esclusivo, impedisce il giusto apprezzamento

p. 375.

(g) Così trovasi fatto in DOMAT, *Lois civiles*. Egli divide tutto il diritto in *Engagemens* (diritto tra' vivi) e *Successions* (diritto d'eredità). Gli *Engagemens* sono obbligazioni, a fianco delle quali l'autore, solo come accessorio, pone anche i diritti reali come conseguenze o rafforzamento di quelle.

(h) Così nel *Code civil* francese, che ha tre libri: 1) Persone, 2) Cose e modificazioni della proprietà, 3) Modi di acquisto della proprietà; questi sono tre: a) *Successions*, ossia successione intestata, b) *Donatio inter vivos* e testamenti, c) Effetti delle obbligazioni (art. 711). — Ma questo predominio della proprietà è qui solamente apparente, poichè il secondo libro è molto breve, mentre il terzo libro contiene la più gran parte del diritto privato, e la prevalenza della proprietà figura solamente nel titolo. — Così pure il codice civile prussiano considera i contratti obbligatori ed i testamenti solamente come titolo d'acquisto della proprietà (Parte I, tit. 11. 12. 13).

della vera natura dei rapporti giuridici: nè v'è bisogno di rammentare, come essi non siano menomamente applicabili ad alcuni rapporti di diritto, i quali perciò, secondo le conseguenze logiche di quei criteri, dovrebbero essere lasciati affatto in disparte (i).

Nelle applicazioni particolari dunque noi intendiamo per *patrimonio* la totalità dei rapporti qui esaminati, in quanto essi si riferiscono ad una determinata persona, come loro soggetto. Questo importante concetto giuridico trova un ulteriore sviluppo nelle seguenti più speciali determinazioni. Anzi tutto il rapporto di questi diritti con una persona determinata è casuale e variabile, sicchè ogni patrimonio ha una estensione determinata solamente in un dato momento, e può avere in ogni diverso momento un contenuto affatto diverso. In secondo luogo, nel considerare in generale il patrimonio individuale, si può fare astrazione dalla natura dei singoli diritti, dei quali esso si compone, e mediante questa astrazione esso si riduce ai nostri occhi ad una mera quantità di sostanza omogenea. Questo modo astratto di considerare il patrimonio rende inoltre possibile e necessario di comprendere in esso anche la parte passiva delle obbligazioni, i rapporti di debito, i quali, al contrario di quella parte del patrimonio che abbiamo fin qui esaminata, costituiscono non una estensione, ma una restrizione della libertà. Considerando in tal modo come elemento del patrimonio anche i debiti, è necessario ammettere, che la somma di ogni patrimonio, può rap-

(i) Così per esempio nella classificazione di Domat logicamente non trovano posto la occupazione e la così detta specificazione. Il Codice civile prussiano e il *Code civil* francese considerano il mandato come un mezzo per acquistare la proprietà, sebbene esso per la sua natura generale possa essere diretto ugualmente anche ad altri scopi.

presentare ora un più, ora un meno, talora anche un'assoluta parità tra l'attivo e il passivo, ossia uno zero.

Questo modo meramente quantitativo di concepire il patrimonio, senza del quale non sarebbe possibile che una molto incompleta trattazione del diritto, si basa sul concetto del *valore*, o della equiparazione dei diritti di diversa specie componenti il patrimonio mediante la loro riduzione ad un elemento comune. Ed il valore a sua volta viene materialmente rappresentato nella vita pratica dal *danaro*, di guisa che nel linguaggio giuridico valore e valore pecuniario sono espressioni di uguale significato, e sogliono anche in realtà essere usate l'una per l'altra (k). Il patrimonio individuale viene dunque ridotto a semplice quantità, risolvendo tutti gli elementi, che lo costituiscono, nella proprietà di somme di danaro: così la proprietà di tutte le altre cose — tutti i *iura in re* — il semplice uso di una cosa, avuto riguardo naturalmente alla sua durata — in fine anche le obbligazioni, tanto crediti quanto debiti, siano esse o no dirette a procurare diritti reali e il semplice godimento di essi (*dare, facere*). In tal

(k) Nell'antica procedura romana risalta in modo veramente evidente la pratica riduzione di tutti i diritti, anche di natura più diversa, a valore pecuniario. GAIUS, IV. § 48: [*Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est: itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem < aurum > argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, < sed > aestimata re pecuniam eum condemnat*]. — HEGEL, *Diritto naturale* (*Naturrecht*), § 63, dà del valore e del danaro un concetto giusto in complesso, e solamente incompleto, in quanto che egli riconosce solo un valore di proprietà o di vendita, venendo così ad escludere un valore di uso, ed il valore di una cosa in sè, dato che essa sia oggetto di una proprietà inalienabile; e tanto meno perciò un valore dei fatti dell'uomo, in particolare del lavoro, che egli in quel luogo non rammenta neppure. Ma in forza di questa inutile limitazione quel concetto perde quasi tutta la sua utilità pratica.