



Consiglio regionale del Veneto

Questo libro proviene dalle raccolte della Biblioteca del Consiglio regionale del Veneto. Il suo utilizzo non commerciale è libero e gratuito in base alle norme sul diritto d'autore vigenti in Italia.

Per ottenerne una versione ad alta definizione a fini editoriali, rivolgersi al seguente indirizzo:

biblioteca@consiglioveneto.it

ALBERTO MORELLI

LA FUNZIONE LEGISLATIVA



BOLOGNA
DITTA NICOLA ZANICHELLI
(CESARE E GIACOMO ZANICHELLI)
1893

LA FUNZIONE LEGISLATIVA

ALBERTO MORELLI

LA FUNZIONE LEGISLATIVA



BOLOGNA

DITTA NICOLA ZANICHELLI

(CESARE E GIACOMO ZANICHELLI)

1893



W. ~~2036~~

Proprietà letteraria



Inv. 7374

PADOVA : TIPI PROSPERINI MDCCCXCHII



A

V. E. ORLANDO

INTRODUZIONE

1. Gli organismi sociali. — 2. Lo Stato. — 3. Funzioni ed organi statuali. — 4. Metodo di trattazione. — 5. I poteri dello Stato secondo Aristotele, Locke e Montesquieu. — 6. Adesioni alla ripartizione del Montesquieu. — 7. Altri poteri accennati dagli scrittori. — 8. I poteri come organi. — 9. Funzioni e diritti. — 10. Pretesi poteri che sono invece diritti. — 11. Altri errori in cui caddero gli scrittori nel determinare i poteri. — 12. Criterio organico di ripartizione delle funzioni. — 13. Limiti fra le funzioni di volontà e d'azione. — 14. Opportunità di precisare questi limiti. — 15. La funzione di volontà o legislativa. — 16. Le funzioni d'azione secondo molti scrittori. — 17. Opinione nostra.

§ 1. Antica disputa è quella che riguarda i concetti di società e di Stato e i loro rapporti reciproci. Noi non riesamineremo qui l'argomento, ma solo esprimeremo l'opinione nostra, all'unico fine di stabilire il fondamento su cui si baserà la nostra trattazione (1).

(1) In proposito si può consultare utilmente il recente articolo dell'Arangio Ruiz. *Società e Stato* nell'*Arch. di dir. pubbl.* Anno I, fasc. 5.

La scuola sociologica moderna, con a capo H. Spencer, ha elevato a dignità ed importanza scientifica il concetto, non nuovo certamente, nè peregrino, ma prima di allora piuttosto intuito che dimostrato (1), che la società umana, nella sua complessa struttura, sia parte integrante del mondo organico e che ad essa, come ad ogni altro organismo, sieno applicabili le leggi dell'evoluzione (2). A questo concetto noi aderiamo completamente; ed affermiamo che così la società umana, complessivamente presa, come tutte le innumerevoli società particolari, tutti gli stabili e ordinati gruppi sociali in cui l'umanità si divide e che a vicenda s'intersecano, si sovrappongono, si collegano per l'adempimento dei fini d'integrazione, di complemento, di perfezionamento cui son predisposti, sono organismi veri e proprii, sorti dalla evoluzione naturale, al modo stesso di quelli fisiologici (3).

Difatti queste società non sono riunioni accidentali, addizioni di elementi disgregati; ma un insieme di parti vive, congiunte armonicamente, dipendenti in modo permanente e reciproco, cooperanti ad un fine e compenetrantesi a vicenda per molteplici azioni. Anche esternamente le società sono improntate di quella individualità che carat-

(1) Le espressioni di corpo politico, corpo sociale, organismo sociale e simili, sempre adoperate, sono anzi un indizio, per lo Spencer, di una verità che prima fu percepita confusamente e che gradatamente si trasformò in verità provata.

(2) Spencer. *The Study of sociology*. Cap. XIV.

(3) Cf. Sax. *Das Wesen und die Aufgaben der Nationalökonomie*. Wien, 1884; pag. 55 e seg. — Mohl. *Encyklopädie der Staatswissenschaften*. II. ediz. Tübingen. 1872. Introduz.

terizza gli organismi: nascono, cioè, si affermano, si sviluppano continuamente in dimensione e in struttura, si appropriano le materie esterne e le convertono in proprie, si moltiplicano in altri organismi ad esse somiglianti, agiscono e si muovono per l'adempimento del loro fine.

Quest'azione e questo movimento, quest'attività varia e complessa, costituente un insieme di fatti, i quali si succedono e si rinnovano di continuo e con leggi immutabili, e che risponde al concetto fisiologico di processo organico, si manifesta anche negli organismi sociali, mercè una molteplicità di atti particolari, di funzioni, distribuite fra più organi, le une e gli altri insieme connessi e coordinati e che costituiscono quel circolo non mai interrotto, che si chiama la vita e si riassumono nel principio dell'unità dell'organismo.

Così come gli altri organismi anche le società hanno funzioni intrinseche ed interne (di nutrizione e di riproduzione); hanno pure, come gli organismi animali, un terzo ordine di funzioni, quelle cioè estrinseche, esterne, di relazione.

Non che approviamo le esagerazioni cui si lasciarono andare alcuni scrittori, come ad es. lo Schäßfle, che, attratti dall'eleganza del paragone, crearono, per dirla col Palma, una «dotta istologia», un «edifizio di simiglianze e di parallelismi tra i corpi animali e il corpo sociale (1)» assolutamente sbagliato (2). Lo stesso Spencer aveva aver-

(1) Palma. *Corso di dir. cost.* III ed. Vol. I, pag. 94.

(2) Basti dire che lo Schäßfle, sotto il titolo *Bau und Leben des Socialen Körpers*, ha dedicati quattro grossi volumi all'analisi di tutti gli organi e di tutte le funzioni sociali, suffragandola di una

tito che l'organismo sociale, se può paragonarsi a quelli fisiologici, non è però in tutto eguale ad essi.

E invero la scienza ha dimostrato che le differenze fra l'organismo sociale e gli altri organismi sono notevolissime.

Le parti degli organismi fisiologici, create pel tutto, prive di vita individuale, appropriate ad una sola e determinata funzione, differenti fra loro nella forma e nella struttura, provviste di sensibilità ed irritabilità e non di coscienza e di volontà, sono fisiologicamente saldate e subordinate al tutto e concorrono alla formazione ed allo sviluppo dell'organismo inconsciamente, per effetto di azione e reazione meccanica.

Nelle società umane invece non esse ma le parti sono il fine: e queste parti vivono individualmente, sono eguali fra loro nella forma e nella struttura, sono tutte adatte potenzialmente alle varie funzioni dell'organismo, sono tutte capaci di volere e di agire e d'aver rapporti coscienti fra loro, coll'organismo e perfino con altri organismi e con parti di essi; si mutano infine continuamente e sono disperse, libere, anzichè fisiologicamente saldate.

Quale mai comparazione è possibile, domanda il Leroy Beaulieu, fra le cellule del corpo umano, le quali non hanno che una vita vegetativa o meccanica e la cellula sociale, il *protoplasma - uomo*, questo essere intellettuale, morale e libero? (1)

indigesta e continua comparazione del corpo sociale col corpo animale. L'opera fu tradotta nella *Biblioteca dell'Economista*, col titolo *Vita e strutt. del corpo sociale*.

(1) Leroy Beaulieu. *L'État moderne et ses fonctions*, II. ed. Paris, 1891; pag. 28 e seg.

E appunto perciò che mentre, nell'organismo animale, le funzioni esterne servono esclusivamente a mettere l'organismo stesso in rapporto col mondo ch'è al di fuori, invece, nell'organismo sociale, le cui parti hanno vita autonoma e indipendente, una individualità propria e distinta, una propria coscienza, una propria volontà, una propria attività, una propria finalità, quelle funzioni servono soprattutto a mettere l'organismo sociale in relazione con esse.

Le società umane infatti sono organismi non eguali a quelli fisiologici, ma diversi: esse costituiscono una categoria affatto speciale del mondo organico, con proprii caratteri e un proprio modo di sviluppo.

Ma la diversità loro non è tale da escluderle da questo mondo: vivono, e ciò che vive ad esso appartiene (1).

§ 2. Le società umane sono adunque non delle semplici aggregazioni d'individui, ma delle vere unità superiori, dotate di un sentimento e di un

(1) L'Orlando, in un suo articolo sul nuovo libro di Angelo Maiorana. *La sociologia e la legge del progresso*, non riconosce la verità dell'affermazione che « organismo dicasi ogni complesso di individui, raccolti ed uniti. » Certo è che questa proposizione non può accogliersi alla lettera; ma non per le ragioni che l'Orlando adduce. « Parrebbe, egli dice, che l'individuo, una volta trasfuso nella società, perde con ciò stesso la sua autonomia. Ripugna al concetto di organismo, l'esistenza di parti concepibili indipendentemente da esso: l'organismo individuale diventa la cellula dell'organismo sociale, senza di che avremmo una somma, non un'organizzazione, moltitudini non Stati. », (*Arch. di dir. pubbl.* Anno I, fasc. 4). Ma perchè mai ripugna al concetto di organismo l'esistenza di parti concepibili indipendentemente da esso?

pensiero comune, il quale non è la somma dei sentimenti e dei pensieri individuali, ma è qualche cosa di diverso e più elevato: è un sentimento e un pensiero veramente collettivo.

Gl'individui, ravvicinati dai loro bisogni, concorrono a formare queste individualità ad essi sovrapposte.

E come il diritto, vincolo necessario della convivenza umana, tutela i singoli uomini e ne caratterizza la personalità, determinandone la capacità rispetto agli altri, così esso tutela anche queste individualità sociali e fissandone le capacità, sia in rapporto alle altre società, sia rispetto alle persone fisiche di cui son composte, le eleva a dignità di persone giuridiche collettive.

Nel mirabile mosaico di queste collettività, nella complessa struttura della convivenza umana, giuridicamente organata, lo Stato tiene il primo posto.

Difatti esso è, considerato sinteticamente, non un organo sociale come affermano i sociologi (1), nè una cosa distinta dalla società, come affermano

(1) Lo Sch äffle dice, per esempio, che « lo Stato è nel corpo sociale ciò che è il cervello nel corpo umano. » A questo proposito quell'acuto e geniale ingegno ch'è il Maiorana cade in una contraddizione che forse non è inopportuno rilevare. « La società, egli dice, in quanto è organizzata a Stato, è l'organo sociale per la soddisfazione dei bisogni comuni (*Il sistema dello Stato giur.* Roma, 1889; pag. 34). » Infatti lo Stato è organo sociale; ma siccome lo Stato è la società organizzata in quel determinato modo, così la società è organo di sè stessa. La contraddizione è resa ancora più patente da queste altre parole: « A tale una società risponde tale uno Stato. Fra questi due termini il rapporto è intimo, la rispondenza è assoluta; dirò di più: vi ha *medesimezza* (pag. 37). »

alcuni giuristi (1); ma è la società integrata della sua completa organizzazione giuridica (2) o, più concretamente, una società particolare, una persona giuridica collettiva, in relazione costante con un territorio determinato, che, non avendone alcun' altra sopra di sè, essendo cioè autonoma, aggiunge ai fini generali d' integrazione, cui è diretta ciascuna organizzazione sociale, ed anzi premette, come suo fine precipuo, quello della guarentigia del diritto (3); onde ha autorità di comandare a quelle altre società particolari e a quegli individui

(1) Cf. Jona. *Scienze soc., giur. e pol.* Milano, 1888. — *Il metodo nello studio del dir. pubbl.* Bologna, 1889. — *Questioni politico-costituzionali.* Modena, 1890. Introd. — Questo valoroso scrittore è forse fra i giuristi italiani quello il quale più esagera il concetto dell'assoluto distacco dello Stato dalla società: quello è l'organizzazione della collettività per scopi oggettivi necessari, questa è l'organizzazione della stessa per scopi soggettivi liberi; onde la collettività è una cosa distinta dalla società. Ma che cosa è allora?

(2) Anche l'Orlando afferma che lo Stato altro non è che « la Società.... organizzata politicamente per la tutela del diritto (*Princ. di dir. cost.*, pag 15). „ In altre parole lo Stato è la società organizzata.... a Stato. Ad ogni modo, prescindendo da questa petizione di principio, che si trova anche nel Bluntschli (*Dottr. gen. dello Stato.* Lib. I, cap. I), il concetto dell'Orlando è esatto. Che se poi l'Orlando stesso distingue società da Stato, soggiunge però che « la differenza è affatto relativa al punto di vista scientifico dal quale si considerano, in rapporto allo scopo che devono raggiungere », poichè la società non organizzata giuridicamente « non può nel fatto esistere. »

(3) Non è il caso di sviluppare qui la teoria dello Stato secondo il diritto o, come la chiama il Maiona, dello Stato giuridico. Ogni Stato è giuridico. Certo, se uno Stato è tenuto insieme dalla violenza, se la volontà manifestata dal Governo non è volontà sociale, lo Stato non è giuridico. Ma il fatto che alcuni uomini, per esempio, perdono la ragione, esclude forse la verità della mas-

che le stanno sotto, e perciò dicesi sovrana: concetto questo in parte accennato dal divino Aristotele, là dove dice, che tutte le società particolari si organizzano ad uno scopo speciale, e si dirigono a soddisfare un bisogno della vita. La comunanza (*κοινωνία*) che in sè riassume la totalità dello scopo e che comprende come sue parti le altre comunanze, è la comunanza politica, lo Stato (1).

La maggiore e più appariscente perfezione organica dello Stato, in confronto delle altre società (2), spiega com'esso, anche in antico, se non altro in via di metafora, sia stato paragonato alle persone fisiche.

sima assoluta che l'uomo è un animale ragionevole? — Uno Stato non retto dal diritto, un uomo mancante della ragione, materialmente costituiranno uno Stato o un uomo, ma moralmente mancherà ad essi l'elemento essenziale della personalità. Perciò a noi non piacciono affatto, e riteniamo pericolose, quelle nuove, incerte, incomplete e già abusate formole.... tedesche naturalmente.

(1) Arist. *Eth. Nicom.* VIII, 9, 4-5.

(2) Sarebbe assolutamente fuori del nostro compito il dimostrare ciò. Ad ogni modo, come fu già avvertito da altri, anche a noi pare, che gli stessi scritti intesi a combattere l'idea dell'organismo statale ne sieno la sicura riprova. Cf. la prefazione dell'ARTOM all'opera del KRIEKEN: *Della cosiddetta teoria organica dello Stato*, Torino, 1890, nonchè il discorso inaugurale del MICELI. *Il dir. cost. e la biologia*. Perugia, 1891. — Il concetto che lo Stato è un vero organismo etico-spirituale, anzi la persona pubblica-giuridica nel più alto senso è limpidamente dimostrato dal BLUNTSCHLI, *loco citato*. — L'idea organica dello Stato si trova anche nel SAVIGNY. *Sist. del dir. rom.* I, 22, ed è si può dire uno dei presupposti della sua eminente opera scientifica. — Lo STEIN dice a sua volta: "Lo Stato è la comunità degli uomini elevata ad una personalità autonoma che agisce da sè. Lo Stato è la più alta forma della personalità.", (*Lehrbuch der Finanzwissenschaft*. 2^a ed.,

Anzi si può dire che il concetto organico dello Stato sia un concetto essenzialmente greco (1). Già in Socrate si affaccia l'idea che lo Stato, al quale egli applica il principio della consapevolezza, è l'uomo in grande (2). Ma Platone, meglio di tutti, sviluppò questo concetto nel dialogo della *Repubblica*.

«Lo Stato ideale, difatti, nel suo organismo, è disegnato da Platone secondo la partizione fondamentale delle attività dell'anima, cosicchè il fondamento psicologico è il punto centrale, al quale raggruppassi la profonda idea dell'uomo e dello Stato, e pel quale svolgesi concordemente quello stupendo parallelo tra l'uno e l'altro, dove lo Stato è trattato come l'uomo in grande, e l'uomo come lo Stato in piccolo. Da questa idea si chiarisce, come lo Stato platonico non è una forma, ma è un essere reale e vivente, un anello tra l'uomo ed il mondo, il *vivente per sè* (*αὐτοζῶον*). In tutta la sua teoria Platone mantiene il concetto fondamentale ellenico, che il tutto sovrasta alle parti, ed il suo parallelo tra l'uomo in grande e l'uomo in piccolo non è da lui condotto sotto forma di una pura analogia, per cui lo Stato risulti una vera immagine o specchio dell'uomo individuo, ma viene dedotto dal principio fondamentale dell'identità di un principio supremo, che mena alle identiche conclusioni nella

pag. 2). — Lo Scolari eziandio concepisce lo Stato come un organismo sociale (*Istituz. di scienza pol.* Pisa, 1871; pag. 295-96). — Così il Palma. *Op. cit.* Vol. I, pag. 98 e seg.

(1) Filomusi Guelfi. *La dottr. dello Stato nell'antichità greca*. Napoli, 1872; pag. 2.

(2) Filomusi Guelfi. *Op. cit.*, pag. 39.

doppia forma della realizzazione dell'idea dell'uomo (lo Stato e l'individuo) (1). »

Ad avvalorare queste giuste osservazioni basterebbe la seguente grande sentenza di Platone: « Quanto più lo Stato nella sua organizzazione s'avvicina alla natura umana, tanto più è migliore. Se soffre una parte del corpo dello Stato, o si ritrovi bene, allora tutto il corpo dello Stato prova quella sensazione, come se la sentisse direttamente, e s'affligge o si rallegra (2). »

Aristotele ha pure dello Stato un concetto organico altissimo, in quanto lo considera come la più elevata comunanza, la quale, per sè sufficiente, si genera a causa della vita ed ha per fine un bene supremo, la perfetta vita (3). Anzi egli stesso paragona lo Stato all'uomo: « Gl'individui, egli dice, in una moltitudine hanno ciascuno la loro porzione di virtù e di prudenza. Riuniti in assemblea essi formano un corpo organizzato a somiglianza di un solo uomo; un corpo che ha i suoi piedi, le sue mani, i suoi sensi, e che ha eziandio i suoi costumi e la sua intelligenza (4). »

Anche a Roma quest'idea compare. Cicerone stesso paragona, in un luogo, lo Stato all'uomo: « Sic regum, sic imperatorum, sic magistratum, sic patrum, sic populorum imperia civibus sociisque

(1) Filomusi Guelfi. *Op. cit.*, pag. 50-51.

(2) Plat. *Rep.* V.

(3) Arist. *Pol.* I, 1.

(4) *Pol.* III, 11. Questo passo fu tradotto anche diversamente; ma ciò non basta, ci sembra, per affermare recisamente, come molti fanno, che Aristotele abbia abbandonata l'idea dell'uomo in grande.

praesunt, ut corporibus animus (1).» Ed è famoso l'apologo di Menenio Agrippa ai plebei per sedarne il malcontento.

Nel medio evo poi si diceva assai spesso che lo Stato era il corpo e che il monarca era il capo (2).

Concreto e reciso, quantunque in via di metafora, fu il Rousseau: « Il corpo politico, egli dice, preso individualmente, può essere considerato come un corpo organizzato vivente, e simile a quello dell' uomo. Il potere sovrano rappresenta la testa; le leggi e le consuetudini sono il cervello, principio dei nervi e sede dell' intendimento, della volontà e dei sensi; di cui i giudici e i magistrati sono gli organi; il commercio, l'industria e l'agricoltura sono la bocca e lo stomaco che preparano la sussistenza comune; le finanze pubbliche sono il sangue che una saggia economia, facendo le funzioni del cuore, distribuisce per tutto l'organismo; i cittadini sono il corpo e le membra che fanno muovere, vivere ed operare la macchina. Non si potrebbe colpire una parte, senza che subito, se l'animale è in buona salute, non ne risenta al cervello una sensazione dolorosa (3).»

§ 3. Mentre le funzioni di nutrizione e di riproduzione esistono nelle società indipendentemente da ogni organizzazione giuridica, invece le funzioni di relazione non potrebbero assumere una forma concreta e precisa, nè si potrebbero sviluppare e perfezionare, se gli organismi collettivi non costituissero delle vere personalità giuridiche.

(1) Cic. *De Rep.* III, 25.

(2) Palma. *Op. cit.* Vol. I, pag. 90.

(3) Rousseau. *Oeuvres.* Vol. III. Paris, 1873; pag. 280.

Queste funzioni esistono naturalmente, in forma più perfetta e completa, negli organismi sociali più elevati, cioè negli Stati e in tutti gli Stati sono di necessità le stesse, qualunque forma essi assumano, poichè, com'ebbe a dire l'Orlando, qualora una ne mancasse, mancherebbe lo Stato (1).

Ciò non significa, che queste funzioni statuali non sieno soggette alle leggi dell'evoluzione: anche le origini dello Stato, come quelle di ogni cosa umana, sono umili; però i suoi caratteri essenziali non mutano, e le diversità che si manifestano nelle funzioni, alle varie epoche storiche e nei varii Stati, ne riguardano non la quantità e la qualità, ma solo l'ampiezza del contenuto e il modo d'esercizio.

Che se talora una funzione non apparisce a primo aspetto o sembra perturbata, ciò dipende non da mancanza o da instabilità sua, ma dalla deficienza o dallo stato patologico dell'organo o degli organi che vi attendono e da cui il pronto e regolare esercizio di essa dipende.

Anche gli organi che adempiono queste funzioni si sviluppano gradatamente, secondo le crescenti necessità dell'organismo.

Dapprima esistono nello stato embrionale, onde vediamo, che certe funzioni sono esercitate confusamente e saltuariamente. La stessa volontà sociale si manifesta in modi diversi e talora quasi non apparisce, perchè atti divergenti e contraddittorii sembrano escluderla. Perfino nella tutela positiva del diritto, ch'è il compito speciale, incontestato delle società politiche, gli organi statuali sono nelle ori-

(1) Orlando. *Op. cit.*, pag. 63.

gini scarsi o deficienti. Invece della regolare e collettiva tutela per parte di determinati organi, abbiamo la difesa personale, la vendetta, il taglione e, in società anche moderne, il linciaggio.

Col progredire della civiltà invece, nella maggior parte degli Stati, gli svariati elementi sociali vengono assegnati concretamente a determinate operazioni, onde, col loro funzionamento regolare, si produce un'unità costante, una direzione generale, un atto di Stato (1). In un motto, si determinano dei veri organi statuali, dei pubblici istituti, destinati ad adempiere le funzioni collettive, che di opera collettiva abbisognano.

Questi organi, non fisiologici ma giuridici, composti di persone fisiche, e quindi coscienti nella loro attività, provvisti cioè di un volere proprio, nei limiti della loro sfera d'azione, sono, come ogni altro istituto giuridico, relativi, e perciò, a differenza delle funzioni, variano non solo da epoca ad epoca in uno stesso Stato, ma anche da Stato a Stato, in eguali condizioni di civiltà. Di quà le diverse maniere di Governi, dipendenti appunto dal modo diverso in cui gli organi statuali sono costituiti, dalla ingerenza loro nelle varie funzioni, dai loro rapporti reciproci, dalle forze di cui dispongono e via discorrendo.

§ 4. Con espressione antica e sintetica, le funzioni e gli organi proprii e speciali dello Stato si chiamano *poteri dello Stato*; anzi la distinzione chiara, netta, precisa di essi in funzioni ed organi

(1) Cf. Kamarowsky. *Le Tribunal international*, pag. 445.
— Revon. *La théorie organique des États etc.*, nella *Revue gén. du droit* etc. Anno 1892, pag. 254.

manca generalmente negli scrittori di diritto pubblico (1). Onde, sotto quella generale denominazione, essi trattano cumulativamente delle une e degli altri.

Di qui una difficoltà sistematica nella trattazione, intorno alla quale non scarse e non recenti sono le lamentazioni.

Alcuni assumono come criterio di distinzione e ripartizione della materia le funzioni, altri gli organi, e trattano quindi di questi a proposito e in relazione con quelle o di quelle in quanto hanno rapporto con questi.

Ovvio è avvertire i gravi inconvenienti cui si va incontro seguendo l'uno o l'altro di questi due opposti metodi. Basta consultare qualunque trattato di diritto pubblico e di diritto costituzionale in ispecie per persuadersene: come già affermò l'Orlando, si sacrifica o l'unità dell'organo o l'unità della funzione (2).

La maggior parte degli scrittori tedeschi suddividono la trattazione avendo riguardo agli organi; e perciò il diritto pubblico speciale allo Stato o alla forma di Governo di cui trattano è in essi completo e ordinato; ma riesce invece confusa,

(1) Fra i trattatisti italiani se ne trova traccia chiarissima, come vedremo, nello Scolari, nel Palma e nell'Orlando. Fra i francesi, l'Aumaitre ammette che la parola poteri ha, in diritto costituzionale, due sensi: « in un primo senso è il diritto di prendere delle decisioni e di farle eseguire », nel secondo senso potere è sinonimo di organo. (*Manuel de droit const.*, pag. 3). È evidente che l'autore ha percepita la distinzione, malgrado l'errore in cui cade di confondere il concetto di diritto con quello di funzione.

(2) Orlando. *Op. cit.*, pag. 66.

dispersa, direi quasi tagliuzzata ciascuna funzione: per trovarla, per formarsene chiaro il concetto, per presentarsela alla mente nella sua unità organica, bisogna fare uno sforzo d'intelligenza e raggruppare e sistemare mentalmente i vari elementi costitutivi, che si trovano sparsi quà e là.

Migliore senz'alcun dubbio, a nostro avviso, è il sistema seguito dalla generalità degli scrittori francesi ed italiani, di ripartire la trattazione a seconda delle funzioni. E in vero, gli organi essendo speciali a ciascuno Stato, mentre le funzioni esistono tali e quali, nella loro essenza, in ogni Stato, comunque costituito, è più logico, scientificamente, di non spezzare queste a vantaggio di quelli: la trattazione riesce così più comprensiva e più rigorosa. Tuttavia si cade nell'errore, meno grave dal punto di vista scientifico, ma più grave da quello dello studio del diritto positivo, di perdere di vista l'unità dell'organo, in quanto se ne ripartisce lo studio fra le varie funzioni al cui esercizio partecipa (1).

(1) Malgrado ciò, tutti i nostri trattatisti di diritto costituzionale, compresi quelli che hanno affermata nettamente la distinzione fra le funzioni e gli organi, danno uno sviluppo amplissimo a tutto ciò che questi riguarda, accennando appena alle più elementari idee che concernono le funzioni, considerate in sè; onde chi studia oggidì il diritto costituzionale saprà benissimo, ad es., come e da chi si fanno materialmente le leggi, ma non avrà un'idea completa di ciò che sia la legge. Certo ciò proviene in parte dal fatto che altre scienze si sono appropriato lo studio delle singole funzioni statuali; ma se si vuole che il diritto costituzionale sia uno studio non di sole forme varie e fuggevoli, per quanto fra loro collegate, uno studio giuridico più che tecnico, deve anche elevarsi all'esame dell'intima natura delle funzioni, che sono il contenuto essenziale, il *substratum* necessario, l'anima, a così dire, dei singoli organi.

L'Orlando, criticati i due opposti metodi, segue una via di mezzo: distingue cioè i poteri « secondo il criterio dominante nelle scuole nostre », ma cercando « di sacrificare il meno possibile l'unità del pubblico ufficio, dandone l'integra trattazione a proposito di quella funzione a cui esso è più specialmente appropriato e che anzi lo caratterizza (1) »

Noi crediamo che peggior metodo di questo non si possa immaginare, poichè arreca una confusione che maggiore non è possibile.

Cogli altri due metodi ora accennati la trattazione ha unità organica. Invece dal metodo dell'Orlando non può scaturire che il disordine. Difatti questo autore, per esempio, parla della partecipazione delle Camere rappresentative alla funzione esecutiva e alla giudiziaria, a proposito della funzione legislativa; e della partecipazione della Corona alla funzione legislativa e alla giudiziaria a proposito della funzione esecutiva! (2)

Ogni difficoltà, noi crediamo, dev'essere risolta in modo tutt'affatto diverso. Crediamo cioè, in opposizione a quanto s'è fatto finora, che anzitutto si devano svolgere integralmente e puramente le

(1) Orlando. *Op. cit.*, pag. 66.

(2) Questa ed altre osservazioni che dovremo fare all'Orlando non menomano in noi l'ammirazione che l'opera sua scientifica merita, per la novità dei concetti e soprattutto pel sentimento vivissimo, che tutta la domina, della necessaria ricostruzione dell'organismo delle scienze di diritto pubblico, sentimento che va diffondendosi ogni dì più, fra i giovani cultori di quelle scienze. Se anche null'altro l'Orlando ci avesse dato, ciò solo basterebbe per assegnargli un posto eminente fra i giuristi italiani.

teorie relative alle varie funzioni e che dopo si devano sviluppare quelle relative agli organi.

La teoria, che riguarda le prime, essendo comune a tutti gli Stati, sarà d'indole generale ed assoluta; quella che riguarda i secondi, salvo lo studio sintetico dei pochi principii, che la storia dimostra attuati in tutte le forme di Governo, sarà speciale e relativa a queste varie forme e talora, per certe particolarità, ad uno Stato determinato.

Così ogni difficoltà sistematica ci pare risolta; così soltanto l'ordine della trattazione ci pare scientificamente rigoroso.

§ 5. Difficilissima cosa riesce lo esporre la ripartizione delle funzioni, secondo i varii scrittori, tutti o quasi avendo parlato non di funzioni, ma di poteri, in cui esse cogli organi, come vedemmo, si confondono.

Incominciando dal grande maestro Aristotele, fu detto che in lui si trovano distinte tre funzioni (1); ma veramente non di funzioni, bensì di parti o elementi o membri od organi (*μέρη*), che dir si voglia, egli discorre.

In ogni Governo, dice, vi sono tre oggetti di cui il legislatore, se è saggio, deve occuparsi sopra tutti gli altri. Una volta ben regolati questi tre punti, il Governo è necessariamente bene organizzato e gli Stati non differiscono realmente che per l'organizzazione diversa di questi tre elementi.

Il primo di questi elementi od organi è quello *che consiglia sopra le pubbliche faccende* (cui spetta decidere della guerra e della pace, delle tregue,

(1) Così ad esempio nel *Bluntschli. Op. cit. Lib. V, cap. I.*

delle leghe, delle leggi, della morte, dell'esilio, della confisca e della revisione dei conti); il secondo è *il corpo dei magistrati* (cui è attribuito il deliberare su certi argomenti, il decidere e il comandare); il terzo è *il corpo che attende a giudicare* (1).

Incompleta adunque ed empirica, come avverte il Palma (2), è la distinzione degli organi; ma ancora più confusa, prescindendo da questi, apparisce la ripartizione delle funzioni. Però, se si tien conto dell'epoca in cui scrisse Aristotele e degli eccessi e controsensi che allora presentavano le costituzioni della Grecia, convien riconoscere non che la teoria sia stata formulata, come afferma il Lerminier, « con precisione immortale (3) », ma che al dì d'oggi la scienza ha in proposito fatti ben scarsi progressi e che Montesquieu ebbe torto di non riferire ad Aristotele la sua teoria, di cui fra breve parleremo.

Più propria e più chiara da un lato, più esuberante dall'altro, è la ripartizione del Locke. Mentre egli distingue nettamente il poterè di far leggi (*legislativo*) dal poterè di eseguirle (*esecutivo*), in cui comprende certamente anche il giudiziario, egli aggiunge due nuovi poteri, uno *confederativo*, che altri chiamò pure diplomatico (comprendente i diritti di guerra e di pace, di leghe, di alleanze e di trattati, cioè tutto ciò che riguarda i rapporti fra Stato e Stato), ed uno di *prerogativa*, spettante ai capi dello Stato, nei limiti della legge e nel caso di circostanze imprevedute e incerte, potere puramente

(1) Arist. *Pol.* IV, 11, 12 e 13.

(2) Palma. *Op. cit.* Vol. I, pag. 180.

(3) Lerminier. *Hist. des législateurs et des constitutions de la Grèce antique.* Paris, 1852. Vol. I, pag. 291.

discrezionale, non sottoposto a regole fisse e inviolabili, ma che dovrebbe manifestarsi solo per il bene del popolo e per consolidare il Governo sulle sue vere fondamenta (1).

Chi primo distinse, non empiricamente, quantunque in modo ancora confuso ed incompleto, i poteri, come funzioni, fu il Montesquieu. Tre, egli dice, sono questi poteri: il *legislativo* (cioè il potere di fare le leggi, per un tempo o per sempre, e di correggere od abrogare quelle che sono fatte), *l'esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti* (potere di fare la pace o la guerra, spedire o ricevere ambascierie, stabilire la sicurezza e prevenire le invasioni) e *l'esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile* (potere di punire i delitti e giudicare le vertenze dei privati). Per brevità, il secondo si chiamerà, soggiunge Montesquieu, potere esecutivo semplicemente, e il terzo, potere di giudicare (2).

Stando a' termini delle definizioni, questa ripartizione sarebbe, a vero dire, quasi inconcepibile. Il potere di eseguire difatti scomparirebbe, chè il secondo potere sarebbe quello confederativo del Locke (3) e il terzo sarebbe puramente giudiziario. Infatti la esecuzione delle deliberazioni statuali nella suddetta ripartizione mancherebbe. Inoltre, come

(1). Locke. *Gouv. civ.* Cap. XIII.

(2) Montesquieu. *Spirito delle leggi.* Lib. XI, cap. VI.

(3) "Diritto delle genti, dice infatti il Montesquieu, è il complesso delle leggi nel rapporto che hanno fra loro i varii popoli „ Lib. I, cap. III.

mai può dirsi che il punire i crimini sia cosa dipendente dal diritto civile? (1)

Senonchè, in fatto, se non si bada alle definizioni e solo si considera il modo in cui il Montesquieu svolge la trattazione, si vede che nel secondo potere egli intendeva comprendere anche la vera esecuzione, esclusa la giurisdizione, e nel terzo tutto ciò che a questa si riferisce.

§ 6. La ripartizione del Montesquieu, nella sua struttura sintetica, fu accolta generalmente. Nella scienza e nella pratica, dappertutto, da allora in poi si ammise e si disse che i poteri son tre, *legislativo, esecutivo e giudiziario*.

Lo Stato, disse il Kant, è una *trias politica*, di *potestas legislatoria, rectoria e judiciaria*; onde egli concepiva l'esercizio della sovranità come lo sviluppo di un sillogismo pratico: una legge, che è come la *maggiore*, che pone la regola generale; un precetto di condotta al governo in conseguenza di essa legge, che è la *minore*; una sentenza, ciò che è di diritto nei diversi casi, che è la *conclusione* (2).

Anche la maggior parte dei trattatisti italiani, se considerano i poteri come funzioni, ammettono questa distinzione, salvo, tutt' al più, a modificarne il nome o il contenuto.

Così fa appunto il primo trattatista italiano di

(1) Difatti il diritto civile è anche pel Montesquieu "il complesso delle leggi nel rapporto che hanno tutti i cittadini fra loro.", (Lib. I, cap. III). S'intende che noi lasciamo affatto impregiudicata la questione, se questa definizione sia o no esatta.

(2) Kant. *Princ. métaph. du droit*. Paris, 1837. Parte II, § 45.

diritto costituzionale, il Compagnoni (1); così il Balbo, pur sollevando qualche dubbio e qualche restrizione (2); così quasi tutti i recenti.

Il Palma, per esempio, dice: « Secondo noi... i poteri dello Stato, se si considerano come funzioni astratte di esso, la Legge, il Governo e l'amministrazione, la Giustizia, si possono ridurre ai tre famosi: il Legislativo, l'Esecutivo o meglio governativo ed amministrativo, il Giudiziario (3). »

E l'Orlando: « Così è necessario, ma è anche sufficiente, che in uno Stato si riscontri una funzione tendente alla dichiarazione di quelle norme giuridiche che debbono regolare i rapporti pubblici e privati; una funzione destinata ad ottenere, anche con un'esterna coercizione, l'osservanza di queste norme ed a curare, nei limiti del possibile, il sociale benessere; una funzione, la quale, data la controversia tra privati o una violazione delittuosa dell'ordine giuridico, accerti il fatto e vi applichi il diritto corrispondente. Uno Stato in cui una di queste funzioni manchi, non è concepibile; come, dall'altro lato, qualunque altra funzione vorrà escogitarsi potrà in esse comprendersi, come noi dimostreremo in qualche particolare esame (4). »

(1) Compagnoni. *Elem. di dir. cost. democr.* Venezia, 1797; pag. 61. — È un corso di lezioni tenute nella Università di Ferrara in quell'anno. — Abbiamo raccolta in proposito qualche notizia, ma ancora troppo incompleta e imprecisa per poterla comunicare al pubblico.

(2) Balbo. *Della monarch. rappr. in Italia.* Firenze, 1857; pag. 210-11.

(3) Palma. *Op. cit.* Vol. I, pag. 211.

(4) Orlando. *Op. cit.*, pag. 63. — Così pure il Saredo. *Princ. di dir. cost.* Vol. I. Parma, 1863, pag. 249; il Fontanelli. *Le nostre istituzioni.* Milano, 1874; pag. 77, ecc.

§ 7. Se la maggior parte degli scrittori, dopo il Montesquieu, accolgono questa ripartizione dei poteri in tre: legislativo, esecutivo e giudiziario, ve n'hanno invece parecchi altri i quali tentarono una ripartizione diversa, aggiungendo altri poteri o suddividendo questi tre.

Alcuni considerano esclusivamente i poteri come organici, p. e. il Constant, che li ripartisce in regio o moderatore, esecutivo proprio o ministeriale, rappresentativo, giudiziario e locale (municipale e provinciale). (1)

I più invece, nella ripartizione, hanno speciale riguardo anche alle funzioni.

Il Burlamaqui, per esempio, parla di poteri o parti o diritti essenziali, compresi nella sovranità, cioè, oltre al potere legislativo e al giudiziario, di un potere coattivo o diritto di stabilire pene, di un diritto di esaminare le opinioni che s'insegnano nello Stato, di quello di radunare e armar truppe, di quello di contrarre pubblici impegni e fare trattati e alleanze, di quello di creare ministri e magistrati, del diritto dei sussidii o tributi e di quelli di coniar monete, di caccia, di pesca, ecc. (2).

Il Romagnosi dice doversi ammettere, nella forma di governo da lui ideata, ben otto poteri, cioè:

1.° Il potere *determinante* o legislativo, che si esercita colla legislazione.

2.° Il potere *operante*, che si esercita coll'amministrazione.

3.° Il potere *moderatore*, che si esercita colla

(1) Constant. *Cours de pol. const.* Parte I, cap. I.

(2) Burlamaqui. *Princ. du droit pol.* Parte I, cap. VIII.

conservazione delle attribuzioni e colle funzioni dell' ultima confidenza, il quale concretamente ha per fine di contenere le autorità entro i confini dei poteri stabiliti dalla costituzione, di conservare le forme stabilite alle funzioni costituzionali, di vincere certe collisioni fra il governo e le autorità costituzionali, di preservare il governo in certi casi inopinati, di esercitare certe funzioni di un' eminente tutela incompatibile coll' amministrazione o coll' antagonismo nazionale, di dare infine stabilità e considerazione alla potenza dello Stato.

4.^o Il potere *postulante*, che si esercita col patrocinio politico e civile, cioè coll' esaminare, col riferire, col reclamare, col difendere, in una parola col proteggere.

5.^o Il potere *giudicante*, che si esercita colle procedure e coi giudicati di qualunque ordine, salva l' esecuzione all' autorità del governo.

6.^o Il potere *costringente*, il quale specialmente si esercita colla forza e coll' armi.

7.^o Il potere *certificante*, che si esercita colla fede pubblica e colla conservazione delle cose autentiche.

8.^o Il potere *predominante*, che si esercita colla opinione pubblica nazionale (1).

Il Bentham, pur non escludendo assolutamente la ripartizione nei tre poteri classici, afferma ch' essi sono lungi dal rappresentare i veri elementi dei poteri politici e propone una nuova analisi, di cui non si nasconde i difetti, ma che presenta come un tentativo.

(1) Romagnosi. *Sc. delle Cost.* Parte I, cap. VIII.

Questi poteri elementari, astratti, sarebbero:

- 1.° Potere immediato sulle persone.
- 2.° Potere immediato sulle cose altrui.
- 3.° Potere immediato sulle cose pubbliche.
- 4.° Potere di comandare alle persone prese individualmente.

5.° Potere di comandare alle persone prese collettivamente o alle classi.

6.° Potere di specificazione o di classificazione, a riguardo delle persone, delle cose, dei luoghi e dei tempi.

7.° Potere attrattivo o potere d'accordare o di non accordare delle ricompense (1).

Altri aggiungono un potere costituente. In Francia soprattutto son moltissimi gli scrittori che lo accolgono (2). In Italia lo ammettono il Garelli (3), il Pierantoni (4) e il Paternostro (5).

Il Bluntschli poi, nella *Dottrina generale dello Stato* (6), non parla di poteri, ma di gruppi di poteri, e dice che sono cinque, cioè i tre tradizionali

(1) Bentham. *Traité de législation civile et pénale*. Bruxelles, 1840. Vol. IV, pag. 228 a 243.

(2) Per esempio l'Hello. *Du régime const.* Bruxelles, 1849; pag. 261 e il Laboulaye. *Quest. const.* Paris, 1872; pag. 369. Fra i recenti il Molinier. *Cours élém. de droit. const.*; pag. 37.

(3) Garelli. *Lezioni di dir. cost.* III ed. Lez. VII.

(4) Pierantoni. *Tratt. di dir. cost.* Vol. I, pag. 271.

(5) Paternostro. *Dir. cost.*, pag. 177 e seg. — L'Arens, nella *Filos. del dir.*, parla invece di un potere *rigeneratore*, il quale " agisce quando un organo dello Stato scompare, quando un re è detronizzato, quando una dinastia si spegne, "; ma è agevole persuadersi che questo potere, poco su poco giù, altro non è che quello costituente.

(6) L. V, cap. I.

(legislativo, esecutivo o meglio governativo e giudiziario), oltre a due subordinati al governativo ma da esso distinti e che sono: *a*) la direzione e la cura della coltura spirituale, cioè la coltura dello Stato; *b*) l'amministrazione e la cura delle forze e delle condizioni naturali, cioè l'economia dello Stato. E dice, il Bluntschli, gruppi di poteri e non poteri, perchè sotto ciascun gruppo, sia nello stesso volume (1), sia in quello sul *Diritto Pubblico Universale* (2), egli parla, considerandoli come poteri, ed adoperando anzi indifferentemente questo nome o quello di funzione, di tutti i diritti che spettano allo Stato e di tutte le attribuzioni dei singoli corpi dello Stato.

Altri parlano di un potere militare (3), di un potere censorio (4), di un potere moderatore o regio (5), di un potere conservatore (6), di un potere elettorale (7); altri di un potere municipale, di uno ecclesiastico, di uno individuale od anche del potere della pubblica opinione o della stampa (8).

E chi più ne ha, più ne metta.

(1) L. V, cap. IX e seg.

(2) L. VIII, cap. III, XIV e seg.

(3) Trendelemburg. *Filos. del dir.*, § 177. — G a r e l l i. *Op. cit.* Lez. VI.

(4) Molinier. *Op. cit.*, pag. 37.

(5) Casanova. *Del dir. cost.* Genova, 1860. Vol. II. Lez. XIX.

(6) Pinheiro Ferreira. *Manuale del citt. sotto il Gov. rappr.* Dial. VI.

(7) Pinheiro Ferreira, *loco citato.* — De B a r r a n t e. *Quest. const.* Bruxelles, 1849; pag. 20. — P a l m a. *Il pot. elett. negli Stati liberi.* Milano, 1869. — B r u n i a l t i. *Guida allo studio del dir. cost.* Parte gen., pag. 72.

(8) Il B r u n i a l t i, che ammette il potere della pubblica opinione, dice che quello della stampa è tutt'uno con esso. *Op. cit.* Parte gen., pag. 72 a 74.

L'Orlando infine, che pure, come vedemmo, ha accolta la ripartizione famosa delle tre funzioni, incidentalmente, a proposito della funzione legislativa, parla anche di una funzione ispettiva che pone accanto a quella (1). Egli allude certamente ad una funzione propria del Parlamento (*Power of inquiry*), ma il modo in cui la presenta può produrre confusione, tanto più che di una *potestas inspectiva* dello Stato non è certamente da oggi che si parla.

§ 8. Per determinare in modo esatto e preciso le funzioni dello Stato, conviene, da questi poteri, escludere anzitutto tutti gli organi.

Il Re, il Ministero, la Rappresentanza, è inutile dimostrarlo, sono organi. Ed organi sono eziandio o, diremo meglio, sono possibili organi, il potere moderatore e il postulante del Romagnosi, concretato il primo in un Senato tripartito ed il secondo in una gerarchia apposita incaricata del patrocinio politico, cui dà il nome di Protettorato, e che non comanderebbe, non amministrerebbe, non giudicherebbe, nè interromperebbe o sospenderebbe il potere vitale dell'amministrazione, ma solo vedrebbe, riferirebbe, reclamerebbe, suggerirebbe e difenderebbe (2).

Organo eziandio e non funzione è il corpo elettorale. Anzi, e certamente per errore, che qui non è il caso di dimostrare, taluno lo esclude perfino dal novero dei poteri, affermando che l'elezione è l'esercizio della sovranità nazionale, da cui

(1) Orlando. *Op. cit.*, pag. 132.

(2) Romagnosi. *Op. cit.* Parte I, § 48.

traggono loro ragion d'essere e sono mossi i veri poteri, gli organi statuali (1).

Così pure è organo e non funzione l'assemblea costituente, in quei paesi dove simili assemblee esistono.

Ma si dirà: il Re, il Ministero, la Rappresentanza, il corpo elettorale, l'assemblea costituente sono organi, chi ne dubita? Però questi organi, questi corpi, questi istituti sono forse campati in aria? Non esistono invece per attendere a funzioni determinate? Dunque, quando si parla di potere reale o ministeriale o rappresentativo, si parla forse soltanto degli organi relativi o non si allude anche alle funzioni che ad essi sono affidate?

Verissimo; ma le funzioni del Re, del Ministero ecc. non sono le funzioni dello Stato. Lo dimostreremo poi più specialmente: ad ogni organo non è assegnata una particolare funzione statale; bensì essi concorrono tutti più o meno alle varie funzioni. Nè quegli organi esistono per tutto. Si dovrebbe dire perciò che qualche funzione di Stato manchi perchè manca un organo determinato?

Peggio sarebbe il dire, che fossero funzioni dello Stato i cosiddetti poteri ecclesiastico, individuale e locale. Anzi essi non sono nemmeno organi e quindi non sono poteri.

La Chiesa, un tempo, sotto un certo punto di vista, poteva essere considerata come un organo dello Stato; ma, negli Stati moderni, essa non concorre sotto alcuna forma all'esercizio delle funzioni statuali.

(1) Pierantoni. *Op. cit.* Vol. I, pag. 271.

Anche gl'individui, i comuni e le provincie sono elementi e non poteri dello Stato. Certo essi hanno una cerchia di azione propria; hanno dei diritti e delle funzioni; però quest'azione costituisce non una funzione statutale, ma la loro capacità di diritto, la loro libertà di fronte alla sovranità dello Stato. È un'attività che limita l'attività dello Stato, non una parte di questa.

Che se gl'individui, i corpi locali, le Chiese ed ogni altra Associazione, nell'esercizio di questa loro attività, eseguono le leggi, ciò significa che questi vari elementi adempiono, come vedremo, secondo il nostro avviso, una funzione di Stato, non già che ciascuno di essi sia un organo: significa infatti che tutti gli elementi, tutti i membri dello Stato, concorrono alla vita dell'organismo.

§ 9. Senonchè gli autori, come abbiamo veduto, parlano anche di molti altri poteri, oltre di quelli ora accennati. E poichè non abbiamo detto ch'essi sieno organi, ne viene che sieno funzioni?

Alcuni certo, come vedremo, sono funzioni, ma la maggior parte non lo sono affatto. Gli è che questo moltiplicarsi di poteri deriva da un erroneo concetto sia di organo, sia di funzione.

La funzione, giova ripeterlo, è uno dei modi con cui un organismo adempie i suoi fini (1), e l'organo è il membro che vi attende. Le funzioni statuali perciò altro non sono che modi organici con cui lo Stato esercita i suoi diritti, modi i quali si

(1) Lo dimostra, del resto, anche la sua etimologia. Essa deriva difatti dal verbo latino *fungere* (fare, adempire, estrinsecare la propria attività).

manifestano esteriormente col mezzo di atti, compiuti per lo Stato da determinati suoi membri.

Ebbene, il moltiplicarsi dei poteri dello Stato deriva dalla confusione che se ne fa coi diritti dello Stato, colle forze politiche (influenti sull'azione dello Stato, ma mancanti di contenuto giuridico), coi corpi subordinati agli organi statuali, colle attribuzioni a questi assegnate o coi mezzi di cui si servono per adempiere i loro fini speciali.

Quanto ai diritti dello Stato, certo vien dato anche ad essi assai spesso il nome di funzioni o di poteri. Per esempio il Leroy Beaulieu ha dedicato un volume alle funzioni dello Stato, intendendo, sotto questo nome, di determinare i campi d'azione dello Stato e i limiti entro cui quest'azione deve stare (1).

Ma se un economista, nella sfera della sua scienza, può attribuire il nome di funzioni ai varii officii dello Stato, un giurista a questi officii deve dare, secondo noi, il nome di diritti, poichè come diritti soltanto deve considerarli, indipendentemente da ogni considerazione economica. Per la stessa ragione egli, il giurista, deve invece attribuire il nome di funzione soltanto ai modi organici con cui si manifesta l'attività statale.

(1) Leroy Beaulieu. *Op. cit.* — Anche Adamo Smith, Michele Chevalier e quasi tutti gli economisti, attribuiscono alla parola funzione questo significato. “In vista di questi pregiudizii, dice ad es. quest'ultimo, il Governo dovrebbe ridursi di fronte alla società a delle funzioni di sorveglianza, ecc. (*Cours d'Écon. pol.* Vol. II, lez. VI).”, Così pure il Taine, nel suo articolo sulla *Formation de la France contemporaine*, pubblicato nel fasc. del 15 genn. 1838 della *Revue des deux mondes*, dedica alcune pagine alle funzioni sociali così intese.

A persuadersene basta una semplice considerazione.

Per l'esercizio di ogni suo diritto lo Stato deve esplicare in più modi la sua attività. Quindi non già un diritto o un complesso di diritti costituisce una funzione; ma, per l'esercizio di ciascun diritto, lo Stato compie più funzioni.

Così, ad esempio, lo Stato ha il diritto di punire. All'uopo esso determina i reati e le pene, crea Corti, Tribunali, Preture, con determinati ordinamenti, e fissa le norme per la scelta dei giudici. Ecco una funzione. Un'altra funzione esso adempie quando attua le sue deliberazioni, provvedendo praticamente alla scelta dei locali, dei giudici e via discorrendo. Una terza funzione esercita quando, col mezzo di questi giudici, dichiara qual pena deva essere applicata nel caso particolare. Una quarta funzione infine gli spetta: quella di applicare coattivamente la pena.

Son quattro funzioni, infatti, per l'esercizio di un solo diritto.

Che se, come avverte il Maiorana, nell'uso comune la parola potere è assunta, cumulativamente e disgiuntamente, in varii significati, ciò non vuol dire che noi dobbiamo accettarli tutti, limitandoci a specificarne i varii aspetti: logico, politico e giuridico (1).

Perchè mai, per esempio, alle competenze dello Stato, ai diritti cioè che gli spettano, dovremo dare il nome di poteri in senso politico, se basta ed è più adatta, almeno per noi giuristi, la parola *diritti*?

(1) M a i o r a n a. *Il sistema dello Stato giur.*, pag. 149 e seg.

§ 10. Diritti e non funzioni sono i poteri del Burlamaqui e quelli del Bentham; nè occorre dimostrarlo. Ad ogni modo gli stessi autori adoperano pur essi indifferentemente il nome di diritti o di poteri e ne fanno la ripartizione considerandoli appunto come diritti e non come funzioni.

Anche il cosiddetto potere confederativo del Locke è un diritto: il diritto che lo Stato ha di regolare i suoi rapporti cogli altri Stati. Difatti, dal punto di vista rigoroso delle funzioni, gli atti relativi ai rapporti esterni, che cosa hanno di diverso da quelli relativi ai rapporti interni?

Come in ogni altro caso lo Stato delibera ed esegue; chè se molti atti interstatuali (e per fortuna la maggior parte al dì d'oggi) sono bilaterali, sono contrattuali, ciò non vuol già dire che in essi manchino la deliberazione o l'esecuzione dello Stato, ma significa che concorrono a costituirli dapprima le deliberazioni di più Stati e poscia l'esecuzione ch'essi insieme vi danno.

E il potere certificante del Romagnosi, se non si considera come organo, non è forse il diritto spettante allo Stato di certificare l'appartenenza dei beni, le iscrizioni ipotecarie e via discorrendo?

E il provvedere ai bisogni amministrativi dello Stato e il curarne gl'interessi morali e materiali (Bluntschli) non sono forse anch'essi altrettanti diritti dello Stato?

Non è evidente che, per l'esercizio di tutti questi diritti, lo Stato deve compiere non una ma più funzioni?

Lo stesso è a dire del potere costituente, pure inteso come organo.

La società politica, si dice, prima di funzionare, si deve dare un ordinamento, deve creare gli organi *ad hoc* e fissarne le competenze. Quando quest'ordinamento essa abbia, quando gli organi costituzionalmente sieno formati, quando infatti esista la costituzione, allora soltanto gli organi stessi funzioneranno ed eserciteranno, nei limiti di questa, le funzioni ordinarie dello Stato. In altre parole vi sarebbe una funzione costituente contrapposta alle funzioni costituite (1).

È evidente peraltro che il diritto costituzionale è un diritto dello Stato, come tutti gli altri che gli spettano. Certo è il diritto suo più eminente, poichè è mercè di esso che se ne estrinseca la personalità, senza di cui nessun altro diritto statale sarebbe concepibile.

Ma se è un diritto, non è una funzione. Lo Stato, nell'attendervi, compie varie funzioni, come quando esercita qualunque altro diritto: legifera, esegue la legge, risolve le eventuali controversie, costringe all'obbedienza. La sostanza quindi e la portata del diritto stesso non mutano l'essenza sua, nè quella delle funzioni che ad esso, come a tutti gli altri diritti, si riferiscono.

Chechè si dica, non si può negare che la costituzione non sia una regola, una legge, come tutte le altre. È per certo la prima legge, la legge fondamentale, ma è una legge. Che se gli organi da cui emanano, in taluni Stati, le leggi fondamentali e le modalità prescritte per le loro modificazioni, sono

(1) Ciò affermano quasi tutti gli scrittori francesi moderni e qualche italiano, come ad es. il Pierantoni. *Op. cit.* Vol. I, pag. 271.

diversi dagli organi e dalle modalità prescritte per le altre leggi, ciò prova soltanto che, per la maggiore importanza di esse, si è ritenuto opportuno di circondarle di solenni e speciali guarentigie. Nient'altro.

Se si dovesse ammettere la esistenza di tutte le funzioni che gli scrittori determinano, confondendone il concetto con quello di diritto dello Stato, non sapremmo perchè non si dovrebbero ammettere altre funzioni ancora, corrispondenti anch'esse a speciali diritti. Per esempio, perchè non si dovrebbe riconoscere la esistenza di una funzione finanziaria o di una funzione punitiva distinta dalla giudiziaria civile e via discorrendo?

§ 11. Il concetto di funzione poi si confonde con quello di forza politica nel potere *predominante* del Romagnosi, l'opinione pubblica, e nel *quarto potere* degl'inglesi, la stampa.

Il Trendelenburg invece confonde il concetto di potere con quello di autorità subordinata dello Stato quando parla del potere *militare*. E invero la forza militare altro non è che uno dei mezzi di cui gli organi statuali si servono per l'attuazione delle loro deliberazioni; è una forza passiva, mentre i veri organi dello Stato sono attivi e coscienti, hanno cioè una sfera d'azione e una volontà propria, mercè cui attuano esternamente, nei limiti loro assegnati, la sovranità dello Stato.

In un errore maggiore cadeva il Locke, quando ci parlava della *prerogativa*. Difatti la prerogativa altro non è che un complesso di attribuzioni affidate al capo dello Stato per l'adempimento di determinati diritti in casi eccezionali.

Ancora più grave è l'errore commesso dall'Orlando col parlarci di una funzione ispettiva.

Lo scopo di essa sarebbe, sinteticamente, « l'esercizio di una sorveglianza continua ed attiva... sopra qualsiasi ramo della pubblica amministrazione » da parte del Parlamento, e « la facoltà di esprimere qualsivoglia desiderio, dubbio o lagnanza » da parte di taluno dei membri di quell'organo a quell'altro organo che attende, in ispecialità, alla funzione esecutiva (1).

Evidentemente, partendo dai principii che noi abbiamo posti, d'accordo coll'Orlando, non possiamo ammettere la esistenza di questa funzione ispettiva.

Difatti essa, presa nel suo insieme, secondo la definizione ch'egli ne dà, non è altro che uno dei modi con cui un organo dello Stato, in una determinata forma di Governo, attende alla funzione esecutiva.

Ma quando si esaminino le varie forme, in cui, secondo l'autore stesso, la funzione ispettiva si esplica, si vede chiaramente che queste rispondono a modi varii di azione, di cui il Parlamento si serve per adempiere i compiti, che gli sono assegnati rispetto non solo alla funzione esecutiva, ma anche alla legislativa ed alla giudiziaria.

E invero l'Orlando dice che questa funzione ispettiva si esercita mercè le inchieste (elettorali, giudiziarie, sull'andamento di un pubblico servizio e pubbliche), le interrogazioni, le interpellanze e la ispezione sulle entrate e sulle spese dello Stato (2).

(1) Orlando. *Op. cit.*, pag. 132.

(2) Orlando. *Op. cit.*, pag. 133-37.

Or bene, alcuni di questi modi, di questi mezzi sono unicamente diretti ad adempiere il compito del Parlamento rispetto ad una funzione determinata; altri invece non hanno in sè implicito il fine, ma possono valere indifferentemente per l'una o per l'altra funzione.

Così le inchieste elettorali e le giudiziarie, per la loro indole, sono modi con cui il Parlamento esplica la sua azione rispetto alla funzione giudiziaria, in quanto tendono soltanto all'accertamento di fatti necessari alla risoluzione di una controversia giudiziaria.

Così pure le inchieste sull'andamento di un pubblico servizio e la ispezione del bilancio dello Stato sono modi con cui il Parlamento esercita la sua attività rispetto alla funzione esecutiva.

Invece i diritti d'interrogazione e d'interpellanza e le inchieste pubbliche sono intesi all'adempimento, per parte del Parlamento o de' suoi singoli membri, della funzione legislativa o dell'esecutiva, a seconda del fine che si propongono.

Ma v'ha di più: delle inchieste, di questi mezzi solenni e che presentano le maggiori garanzie, per conoscere le condizioni di un servizio, di una regione od altro e soprattutto per preparare con maturità la legislazione sopra determinate materie, quando si tratti di rapporti eccezionalmente gravi ed importanti o quando manchino esatte e complete informazioni, non si serve soltanto il Parlamento, ma possono servirsi e si servono anche altri organi dello Stato. Onde la funzione ispettiva, di cui parla l'Orlando, sarebbe un modo d'azione

non di un solo organo, ma di varii organi dello Stato.

§ 12. Quali sono adunque le funzioni dello Stato?

Per poter rispondere è necessario, a nostro avviso, ricorrere ad un criterio veramente organico, ad un generale principio, senza del quale qualunque ripartizione riesce arbitraria.

Secondo noi il concetto di funzione risponde al processo logico con cui si presenta l'estrinsecazione delle varie facoltà umane: così nell'uomo, così nello Stato (1).

Il Palma ricorda che lo Stein distinse nello Stato organico tre elementi: l'*Io*, elemento essenziale della personalità; il volere cosciente e indipendente; l'azione mediante forze ed organi propri e adatti. Al primo elemento corrisponderebbe il sovrano, al secondo il potere legislativo, al terzo il potere esecutivo (2).

« Per me, giustamente soggiunge il Palma, non giungo a comprendere un *Io* distinto dal volere e dall'azione dello Stato, e sovrapposto al volere (3). » Difatti una qualsiasi persona, sia fisica, sia morale, è una *intelligenza*, che si manifesta colla *volontà* e coll'*attività operativa*: l'*Io* è appunto questa personalità, la quale perciò non è un elemento dell'uomo o dello Stato, ma è l'uomo o lo Stato stesso, che si estrinseca volendo e ope-

(1) Il Maiorana chiama le funzioni, così considerate, poteri *in senso logico* (*Il sist. dello Stato giur.*, pag. 150).

(2) Stein. *Handbuch der Verwaltungslehre*. Stuttgart, 1876. Vol. I, pag. 13.

(3) Palma. *Corso*. Vol. I, pag. 190.

rando. Se a me uomo si domandasse: « Quali sono le vostre funzioni organiche? » ed io rispondessi: « la mia prima funzione è l'*Io* », cioè sono io, mi si riderebbe in faccia. Non rideremo in faccia allo Stein, tanto più che non l'abbiamo dinanzi; ma con tante astruserie e con tante sottigliezze che gli scrittori tedeschi inventano e che rendono complicato e confuso ciò ch'è semplice e piano, per lo meno ci sarà lecito, senza irriverenza, di affermare che noi crediamo assai più opportuno di seguire una via diversa, se non opposta.

Dunque l'*Io* lasciamolo lì; però non tutto è da abbandonare nel concetto dello Stein: gli altri due elementi di cui egli parla, il volere e l'azione, sono veramente i due elementi essenziali di qualunque personalità.

Quest'idea si trova accennata e sviluppata in parecchi scrittori nostri. Anzi si può dire ch'essa risponda ad un concetto eminentemente italico, il quale già si ritrova nella filosofia pitagorica. In Alighieri, nel Campanella, nel Bruno, nel Vico, nello Spedalieri, nel Romagnosi e in quasi tutti i filosofi e politici italiani, ricorre difatti il concetto di un *nosse*, di un *velle* e di un *posse* collettivo, sovrapposti al conoscere, al volere e al potere individuale; d'onde una *mente*, una *volontà* e una *forza* sociale (1).

A quest'idea, implicitamente, ha accennato anche il Montesquieu, dicendo che il potere legislativo è « la volontà generale dello Stato » e che l'e-

(1) Carle. *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, II. ed. Torino, 1890; pag. 545, 546 e 570. — Cf. anche Vadalà Papale. *La funzione organica della società e dello Stato nelle dottrine di G. D. Romagnosi*, Roma, 1887.

secutivo è « la sola esecuzione di questa generale volontà (1). »

Venendo ai moderni, troviamo fra i tedeschi il Wagner, il quale distingue appunto, nella personalità dello Stato, *der Wille*, la volontà, e *die Thätigkeit*, l'azione.

Dei francesi ricorderemo il Macarel: « Naturalmente, egli dice, l'uomo ha due motori: la *volontà*, che determina le sue azioni, e la *forza*, che le esegue. Di là due specie di *poteri*. Il primo è di determinare e di stabilire tutto ciò che l'uomo trova a proposito di fare per la sua conservazione e per quella degli altri, secondo lo spirito e il permesso delle leggi della natura. Il secondo è di punire i crimini commessi contro queste leggi, o, in altri termini, di farsi giustizia da sè stesso.

« Questi poteri, divenuti quelli della società, prendono il nome di potere *legislativo* e potere *esecutivo*. Imperocchè, perfettamente come l'uomo, il corpo politico ha due motori necessari alla sua esistenza: egli *vuole* e *agisce*; il primo esprime adunque la sua *volontà*, il secondo la compie col-
l'esecuzione (2). »

Lo stesso Leroy Beaulieu, il quale, criticando il Wagner, aveva detto, quasi disdegnosamente, che questa distinzione è metafisica (*Op. cit.*, pag. 15), a breve distanza scrive: « Le funzioni essenziali dello Stato derivano dalla sua natura medesima. Uno dei caratteri dello Stato è di rappresentare l'universalità del territorio e l'universalità degli abi-

(1) Montesquieu. *Op. cit.* Lib. XI, cap. VI.

(2) Macarel. *Élém. de droit. pol.* Paris, 1833; pag. 17 a 19

tanti del paese, è d'avere un pensiero e un'azione che, al bisogno, col soccorso della forza, si fanno dovunque obbedire (pag. 94).»

Dei recenti trattatisti italiani, accolgono un identico concetto, fra gli altri, lo Scolari, il Garelli e il Palma, quantunque poi non ne abbiano tratte tutte le conseguenze di cui esso è suscettibile.

Dice lo Scolari: «Nello Stato, come in ogni altra persona, vuoi fisica o morale, l'analisi scopre due attività, e queste sono il pensiero e l'azione. Lo Stato pensa, e ne segue la deliberazione; agisce, e s'adopera affinchè le prese deliberazioni sortano il loro effetto.

«Uscendo di figura vogliamo dire che nella sovranità s'includono due poteri: quello di fare le leggi, e l'altro di provvedere a che siano pienamente e con efficacia applicate (1).»

Il Garelli, dopo una piuttosto lunga disquisizione sullo scopo e l'ufficio della sovranità, conchiude col dire che i due sommi poteri di questa sono il legislativo e l'esecutivo: l'uno, funzione di pura intelligenza, il quale intende a definire e dichiarare il diritto; l'altro, funzione d'intelligenza e di forza insieme, inteso ad assicurare la effettiva osservanza del diritto, a tradurre cioè la legge giuridica nella costante sua esecuzione.

Questi poteri costituiscono, fra tutti e due, il concetto unico e indivisibile della sovranità, e rappresentano nella loro attuazione gli elementi di essa nel loro ordine razionale, la forza consociata ed obbediente all'intelligenza (2).

(1) Scolari. *Dir. Amm.* Pisa, 1866; pag. 81.

(2) Garelli. *Op. cit.* Lez. VI.

Il Palma infine avverte che « se noi consideriamo i poteri, nel senso di funzioni dello Stato, astrattamente, indipendentemente dalle persone ed organi reali che le rappresentano ed esercitano, i poteri veramente potrebbero dirsi due; come nell'organismo uomo noi abbiamo il volere e l'agire, così nell'organismo politico noi possiamo distinguere il volere e l'azione dello Stato. Lo Stato deve prima formare la sua volontà sopra una data cosa, e ciò è la legge, il *quod populus jubet atque constituit* di Gaio; quindi il primo e più eminente potere dello Stato, il legislativo; questa volontà deve esser recata in atto, quindi ciò che i più chiamano l'esecutivo propriamente detto e il giudiziario (1). »

In fondo, come si vede, tutti questi scrittori esprimono un identico concetto: in forma astratta e generale, prescindendo affatto dagli organi, lo Stato, come gli organismi umani, vive in quanto pensa, vuole e agisce; pensa dapprima e forma la propria volontà e, formata che l'abbia, l'attua.

Questa idea noi accettiamo.

Se è vero che l'uomo reca nella società tutto sè stesso, le società, queste personalità collettive, devono riprodurre ciò che nella personalità individuale si riscontra, cioè tutte le facoltà costitutive di essa. Alla intelligenza umana risponde una intelligenza sociale, risultante dalle idee ed opinioni dei singoli, ma avente una propria e distinta esistenza. Chi potrebbe negare che il corpo sociale provi delle sensazioni e che per esse si formi il pensiero, la intelligenza collettiva? Per la stessa ra-

(1) Palma. *Corso*. Vol. I, pag. 190.

gione le singole volontà e il potere operativo dei singoli si *collettivano*, a così dire, in un volere e in un'attività sociale (1).

Senonchè noi non possiamo accordarci nella deduzione che dal principio stesso generalmente si ricava. Si dice: se la vita dello Stato si riassume nel volere e nell'agire, due sono le funzioni statuali, la legislativa e l'esecutiva.

Ciò, a nostro modo di vedere, è errato; inquantochè non è punto vero che a ciascuno dei due momenti della vita, il volere e l'agire, deva necessariamente corrispondere una funzione sola: può darsi che sia così, ma può anche essere altrimenti.

La deduzione che invece se ne deve trarre è diversa, cioè che nello Stato si riscontrano due ordini di funzioni, quelle di volontà e quelle di azione. Quante, dell'una specie e dell'altra, esse sieno, sapremo soltanto dopo avere indagato in quali modi, diversi per intrinseco contenuto e non per forma esteriore, lo Stato voglia e agisca.

§ 13. Per ben determinare adunque le funzioni dello Stato, conviene anzitutto tracciare i limiti fra la volontà e l'azione.

Non faremo nemmeno qui delle eleganti, se così si vuole, ma certamente noiose disquisizioni filosofiche, le quali ci condurrebbero troppo per le lunghe, senza giovare a nulla. Invece considereremo le cose più praticamente.

Le funzioni esistono anche indipendentemente dagli atti che mercè di esse si compiono; ma senza

(1) C a r l e. *Op. cit.* II. ed. Torino, 1890; pag. XXVIII-XXIX.
— Cf. anche un curioso libro del F a z y. *De l'intelligence collective des sociétés.* Genève, 1873, passim.

questi atti le funzioni non avrebbero ragione di essere: l'hanno solo in quanto compiono quegli atti determinati.

Or bene, se il disputare su ciò che sia volontà ed azione sarebbe un'astrattezza, concreto invece e pratico è il determinare i limiti fra l'una e l'altra, considerando gli atti che ad esse, sinteticamente considerate, rispondono.

Lo Stato manifesta una sua volontà: questa manifestazione è un atto di volontà; lo Stato esegue questa volontà: la esecuzione costituisce l'azione. Quindi tutte le manifestazioni di volontà rispondono alla volontà, tutti gli atti esecutivi rispondono all'azione. È evidente, del resto, di per sè, che l'azione è sempre esecuzione. Non si fa se non ciò che si è voluto.

Posta questa massima fondamentale, limpida e precisa, così che il sig. de La Palisse potrebbe invidiarcela, non vi è per parte nostra possibilità di equivoci. Tuttavia, sarà opportuna ancora qualche avvertenza.

Ogni organo, attenda esso alle funzioni di volontà o di azione dello Stato, quando fa, sia deliberando o applicando una legge, sia pronunciando una sentenza, sia usando di mezzi di coercizione, non compie un atto solo, ma atti diversi, alcuni di volontà ed altri di azione. Esso infatti vuole e agisce, ha una propria volontà ed una propria attività nei limiti delle attribuzioni sue; e questa volontà e quest'attività può, da chi superficialmente consideri le cose, essere confusa colla volontà e coll'attività dello Stato.

Oltre a ciò non un solo organo, lo abbiamo detto ancora, attende generalmente a ciascuna funzione; ma i varii organi, a così dire, s'intersecano l'un l'altro, così che vediamo in ogni Stato essere affidati agli organi, specialmente assegnati ad una funzione, dei compiti che ad altre funzioni s'attengono. Onde, assai spesso, atti che scientificamente sono di una medesima indole, assumono nomi e talora sembianze diverse.

Noi adunque non dobbiamo avere riguardo agli organi che attendono ad un atto, al nome che l'atto stesso assume, al fatto che con esso si manifesti una volontà od un'azione di questo o quell'organo; bensì di ogni atto, di ogni materia, dobbiamo indagare l'essenza, tenendo presente il criterio fondamentale che le manifestazioni di volontà sono attinenti alla volontà e gli atti di esecuzione all'azione dello Stato.

§ 14. Forse quanto ora abbiám detto potrà sembrare superfluo; ma la confusione fatta finora dagli scrittori fra funzioni ed organi e le tradizioni scientifiche per ciò formatesi nell'attribuzione delle singole materie e dei singoli atti, ne giustificano l'opportunità.

Perfino il nostro più insigne maestro, il Palma (come anche il Garelli), cade in errore, nella concreta assegnazione alle varie funzioni di ciò che spetta alla volontà e di ciò che spetta all'esecuzione, quantunque, come abbiamo visto, egli sia uno di quelli i quali ci hanno appreso il criterio fondamentale della nostra ripartizione.

Gioverà rilevare questo errore, non già per fare un appunto ad uno scienziato, che veneriamo

ed amiamo, ma per mettere in maggior evidenza, coll' autorità di lui, il metodo nostro, così diverso, se non sempre nei principii, certamente nelle deduzioni, da quello finora adottato dagli altri.

« Il potere.... detto esecutivo, dice adunque il Palma, parlandone a proposito delle funzioni, non è di mera subordinata esecuzione (1), ma è ben di più. Comprende segnatamente la direzione generale dello Stato all' estero e all' interno, l' iniziativa e la preparazione delle leggi, funzione eminentemente attiva, l' amministrazione dello Stato nei suoi vari rami.

« Consideriamo soltanto quest' ultima, che a prima vista potrà parere d' indole più esecutiva. Quando la legge ordina una funzione, un' istituzione, per eseguire codesta legge occorre una serie di atti che costituiscono il Governo e l' amministrazione. Prendiamo per esempio una legge che sancisca un trattato internazionale, che ordini la sicurezza pubblica, un' imposta, una leva, la creazione di un' Università; certo la sua esecuzione non è cosa passiva e servile; si richiede la costituzione di un ufficio, di un corpo d' ufficiali pubblici capaci di agire per lo Stato, per esempio legati e consoli, prefetti e questori, collettori di tasse e di soldati, professori, regolamenti, istruzioni, nomine e discipline d' impiegati; uno sviluppo di azione, una serie di ordini che realmente non sono atti di mera esecuzione, ma di Governo, di amministrazione e d' imperio; i quali implicano un volere, un potere pro-

(1) Cf. Holtzendorff. *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. — *Das deutsche Verfassungsrecht*, p. 788.

prio di previsione fra interessi contrastanti, e mezzi di raggiungimento, non che di coercizione.

« Quando si considera quest'azione dello Stato in grande si ha il potere governativo, quando nei particolari l'amministrativo. La legge ordina la pubblica autorità, i pubblici servizi; l'amministrazione è l'attuazione di questo ordinamento, è la più pronta, equa ed economica raccolta e distribuzione delle forze sociali per raggiungere i fini dello Stato (1). È l'ancella della legge, ma ne è il complemento necessario, che rende viva, perenne, attiva e feconda la parola legislativa. Occupa quindi un grado subordinato, ma ha un campo proprio e vastissimo di attività. Dopo che il potere legislativo ha tracciate le norme generali, sottentra l'amministrazione che prescrive l'attuazione di ciò che si è ordinato dalla legge, organa i servizi speciali, dirige gli organi sottostanti, perfino completa la legge col regolamento dei particolari di applicazione. La legge, per esempio, prescrive il carcere penitenziario per certi reati, l'amministrazione definisce le ore della solitudine e del lavoro, i doveri dei custodi, dei prigionieri, il vitto, la disciplina e così via seguendo. »

Infatti « non è..... esatto il concepire il legislativo come la regola, l'esecutivo come l'applicazione di mezzi esterni e di costringimento, come il servitore che obbedisce puramente e semplicemente, quasi automaticamente, agli ordini del padrone. »

E perciò lo stesso Palma dice che il nome di esecutivo che si dà a questo potere è affatto im-

(1) Cf. Manna. *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo*. Napoli, 1860.

proprio, e propone di sostituirvi quello di governativo ed amministrativo (1).

Or bene, come si possono mai conciliare queste affermazioni colla distinzione teorica, astratta, dal Palma premessa, dei poteri come funzioni? « Lo Stato, aveva detto l'autore, prima forma la sua volontà sopra una data cosa, e ciò è la legge . . . ; questa volontà dev'essere recata in atto, quindi ciò che i più chiamano l'esecutivo propriamente detto... » Dunque, se l'esecutivo risponde al momento in cui si reca in atto una volontà, ogni manifestazione di volontà nulla ha a che fare con esso.

Gli è che, dopo essersi proposto di parlare delle funzioni, prescindendo affatto dalle persone e dagli organi che vi attendono, l'autore cedette, senz'accorgersi, al pregiudizio comune e considerò nella trattazione il potere esecutivo non più come funzione ma come organo o complesso di organi.

Ciò risulta abbastanza chiaramente dalle stesse parole di lui, prima citate, a proposito della funzione esecutiva. Egli, come vedemmo, parla, ad esempio, « di un volere, di un potere proprio », di cui una funzione non può per certo essere provvista. E nega che il potere esecutivo sia un servitore; mentre la cosa è evidente di per sè stessa, poichè una funzione non può, non già per il suo contenuto, ma per la sua indole istessa, essere serva di un'altra. Non basta; egli parla anche di atti che non sono di mera esecuzione, pur comprendendoli in una funzione d'azione.

(1) P a l m a. *Corso*. Vol. I, pag. 190-192.

Ma ancora più evidente la confusione fra organo e funzione apparisce da quest'altro periodo: « Si possono eseguire le risoluzioni proprie e gli ordini altrui. Ora le funzioni di ciò che chiamano l'esecutivo non sono semplicemente di esecuzione, ma di governo e d'imperio. Esso rappresenta lo Stato, ne comanda le forze di terra e di mare, ne amministra i beni, subordinatamente bensì alla legge, o più esattamente nei limiti da essa tracciati; da sè, a suo indipendente giudizio, risolve, ordina, vieta, ha un volere proprio che nella propria orbita è un volere dello Stato; tratta con altri Stati, esercita diritti, assume obblighi, emette ordinanze, regolamenti, nomina impiegati, costituisce ufficii. Gli è perciò che non ostante la subordinazione legale al legislativo, talvolta lo si considera quasi come il sovrano di fatto (1). »

È superfluo sottosegnare questa o quella parola per dimostrare che in tutto ciò il concetto di funzione s'è completamente smarrito. Certo in quasi tutti gli Stati gli organi, più specialmente addetti all'esecutivo, hanno queste attribuzioni e noi ammettiamo, in massima, che ciò sia un bene, anzi una necessità. Ma questo che cosa prova? Soltanto ciò, per ripetere le espressioni stesse del Palma, che « le funzioni di quello che chiamano l'esecutivo non sono semplicemente di esecuzione, ma anche di governo e d'imperio » o, in altre parole, che le funzioni di governo e d'imperio, affidate agli organi esecutivi, non sono funzioni di esecuzione.

(1) P a l m a. *Corso*. Vol. I, pag. 191.

§ 15. Quali e quante sono le funzioni di volontà?

Quando lo Stato vuole qualche cosa, esso lo manifesta esteriormente con atti che questa volontà esprimono, con leggi, presa questa parola nel suo più ampio significato. Vero è, come vedremo, che le leggi possono essere consuetudinarie o scritte; vero è che queste assumono o possono assumere forme svariate; vero è infine che le leggi stesse riguardano materie diversissime; ma la varietà delle manifestazioni, delle forme e delle materie non influiscono, secondo noi, a determinare funzioni diverse. Lo Stato vuole; questa volontà viene, comunque sia, manifestata. La funzione di volontà infatti è una sola e si concreta nella manifestazione di questa, nella legge.

Perciò, con espressione sintetica e, secondo noi, nel più ampio senso della parola, la funzione di volontà prende il nome di legislativa. E diciamo nel più ampio senso, perchè generalmente, dagli scrittori, alla funzione stessa si attribuisce un significato assai più ristretto: in essa cioè si comprendono soltanto determinate deliberazioni statuali.

Invece noi crediamo che, per logica conseguenza dei principii dapprima posti, vi si devano comprendere tutte indistintamente le deliberazioni dello Stato, da qualunque organo costituzionalmente adatto (e nelle forme e colle regole prescritte) sieno emanate, qualunque nome assumano, a qualunque materia si riferiscano; quindi tanto quelle d'indole interna, quanto quelle d'indole interstatale, riguardino cioè sia gli organi, l'azione e i rapporti interiori dello Stato, la capacità e i rapporti dei cittadini e delle

personalità giuridiche subordinate allo Stato, sia i rapporti fra lo Stato e gli altri Stati o i loro membri o fra i membri dell'uno e quelli degli altri.

Certo, se della funzione legislativa non dovessimo più parlare, converrebbe che qui noi dimostrassimo ampiamente molte delle cose che abbiamo, più che dette, accennate. Ma poichè il presente volume è ad essa specialmente dedicato, sarebbe, ci pare, superfluo l'aggiungere una parola di più.

§ 16. Al momento in cui lo Stato vuole, corrisponde la funzione legislativa. Al momento in cui esegue ciò che ha voluto, rispondono una o più funzioni?

La esecuzione si riscontra allorquando lo Stato intende ad applicare la legge e ad ottenerne l'osservanza. Or bene, quest'applicazione della volontà statale si raggiunge, dicono il Brougham (1), l'Hello (2), il Balbo (3), il Macarel (4), l'Ahrens (5), il Casanova (6), lo Scolari (7), il Palma (8), il Fontanelli (9) e molti altri scrittori, in due modi diversi: colla esecuzione in stretto senso, o amministrazione, come alcuni dicono, e colla giurisdizione.

Quest'idea, come abbiamo veduto, è balenata anche al Locke e al Montesquieu: al Locke però

(1) Brougham. *Filos. pol.* Parte I. Firenze, 1850; pag. 41-42.

(2) Hello. *Op. cit.*; pag. 335.

(3) Balbo. *Op. cit.*, pag. 211.

(4) Macarel. *Op. cit.*, pag. 31-32.

(5) Ahrens. *Dir. nat.* Milano, 1851. Vol. I, pag. 178.

(6) Casanova. *Op. cit.* Vol. II, pag. 400-401.

(7) Scolari. *Dir. amm.*; pag. 87 e seg.

(8) Palma. *Corso.* Vol. I, pag. 190.

(9) Fontanelli. *Op. cit.*, pag. 77.

in modo incompleto, in quanto egli comprende nel potere esecutivo anche la giurisdizione, senza però distinguere questa in alcun modo e quasi considerandola un tutto indivisibile con esso. Il Montesquieu invece parla di due poteri esecutivi, de' quali uno risponde appunto al giudiziario.

Il Compagnoni afferma pure che l'applicazione della volontà generale a determinati oggetti particolari, si effettua colle due forme: esecutiva e giudiziaria (1).

Le ragioni per cui i poteri d'esecuzione dovrebbero considerarsi due e non più sono così riassunte dallo Scolari:

« Le provvisori che l'autorità esecutiva prende acciocchè la legge consegua il suo fine, corrispondono alle differenti specie di ostacoli, che al raggiungimento d'esso fine possono contrastare. E siccome i detti ostacoli sono principalmente di due maniere, e cioè *di diritto*, e provengono dalla legge stessa, o *di fatto*, e la radice ne può essere in ogni altro ordine di cose; così si notano due parti nella potestà esecutiva, secondo che intende a rimuovere le difficoltà giuridiche mediante l'*autorità giudiziale*, o le materiali mediante l'*amministrazione*. »

E più lungi: « Se si osserva poi quale sia la propria missione, a cui l'autorità giudiziaria deve rispondere, non vedesi come si diparta dallo scopo dell'applicazione delle leggi; imperciocchè essa altro non fa che risolvere speciali difficoltà opponendosi alla efficacia delle ordinazioni legislative. Queste difficoltà provengono dalle dubbiezze a cui dà luogo

(1) Compagnoni *Op. cit.*, pag. 62.

la legge, o dalle sue imperfezioni e lacune, o dai contrasti che ingenera fra cittadini o che le sorgono contro: sono quindi difficoltà di diritto. Per cui si arguisce esser suo scopo l'assicurare la *giusta* applicazione della legge ai casi particolari, come è scopo dell'autorità amministrativa l'assicurarne l'applicazione *opportuna* (1). »

Pel Garelli invece le funzioni esecutive sono tre e non due: « Chi si faccia, egli dice, a considerare le condizioni di fatto in cui si ha da compiere l'esecuzione della legge non può a meno di rilevare, come le difficoltà che vi possono ostare debbano distinguersi in due specie. Le une consistono in impedimenti esterni, e quasi diremmo materiali, che si trovano di fronte alla legge come ostacoli di puro fatto, e che perciò offrendo una resistenza irrazionale, debbono essere superati all'uopo colla forza; le altre sono difficoltà derivanti dalla legge stessa, dalla esplicazione del concetto che essa dichiara, del diritto che da lei deriva.

« La legge umana, espressione di un'intelligenza imperfetta, è necessariamente imperfetta nel concetto e nella formola; volendo essere assoluta non riesce che relativa; dovendo essere generale è solamente generica; non è una ma molteplice, ed assume, nelle varie sue applicazioni, caratteri e sembianze diversi, per cui il diritto sancito da una legge può trovarsi o parere in collisione col diritto da altra legge derivante. In queste difficoltà il procedimento esecutivo non può presentare la medesima sicurezza che nelle altre dianzi accennate: qui

(1) Scolari. *Dir. amm.*, pag. 87, 90 e 91.

l'ostacolo è fondato sulla ragione, e non è più il caso di abbatterlo, ma di risolverlo. Dei due elementi della Sovranità che concorrono nel potere esecutivo, bisogna ancora una volta scartare la forza, la quale potrebbe, superando addirittura l'ostacolo, tagliando il nodo gordiano, violare quella stessa legge che si deve eseguire, conculcando un diritto. È necessità fare appello all'intelligenza, che rischiarì e decida il punto controverso, esamini il diritto, che si contrappone all'esecuzione della legge, e combini nel fatto speciale, del quale si tratta, i dettati delle due diverse leggi in una sola e precisa espressione.

« Eppertanto nella cerchia del potere esecutivo vi ha una capitale distinzione di funzioni, l'una generale, continua ed imperativa, che tende a rimuovere d'innanzi alla legge le resistenze e gli ostacoli di fatto, l'altra speciale, eventuale e dichiarativa, che mira a risolvere le difficoltà di ragione, a definire i diritti controversi. Questa seconda funzione, che è la *giurisdizione*... è per il suo intrinseco carattere così differente dalla prima, che alcuni autori non esitano ad attribuirle ad un distinto potere....

« Anzi nel potere esecutivo ravvisiamo potersi fare ancora un'ulteriore distinzione di funzioni nell'ordine stesso degli ostacoli di fatto che debbe vincere per l'esecuzione della legge: imperciocchè vi ha un'azione preparatoria, dispositiva ed ordinativa, che tende a prevenire le resistenze, a conciliare gli interessi, ad appianare le difficoltà prima che assumano maggiori proporzioni; e un'altra che si volge a reprimere ciò che non si è potuto prevenire, ad abbattere l'ostacolo, a vincere ad ogni costo la resistenza. In [quella la parte dell'intelli-

genza è maggiore che in questa, in cui, benchè pure l'intelligenza vi concorra, la forza si fa precipuamente sentire. L'una è l'azione *amministrativa*, l'altra il *comando militare*. E così mentre il potere *legislativo* è semplice ed uno come il puro concetto che debbe rappresentare, il potere *esecutivo* invece ci mostra nella sua unità tre diverse forme corrispondenti alla varietà dei fatti nei quali si rag gira, facendo comparire tre poteri distinti: il potere *giudiziario*, il potere *amministrativo* e il *militare* (1).»

§ 17. Noi non aderiamo nè alla opinione dello Scolari nè a quella del Garelli.

Essi dicono, anzitutto, che colle funzioni esecutive s'intende a rimuovere gli ostacoli che all'esecuzione si oppongono. Ma col rimuovere gli ostacoli si prepara l'esecuzione: la esecuzione effettiva verrà dopo che gli ostacoli saran tolti. Se adunque le funzioni fossero quali quegli autori le definiscono, l'esecuzione non sarebbe una funzione dello Stato.

Ora se è vero che degli ostacoli, delle difficoltà talora si oppongono all'attuazione della legge, è anche vero che nella generalità dei casi questa viene eseguita spontaneamente dai varii membri o elementi costitutivi dello Stato (cittadini, corpi-locali, società particolari).

(1) Garelli. *Op. cit.*, pag. 43-45. — Giova rilevare la contraddizione che si appalesa in queste parole: che un potere comprende tre poteri, nuova prova delle incertezze che la parola potere ha apportato nella nostra scienza. Ciò diciamo unicamente per evitare confusioni. Si legga che alla esecuzione rispondono tre funzioni ed ogni possibile confusione sarà eliminata.

Quando, ad esempio, i cittadini, cui una legge impone determinati servigi, si ricercano volonterosamente gli uni gli altri e consentono all'intento comune, dispiegando la loro attività conformemente alla legge, essi concorrono per certo alla sua esecuzione. È un'esecuzione generale, continua e soprattutto spontanea, a mezzo di tutti o di alcuni.

A questa esecuzione spontanea concorrono anche talora speciali organi, creati per supplire alla reale o supposta deficienza dei cittadini. Non si tratta di eseguire personalmente una legge, si tratta di attendere a pubblici lavori, di creare o sopprimere istituti, e via discorrendo: i singoli nulla potrebbero fare e allora vi provvedono appunto degli organi *ad hoc*, valendosi, ove occorra, anche di agenti subordinati.

Certo, talora, come dicemmo, si oppongono alla esecuzione della legge degli ostacoli di fatto; anzi questi ostacoli possono opporsi sempre, non essendo i singoli membri dell'organismo Stato collegati fisiologicamente ad esso, ma essendo anzi liberi e dispersi. E perciò è necessario che lo Stato, col mezzo di organi speciali, non tanto faccia, quanto sorvegli affinché si faccia e, dove occorra, costringa a fare coloro che, pur dovendo, non fanno; ma il sorvegliare e l'obbligare a fare, non è assicurare la *opportuna* applicazione della legge, è assicurarne l'*applicazione giusta*, poichè lo Stato può costringere a fare non ciò ch'è opportuno, ma solo ciò ch'è giusto, ciò che è di diritto.

Vero è che lo Stato assicura l'esecuzione giusta anche nel caso che ad essa si oppongano ostacoli di diritto; ma non è necessario che gli ostacoli

sieno di questa specie, perchè la facoltà dello Stato deva stare nei limiti che il diritto impone.

Nè esatto ci pare il concetto che il Garelli ha della funzione giudiziaria.

Non sempre difatti le controversie giudiziarie avvengono, perchè all'esecuzione delle leggi si oppongano ostacoli di ragione, derivanti dalla maniera in cui esse sono dettate. Le difficoltà talora sono indipendenti dalle leggi. Dipende forse dal modo in cui la legge si esprime, se Tizio non paga una cambiale a Cajo o se Sempronio, avendo commesso un reato, è sottoposto a giudizio?

Lo Stato esercita la giurisdizione per guarentire il diritto controverso o violato, dichiarando appunto quale sia la norma da applicarsi nei casi particolari di controversie o di violazioni delittuose dell'ordine giuridico, e solo eventualmente, quando ciò occorra per raggiungere quel fine, risolve le difficoltà di ragione che per avventura si presentano.

Ciò posto, quante sono adunque, secondo noi, le funzioni di esecuzione?

Abbiamo visto che la esecuzione spontanea della legge avviene o col mezzo dei cittadini, singoli o aggruppati, o mercè organi speciali, a seconda della materia di cui si tratti. Si deve forse dire che esista una funzione quando sono i cittadini tutti che eseguono la legge e che un'altra si verifichi quando attendono ad eseguirla degli organi speciali? Allo stesso modo che non vi ha diversità di funzione, quando una legge è deliberata dagli organi statuali e quando è consuetudinariamente introdotta, così non vi ha, secondo noi, diversità di funzione, allorchè si esegue volontariamente, non coattiva-

mente, la legge, chiunque sia colui che la esegue. Non è alla qualità o quantità delle persone che eseguono, che si deve avere riguardo per specificare le funzioni, ma alla natura intrinseca dell'atto: e noi intrinsecamente non vediamo fra quei due casi alcuna differenza.

Invece il sorvegliare perchè venga eseguita la legge e, al caso, il costringere a eseguirla, nulla ha a che fare coll'eseguire puro e semplice; nè il sorvegliare costituisce una funzione diversa dal costringere: si sorveglia per costringere, ove occorra.

Così pure è cosa affatto distinta il determinare, in caso di controversia, comè e da chi la legge deva essere eseguita e quale pena deva subire chi vi contravviene.

Perciò ci pare che tre devano dirsi le funzioni d'esecuzione, cioè:

1.° Funzione operante spontaneamente, o di esecuzione volontaria, *funzione esecutiva in stretto senso*, mercè la quale lo Stato, a mezzo dei singoli suoi membri o di organi speciali, esegue, senza che alcun ostacolo si opponga, la propria volontà.

2.° *Funzione giudiziaria*, con cui si determina, in caso di controversia o violazione della legge, la norma da applicarsi nel caso particolare; funzione che diremmo quasi sospensiva, perchè sospende l'esecuzione.

3.° *Funzione costringente*, o coercitiva, funzione d'esecuzione forzata, con cui lo Stato, opponendosi ostacoli materiali di qualsiasi specie all'attuazione della legge, sia in generale, sia in seguito alla sentenza che determina la norma applicabile, si serve della forza, di mezzi esterni di coercizione

per obbligare alla esecuzione della legge, non volontariamente attuata da coloro cui spettava il farlo.

Questa terza funzione è sussidiaria e complementare delle altre due e risponde, rispetto non solo a quella giudiziaria ma anche a quella esecutiva propriamente detta, al concetto d'impero presso i romani.

È noto di fatti che l'idea di giurisdizione era ristretta alla cognizione che il magistrato prendeva di un affare relativo agli oggetti affidatigli. L'impero invece era definito come « una potestà armata », e comprendeva tutti gli atti con cui i cittadini venivano obbligati ad eseguire gli ordini del magistrato. La giurisdizione finiva colla sentenza; gli atti posteriori di costringimento costituivano l'impero, la cui indole e il cui scopo apparisce limpidamente nel Voet, là dove dice che « vana et illusoria est omnis jurisdictio nisi nervos habet imperii, quibus ad obedientiam adducantur contumaces et executionem decreta sortiantur (1). »

Anche in diritto canonico si trova questo concetto di una potestà *coercitiva*, distinta dalla giurisdizionale. È indicata, dicono, presso san Matteo (VIII, 17, 18) ed è confermata dagli esempi dell'incestuoso Corintio (I, *ad Cor.*, V, 3, 5), di Imeneo e di Alessandro (I, *ad Tim.*, I, 20) che l'apostolo Paolo diede in possesso a Satana, però soltanto *in interitum carnis, ut spiritus salvus sit*.

Ma si dirà: Poichè voi ammettete tre funzioni esecutive, come il Garelli, perchè mutate ad esse il nome ch'egli dà loro?

(1) Voet. *Ad Pand.* L. II, t. I, n. 42.

Facile è la risposta: Ne mutiamo il nome, perchè le funzioni da noi designate, son molto diverse da quelle determinate da lui.

La funzione d'esecuzione volontaria non è difatti evidentemente l'amministrativa; chè anzi l'amministrazione si riscontra anche nella funzione coercitiva. Nè a questa diamo il nome di *militare*, perchè la forza armata, come già vedemmo, è non la funzione, ma l'arnese, il mezzo materiale, di cui lo Stato si serve per adempierla.

Ma di ciò basta, per ora.

Sappiamo benissimo, che converrebbe sviluppare e dimostrare in modo più concreto molte cose; ma l'argomento del presente volume è la funzione legislativa. In altra occasione, determinando concretamente ed ampiamente le nostre idee sulle varie funzioni che all'azione rispondono, avremo modo ed opportunità di mettere in piena luce, non colle sole dimostrazioni teoriche, ma anche con quelle di fatto, cioè colla razionale e completa ripartizione delle materie, la opportunità del nostro metodo: almeno così noi speriamo.

Soltanto, prima di chiudere questa introduzione (la quale non ha la pretesa di sviluppare argomenti, che formerebbero materia a più volumi, ma solo di metterci in condizione da dominare il soggetto, considerandolo in tutti i suoi rapporti, quali appariscono a noi, servendoci all'uopo di semplici affermazioni e di presupposti, che pure ci proponiamo di dimostrare, quando che sia), prima di finire, dicevamo, questa introduzione, giova ricordare che noi non consideriamo lo Stato come un ente indipendente dalla società, ma come una società co-

stituita in quel modo determinato; onde non ci si potrà appuntare di contraddizione, se crediamo che non solo con organi statuali appositi, ma anche coll'azione di tutti i membri della società, cooperanti al fine sociale, una qualsiasi funzione di Stato si possa estrinsecare.

LIBRO I.

FORME

CAPO I.

LA LEGGE

1. La volontà sociale. — 2. Leggi positive e leggi naturali. —
3. Erronea distinzione delle leggi in proprie ed improprie. — 4. Leggi
scritte e leggi consuetudinarie.

§ 1. Abbiamo affermato che lo Stato è la società integrata della sua completa organizzazione giuridica. La funzione adunque con cui lo Stato manifesta la propria volontà, la funzione legislativa, non è una funzione di un organismo diverso dalla società, ma è una funzione eminentemente sociale.

Non vorremmo però essere fraintesi.

Noi parliamo di volontà sociale, cioè di volontà dell'organismo, non di volontà individuali concordate. Il sofista Ippia, in un dialogo con Socrate, definì le leggi come « precetti convenuti di comune accordo fra i cittadini... circa il da farsi e il da tralasciarsi (1). » Anzi in Grecia la legge, νόμος, era si-

(1) Senofonte. *Dei detti e fatti memorabili di Socrate*. Capo IV, Libro IV. 19.

nonimo di convenzione, opinione. Così pure a Roma la manifestazione della volontà sociale, la *lex*, era così chiamata *a legendo* od *a colligendo*, perchè dipendente dal consenso delle volontà e costituente perciò una specie di pubblico contratto, una *communis reipublicae sponsio* (1). E chi non sa che il Rousseau definiva le leggi come atti della volontà generale, intendendo per volontà generale la somma delle volontà individuali? (2)

Or bene, non è in questo senso che noi concepiamo la volontà statale. Lo Stato è un organismo dotato di personalità propria e distinta da quella dei singoli individui, che lo compongono; un organismo che ha una volontà sua, veramente collettiva e cioè non formata dalla somma delle volontà individuali, ma ad esse superiore e da esse indipendente. Se così non fosse, svanirebbe ogni idea di organismo.

La società come l'uomo singolo ha degli istinti, dei sentimenti. Questi istinti e questi sentimenti, per una « forza interiore e tacitamente operosa », come dice il Savigny (3), si elaborano, si svolgono, si concretano in quella che s'è convenuto di chiamare la coscienza giuridica collettiva (4) e da essa infine

(1) Carle. *Op. cit.*, pag. 537. — Marciano e Papiniano, difatti, descrivono così gli officii della legge: « commune praeceptum, virorum prudentum consultum, delictorum coercitio, communis reipublicae sponsio. » L. 1. Dig. *De leg. senatuscons. et long. consuet.*

(2) Rousseau. *Contr. soc.* Libro II, cap. VI.

(3) Savigny. *Della vocaz. del nostro secolo per la legislaz. e la giurispr.* Verona, 1857; pag. 106.

(4) « La coscienza giuridica, dice lo Scolari, altro non è che la stessa ragione umana, messa in rapporto ed in accordo coi fatti. » (*Sulla scuola storica dei giuristi ecc.* Venezia, 1857; pag. 18).

vengon fuori, convertendosi in atti di volontà, in manifestazioni esterne, in fatti reali.

Tutti questi atti di volontà, elaborati nella coscienza sociale, in qualunque forma e con qualunque mezzo sieno manifestati, costituiscono delle volontà sociali, cioè delle leggi (1). È la logica conseguenza della identità materiale del concetto di società e di quello di Stato (2).

Infatti « la legge positiva è figlia della società, che lo Schelling chiamerebbe, in suo linguaggio, il riflesso ideale della natura; e per questo lato della origine e dell' indole propria, non è punto diversa da quella, che i filosofi naturali cavano fuori dalle materie del loro studio (3). »

Che poi alle volontà della società costituita a Stato si deva dare il nome di leggi, è quasi superfluo dimostrarlo. Lo Stato è sovrano, per la sua indole e pel suo scopo: le sue volontà quindi sono precetti e comandi, norme obbligatorie d'azione.

Ora, prescindendo dall' origine della parola

(1) A quest'idea della legge risponde il nome inglese *law*, corrispondente non a *lex* ma a *jus*.

(2) L' *Holtzendorff* dice non esatto l'affermare che la legge sia l'espressione della coscienza intima del popolo. « Forse essa lo è realmente per i gradi di civilizzazione inferiore delle età primitive o per alcune rare leggi del nostro tempo; ma, in generale, non è così. Un grandissimo numero di leggi derivano da considerazioni d'efficacia o di convenienza che relativamente poche persone sono in grado di comprendere (*Princ. de la pol.* Hambourg, 1887; pag. 61). » Abbiamo già detto che per volontà sociale non si deve intendere la somma delle volontà individuali e quindi che per coscienza collettiva non si deve intendere la somma delle coscienze individuali.

(3) *Scolari. Istitut di sc. pol.*, pag. 674.

legge; certo è che essa è diventata sinonimo di regola necessaria d'azione.

Questo ne è il significato anche fuori del campo giuridico. Esso si applica difatti ad ogni specie d'azione, animata o no. Vi hanno leggi economiche, morali, religiose e soprattutto fisiche: leggi del movimento, della gravitazione, dell'ottica, della meccanica, della nutrizione, della digestione, della secrezione, ecc.

Si dice, è vero, che le leggi dello Stato non solo comandano, ma anche proibiscono, permettono, dichiarano e puniscono (1); ma è agevole comprendere che anche la proibizione, la permissione, la dichiarazione e la punizione sono comandi: comando di non fare, di lasciar fare o di fare in un determinato modo, se non fu convenuto di fare altrimenti.

Montesquieu ha detto che « le leggi, nella significazione più estesa, sono i rapporti necessarii che derivano dalla natura delle cose (2). » Questa definizione fu a volte biasimata acerbamente, a volte lodata oltremodo. Il Sorel, nel suo studio su Montesquieu (3), dice che essa è certamente la più generale, ma è anche la più vaga definizione possibile. « È una formola d'algebra, essa non si adatta che ad una grande distanza e assai indistintamente alle leggi politiche e alle leggi civili. » Il Leroy Beaulieu invece dice: « Essa è ammirevole, essa incarna tutta la saggezza legislativa » e si sorprende, che uno scrittore giudizioso come il Sorel ne abbia discono-

(1) « *Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.* », L. 7. Dig. *De leg. senatusconsult. et long. consuet.*

(2) Montesquieu, *Op. cit.* Lib. I, cap. I.

(3) Paris, 1887.

sciuta la profondità, l'esattezza, la chiarezza, la precisione (1).

Tutto sta ad intendersi; chè qui evidentemente si disputa sul significato materiale delle parole, anzichè sull'intimo significato della formola.

E l'intimo significato sta tutto in quella parola *necessarii*. Si dica, non che le leggi sono i *rapporti* necessarii, che derivano dalla natura delle cose, ma che esse sono le *regole*, che necessariamente la natura delle cose impone, nei rapporti di qualsiasi specie, e tutti saremo d'accordo (2).

(1) Leroy Beaulieu. *Op. cit.*, pag. 187. — Bentham biasima la definizione (*Op. cit.*, pag. 136-38). Invece la elogia il Casanova. (*Op. cit.*, pag. 16). — L'Holtzendorff poi la fa sua senza discuterla: " Si esprime colla parola legge una relazione necessaria di causa ad effetto, una nozione di causalità „ (*Princ. de la pol.*, pag. 54). — Il Thiers, a sua volta, correggendola, la peggiora: " Les lois sont la permanence des choses „ (*De la propriété*. Paris, 1848; pag. 18).

(2) Il Romagnosi scrive: " Montesquieu... non possedeva nemmeno la vera definizione della legge in generale, come scorgesi da quella ch'egli adduce, in cui confonde la causa coll'effetto, e la natura delle cose colle fonti originarie da cui deriva.

" La struttura della calamita e quella del ferro dipendono dalla natura, dalla quantità e dall'ordine, con cui gli elementi loro si trovano esistere nell'una e nell'altro. Codesta struttura rispettiva stabilisce fra la calamita ed il ferro un rapporto, in virtù, ossia in conseguenza del quale nasce il fenomeno, o l'effetto dell'attrazione. L'attrazione è una legge di natura. Ma questa legge è un effetto. Quest'effetto non è il rapporto, ma ciò che risulta da questo rapporto. Pare dunque che Montesquieu sarebbe stato più esatto se avesse definito le leggi in generale: i risultati, ossia le conseguenze dei rapporti che sono fra gli esseri (*Introd. allo studio del dir. pubbl. univ.* Parma, 1805. Vol. II, pag. 273). „ — Ciò, a un dipresso, aveva detto anche il Bonnet. *Essai analytique sur les facultés de l'ame*. Cap. 27.

§ 2. Le leggi di uno Stato, complessivamente prese, costituiscono il diritto dello Stato stesso (1).

Quale eresia, dirà qualcuno!

Sappiamo benissimo che il diritto fu anche concepito come un complesso di norme, che possono sorgere e svilupparsi indipendentemente dall'organismo statale; ma il diritto, come la società, scompagnati dall'idea di Stato, sono pure astrattezze. Perchè il diritto esista, perchè sia una verità effettuale (2), perchè si possa manifestare esteriormente, non basta che l'organismo sociale lo elabori nella sua coscienza, ma occorre che questo organismo sia una persona capace d'imporlo e di garantirlo, occorre che sia una persona sovrana, cioè uno Stato. Mancando questa subordinazione delle parti al tutto, questa coazione esterna collettiva, l'egoismo, le passioni sinistre, come dicono il Bentham ed il Mill, sconfinerebbero: in altre parole il diritto sarebbe un'aspirazione, non una realtà; onde giustamente il Maiorana dice che la identificazione dei due termini *Stato* e *diritto* è una necessità logica (3).

Ma volete negare, ci si chiederà, l'esistenza di un diritto naturale? Per poter rispondere, conviene che c'intendiamo sul significato di questa parola *naturale*.

O s'intende, per diritto naturale, un diritto che è come tale positivamente riconosciuto, un diritto

(1) In uno studio sulla funzione legislativa il diritto non può essere considerato che obbiettivamente. È superfluo dimostrarlo.

(2) È una efficace espressione che prendiamo a prestito dal Macchiavelli. *Princ.*, cap. XV. Egli contrappone la verità effettuale delle cose alla semplice immaginazione di esse.

(3) Maiorana. *Lo Stato giur.*, pag. 44.

cioè che le leggi riproducono, che gli Stati applicano, in altre parole « quod naturalis ratio inter omnes homines constituit (1) », o s'intende un complesso di norme, che non sono riconosciute, riprodotte, attuate coattivamente nello Stato.

Nel primo caso il diritto naturale è positivamente un diritto, scolpito non solo nel cuore di qualcuno, ma anche nelle leggi. Vorrà dire che su certi argomenti la coscienza dei singoli popoli si manifesterà allo stesso modo; vorrà dire in altre parole che vi sarà una coscienza comune umana, che vi saranno, per dirla col Vico, delle verità sostanziali del diritto. Ma sarà anche sempre vero, che questo diritto potrà dirsi tale, in uno Stato, unicamente perchè sarà sorto e si sarà sviluppato appunto come diritto nella coscienza e nelle leggi dello Stato stesso.

Nel secondo caso invece il diritto naturale non è propriamente un diritto: è un'astrazione, bellissima fin che si vuole, ma sempre astrazione. Noi non neghiamo, si badi, che l'assoluto esista, nè neghiamo che certi principii assoluti, man mano che l'umanità progredisce, non possano essere da essa percepiti. Ma l'assoluto non è la realtà, è un ideale, è un fine ultimo, cui l'umanità può aspirare; è infatti un complesso di principii morali e non di principii giuridici; è un complesso di norme senza sanzione legale, cioè non giuridiche (2).

(1) L. 9. Dig. *De iust. et iure.*

(2) In questo senso si può dire che il diritto è la sanzione della morale o, colla frase scultoria del Bovio, l'atto completivo della morale.

Il diritto si compone di fatti, di leggi giuridiche. Le aspirazioni invece, si sa, non sono leggi: sono istinti o sentimenti non ancora ben maturati. Quando saranno elaborati nella coscienza di ciascun popolo, potranno diventar leggi, potranno diventare il diritto di quel popolo, la *giustizia certa*, come diceva Aristotele.

Ma anche ammesso che ad un complesso di teorie astratte si possa dare il nome di diritto, resterà pur sempre vero, che il diritto per ciascun popolo è quello ch'esso percepisce e che le sue leggi affermano come tale (1).

Tutt'al più si potrà dire che esistono due specie di diritti: uno naturale ed uno positivo. È ciò che affermano appunto molti scrittori.

Il primo diritto, astratto e spesso latente, *lex legum*, secondo la definizione di Lord Hobard, dovrebbe, nella ipotesi del maggiore perfezionamento possibile dell'uomo, regolarne le azioni; e perciò la coscienza umana lo proseguirebbe costantemente, raggiungendolo solo un po' per volta.

Il diritto positivo invece, per ciascun popolo, sarebbe quello che « si rivela gradatamente e progressivamente, man mano che l'umanità s'avvicina, come dice il Laurent, alla perfezione divina »; sa-

(1) Ciò che è buono e conforme all'ordine, dice il Rousseau, è tale per la natura delle cose ed indipendentemente dalle convenzioni umane. Ogni giustizia viene da Dio, egli solo ne è la fonte; ma se noi sapessimo riceverla da sì alto, non abbisogneremmo nè di governo nè di leggi. Senza dubbio avvi una giustizia universale emanata dalla ragione sola; ma questa giustizia, per venire ammessa tra noi, dev'essere reciproca. A considerare umanamente le cose, le leggi della giustizia, per difetto di sanzione naturale, sono vane fra gli uomini (*Contr. soc.*, Lib. II, cap. VI).

rebbe quello « rivelato agli uomini col mezzo della coscienza e del progressivo miglioramento della loro ragione », come dice il Bianchi; quello infatti, come dicono Aubry e Rau, « che si ritrova nella coscienza collettiva di ciascun popolo »; imperocchè, continuano questi scrittori, « il senso morale d'una nazione modificandosi secondo il grado di sua civilizzazione, il diritto naturale non può costituire un corpo completo di precetti assoluti e immutabili » (1).

Però, anche così inteso, questo diritto naturale, il quale dovrebbe essere eterno, assoluto, universale (2),

(1) Laurent. *Princ. de droit civil*. Vol. I, n. 415. — Aubry e Rau. *Corso di dir. civ.* Vol. I, § 2, nota 3. — Bianchi. *Princ. gen. sulle leggi*. II ed. Torino, 1888; pag. 4-6. — Anche S. Tommaso d'Aquino definisce la legge come « ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam habet communitatis promulgata. ». E Montesquieu dice: « La legge in generale, in quanto governa tutti i popoli della terra, è la ragione umana; e le leggi politiche e civili di ciascuna nazione non debbono essere che i casi particolari, ai quali si applica questa ragione umana (*Op. cit.* Lib. I, cap. III). ». A questo concetto risponde anche la distinzione fatta dal Vico fra il vero ed il certo, il primo indipendente dal giudizio degli uomini, il secondo derivante dalla cognizione umana rispetto alla verità. (*Sc. nuova*. Lib. I, *Degli elementi*, ass. IX).

(2) Così lo intendevano i greci. Socrate distingueva anzi nettamente il diritto naturale dal positivo, le leggi scritte di questa o quella città (νόμοι πόλεως), opera degli uomini, e le leggi non scritte (ἀγραφοι νόμοι), opera di Dio (Senofonte. *Op. cit.*, Capo IV, Lib. IV, 19). Aristotele distingueva pure il giusto in sè (ἀπλῶς δίκαιον) dal giusto dello Stato (πολιτικόν δίκαιον) e il giusto legale (νομικόν) dal giusto naturale (φυσικόν) (*Eth. Nicom.* V, 6, 4). — Anche Ulpiano e Paolo (L. 1, § 3 e 11. *Dig. De iustitia et iure*, I, 1) e Cicerone (*Op. cit.* III, cap. XXI. — *De legibus*, I, 6) concepiscono il diritto naturale come un diritto eterno, immortale. — Anche... Ma a che pro?

è effettivamente relativo. Difatti la ricerca di esso dà origine a molte contraddizioni; si può dire che l'assoluto, quando si rispecchia nella mente umana, diventa sinonimo di opinione individuale, diventa la cosa più relativa, più arbitraria, più fantastica che si possa immaginare.

Un principio qualsiasi è di diritto naturale? Lo è, si dice, se consentito universalmente. Ma si parla degli uomini di un'epoca o degli uomini di tutte le epoche? Eppoi, si sa, le persone non illuminate sono escluse. Ma anche riducendo la ricerca a quelle illuminate (e bisognerebbe anche stabilire un limite preciso fra le prime e le seconde), subito si vede che non vanno d'accordo. Basta leggere due autori di diritto naturale, anche di una medesima epoca e di un medesimo paese, per persuadersi ch'essi stessi non sanno dirci che cosa l'assoluto veramente sia, tanta è la diversità delle loro opinioni rispetto a molti argomenti (1).

Come argutamente osservò il Comte, la retta ragione di Domat ha scoperto almeno dieci volte più leggi naturali del genio di Montesquieu (2). Ed è celebre il sofisma del Locke: « Le leggi che tutto il genere umano riconosce sono naturali: quelle che le persone di buon senso riconoscono, sono ammesse da tutto il genere umano: noi e i nostri amici siamo persone di buon senso; dunque le nostre massime sono leggi naturali (3). »

(1) In proposito ha scritte alcune argute pagine il B e n t h a m. *Op. cit.* Vol. I, pag. 157 a 165.

(2) C o m t e. *Traité de législation*. I, 9.

(3) L o c k e. *Essai sur l'entendement humain*. I, 2.

Questo, in fondo, dicono tutti gli scrittori di diritto naturale.

Comunque sia, pel nostro scopo, basta riaffermare che le leggi, presa questa parola nel suo più ampio significato, costituiscono il diritto di uno Stato o, se si vuole, il diritto positivo di uno Stato (1).

Accettiamo anche questa formola: tutto sta ad intendersi.

§ 3. Senonchè convien qui risolvere un dubbio.

Abbiamo detto e ripetuto che le leggi costituiscono il diritto positivo di uno Stato. Ciò significa che le leggi contengono tutto il diritto di quello Stato; ma significa anche che tutte le norme contenute nelle leggi sieno giuridiche?

È nota la distinzione, venutaci di Germania e che ha fatto fortuna, fra leggi proprie e leggi improprie, le prime delle quali conterrebbero appunto il diritto e le seconde no (2).

Noi crediamo che questa distinzione sia assolutamente erronea.

(1) H o l t z e n d o r f f dice che “la legge giuridica, in quanto è direttamente ed esteriormente coercitiva, è detta positiva (*Princ. de la pol.*, pag. 55).”, La definizione è esatta, se si contrappone il diritto positivo al diritto naturale; ma se per legge giuridica si deve intendere soltanto quella positiva, è evidente che la diretta ed esterna coercizione è un elemento essenziale di tutte le leggi giuridiche.

(2) Fra gli scrittori tedeschi che la sostengono, l' O r l a n d o (*Op. cit.*, pag. 119) cita il L a b a n d. *Das Budgetrecht nach der preussischen Verfassungsurkunde*. Berlin, 1871; § 1 e 2 e *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Vol. II. Tübingen, 1878; § 58. — Degli scrittori italiani, che accolsero questa distinzione, ricordiamo O r l a n d o (*Op. cit.*, pag. 120 e seg., nonchè *Studi giur. sul gov. parl.* Bologna, 1886, § 5 e *Teoria giur. delle guar. della lib. L. I*, cap. II. — J o n a. *La riforma delle leggi costituzionali*. Torino, 1888; pag. 43 e seg. — U g o. *Sulle leggi incost.* Macerata, 1887; pag. 165 e seg.

« La legge, ben dice il Maiorana, in quanto dispone e comanda, contiene un rapporto giuridico. Nè il carattere formale è in antitesi colla idea del diritto... La distinzione può valere soltanto come tendenza; poichè tutte le leggi hanno un contenuto giuridico (sia pure soltanto formale): alcune sono però determinate dalla pura ragione giuridica, altre da particolari considerazioni politiche (1). »

Ciò vale anche per coloro i quali affermano che in senso materiale non sieno leggi quegli atti i quali, anzichè contenere norme generali e comuni per determinati rapporti (2), riguardano invece interessi particolari o personali. Per esempio, s'è detto, quando lo Stato delibera un'amnistia od un indulto, peggio quando accorda la grazia ad un singolo o la grande naturalizzazione o una pensione privilegiata o un appannaggio a un principe reale, gli atti relativi non sono leggi (3).

Vero è che in questi casi lo Stato non dichiara già una norma generale, che tutti devano seguire, ma dalle disposizioni stesse scaturisce il precetto ob-

(1) M a i o r a n a. *Il sist. dello Stato giur.*, pag. 155-56.

(2) In questo senso, di fronte alle leggi particolari o personali, sono generali anche le leggi che regolano determinate materie sottraendole all'impero di leggi più generali, come ad es. il codice penale militare rispetto al codice penale, e lo sono anche quelle che si dicono eccezionali perchè regolanti eccezionalmente dei rapporti già regolati da altre leggi con norme diverse.

(3) Cf. U g o. *Op. cit.*, pag. 166. — M e r l i n. *Rép.* voce *Lois*, § 2. — L' U g o cita in proposito anche una sentenza 11 aprile 1878 della Cassazione di Firenze, la quale appunto stabilisce come criterio di distinzione fra le leggi proprie e le improprie l'aver quelle un carattere generale, mentre queste si riferirebbero a casi singoli.

bligatorio per tutti. Il diritto con una di quelle leggi dichiarato produce l'obbligo in chiunque di non disconoscerlo, di non contestarlo, di non impedirne gli effetti. In questo senso si può dire che tutte le leggi « non in singulas personas, sed generaliter constituuntur (1). »

Ma anche se fosse esatta la supposizione, che vi fossero degli atti di volontà dello Stato non aventi contenuto giuridico, da ciò non conseguirebbe, che a questi atti non spettasse, così formalmente come materialmente, il nome di leggi. E ciò perchè, come vedemmo, il carattere essenziale della legge sta non nel suo contenuto, ma nella sua obbligatorietà.

Peggio è, quando si dice che queste leggi appartengono non alla funzione legislativa, ma a quella esecutiva (2). Delle due l'una: o si crede che la funzione esecutiva sia puramente tale, e allora è assurdo il comprendervi degli atti di volontà; o si crede, come appunto l'Orlando (3), ch'essa non sia soltanto esecutiva, e allora si deve mutarle il nome.

Se ne vuole una riprova?

Se fosse vero che la funzione legislativa si esercitasse soltanto rispetto alle leggi determinate dalla pura ragione giuridica, ne verrebbe che le forme rappresentative, peggio le parlamentari, sarebbero le più disadatte ad adempiere tale funzione.

Nessuno vorrà negare che i Parlamenti sieno creati ed organizzati allo scopo precipuo di attendere alla legislazione. Ebbene, tutti ormai ricono-

(1) L. 8. Dig. *De leg. senatusconsult. et long. consuet.*

(2) Orlando. *Princ. di dir. cost.*, pag. 122.

(3) Pag. 63.

scono che, se il Parlamento è l'organo più adatto per la formazione delle leggi non determinate dalla pura ragione giuridica, è invece il meno adatto per le altre (1). Onde molti cultori delle scienze politiche, fra cui lo Stuart Mill, ritenendo la Camera rappresentativa incapace a tale funzione, propongono la creazione di appositi consigli, formati da capacità legislative e tecniche, o consigli permanenti fuori dei partiti e delle influenze governative (2).

E invero vediamo togliersi di fatto, ogni giorno più, ai Parlamenti, o con una scusa o coll'altra, o in un modo o nell'altro, la redazione di quelle leggi. Così in Italia i codici e molte altre leggi di questa specie furono deliberate in epoca di pieni poteri, cioè senza il concorso del Parlamento e alle loro riforme si procede soprattutto mercè commissioni di uomini competenti e non per semplice voto di maggioranze parlamentari.

Del resto, « se si voglia avere riguardo all'origine storica dei poteri delle assemblee rappresentative, si troverà che la loro importanza si affermò prima di fronte alle leggi mancanti di contenuto giuridico. Difatti è noto come le prime rappresentanze ebbero per fine principalissimo di concedere o negare i fondi che la Corona domandava. Invece, riguardo al diritto, il Parlamento inglese concorreva al legislativo, limitandosi ad ascoltare la lettura delle disposizioni novelle. Il potere delle assem-

(1) Cf. Castori. *Per la fondaz. di un istituto delle riforme legislative*. Bologna, 1891.

(2) Jona. *Studii costitut.* Modena, 1889; pag. 79. — Cf. anche Scolari. *Del dir. amm.*, pag. 366 e seg. — Sabbatini. *L'amministr. secondo la legge*. Modena, 1891; pag. 81 e seg.

blee legislative rispetto al diritto sorse posteriormente e subordinatamente.» Son parole che, per opportunità di discussione, abbiamo raccolte quà e là nello stesso Orlando (1).

Ma, secondo noi, persino nel caso di leggi personali siamo sempre nei limiti della funzione legislativa, purchè, beninteso, si tratti di provvedimenti intesi non ad eseguire puramente e semplicemente una precedente deliberazione dello Stato, come sarebbe ad es. la nomina ad un impiego, secondo norme precise ed assolute con quella fissate; ma di atti coi quali lo Stato manifesta una sua specifica volontà, quando infatti vuole e delibera nel concreto caso.

Così se è vero che lo Stato, sia regolando in massima gl' istituti dell'amnistia, della grazia, dell'indulto o della grande naturalizzazione, sia autorizzando la concessione di pensioni privilegiate o determinando che deva esser dato un appannaggio ai principi reali, ha manifestata, in forma generale, la sua volontà, è pur vero che, quando non abbia fissate norme assolute, ma si sia riservato di volere e dichiarare, di volta in volta, se l'amnistia, la grazia, l'indulto, la grande naturalizzazione o la pensione privilegiata deva essere concessa o quale appannaggio deva essere dato, avuto riguardo alle speciali condizioni di persona e di tempo, non esegue nei singoli casi una sua deliberazione precedente, ma veramente delibera nel caso speciale.

La massima parte degli scrittori escludono dalla funzione legislativa, comprendendola nella esecu-

(1) Orlando. *Princ. di dir. cost.*, pag. 112 e 123. — *Studi giur. sul Gov. parl.*, pag. 47 e seg.

tiva, le deliberazioni di amnistia, di grazia e d'indulto. Ma basta ricordare ciò che sono questi istituti, per persuadersi che tale opinione è erronea.

L'amnistia è intesa ad estinguere l'azione penale in casi determinati; la grazia e l'indulto intendono invece ad impedire o riparare l'applicazione di pene, inflitte giudizialmente, ad uno o a più condannati. Or bene, l'estinzione di un'azione penale, il condono o la riduzione di una pena sono atti con cui non già si esegue una legge, ma se ne sospende l'osservanza, vi si deroga: sono leggi, infatti, che contraddicono, sia pure per determinati casi e temporaneamente, ad una legge precedente.

Concludendo (e n'è tempo) diremo che se noi potessimo ammettere la distinzione delle leggi in proprie ed improprie e se fosse vero, che vi fossero delle leggi non contenenti una volontà statale, attribuiremmo il nome di proprie a quelle che tale volontà contenessero e non alle altre. E poichè molti affermano, appunto, come vedremo fra breve, che il diritto non è voluto dallo Stato, diremo, dato ciò e non concesso, che leggi proprie dovrebbero dirsi non quelle che hanno, ma quelle che non hanno contenuto giuridico, quelle volute cioè non solo nella formola, ma anche nella sostanza, quelle che l'Orlando dice pertinenti alla funzione esecutiva, presentandoci così lo strano spettacolo, che la funzione, la quale prende il nome dal verbo *eseguire*, contenga sola le vere e proprie volontà dello Stato!

§ 4. Come si manifesta il diritto positivo, cioè la volontà dello Stato?

Tre sono le ipotesi che, a questo riguardo, si possono fare:

1° che il diritto si manifesti soltanto con atti emanati dagli speciali organi statuali, ai quali atti soltanto spetterebbe perciò il nome di leggi.

2° che il diritto si manifesti indipendentemente da quegli organi, ai quali, d'ora in poi, per brevità, daremo anche il nome di Governo (1), per impulso spontaneo, mercè la consuetudine; nel qual caso le deliberazioni emanate dagli organi stessi non sarebbero che una riproduzione, a stretto rigore, non necessaria. Il diritto infatti sarebbe originariamente consuetudinario e verrebbe riprodotto da quegli atti governativi; onde le consuetudini sarebbero leggi dirette e quegli atti sarebbero leggi indirette.

3° che il diritto infine si manifesti direttamente talora colle consuetudini e talora con atti del Governo. Solo in tal caso questi atti sarebbero una manifestazione diretta del diritto; altrimenti non farebbero che manifestarlo indirettamente. Vi sarebbero infatti delle leggi consuetudinarie e delle leggi emanate dagli organi statuali, le quali ultime, a lor volta, sarebbero o dirette o indirette, a seconda che manifestassero direttamente o riprodussero dalle prime il diritto.

Quale di queste ipotesi è la vera?

La prima è sostenuta dal Bentham.

« Il *diritto* propriamente detto, egli dice, è creazione della *legge* propriamente detta: le leggi reali

(1) Governo difatti è, secondo noi, il complesso degli organi statuali. Vero è che non tutti gli organi statuali concorrono alla formazione della legge; ma, come dicemmo, adoperiamo, per brevità, la parola Governo, in quanto il tutto comprende le parti. Se no saremmo costretti a ripetere, ad ogni momento, le due parole *organi statuali* o *legislativi*.

fanno nascere i diritti reali.» E più lungi: «Anche riguardo agli atti sopra i quali la legge si astiene di ordinare o di vietare, essa ci conferisce il diritto positivo, cioè il diritto di farli o non farli, senza essere turbati da alcuno nell'uso della nostra libertà. Io posso restare in piedi o sedere, entrare o uscire, cibarmi o no, ecc.: la legge intorno a ciò nulla pronuncia; nondimeno il diritto che io esercito a questo riguardo, lo riconosco dalla legge, perchè dessa è quella ch'erige in delitto la violenza di chi vuole impedirmi di fare ciò che mi piace (1).»

Questa teoria, la quale, partendo dal concetto che Stato e società sieno due cose affatto distinte, condurrebbe all'assurda conseguenza, che la volontà capricciosa di chi sta al governo sarebbe la fonte del diritto, collegata invece all'idea che lo Stato non è disgiunto dalla società e che gli atti governativi interpretano la coscienza collettiva, significa appunto soltanto ciò: che unico mezzo possibile di manifestazione del diritto sono questi atti, che solo questi atti sono leggi.

La seconda ipotesi, che gli atti stessi sieno una manifestazione indiretta della coscienza collettiva, è al dì d'oggi sostenuta da molti giuristi. Il Governo, quando proclama il diritto, non delibera mai il contenuto, ma solo la formula della sua legge. Egli trova sempre il diritto già sorto spontaneamente e, riconosciutolo, lo fa proprio e lo dichiara (2).

Prescindendo dall'errore che in questo concetto è incluso dell'appropriarsi che lo Stato farebbe del

(1) B e n t h a m. *Op. cit.* Vol. I, pag. 160.

(2) Già il C o m t e aveva detto che la legge scritta è una pura descrizione o registrazione (*Op. cit.* L. II, pag. 323).

diritto, mentre evidentemente non si può appropriarsi ciò che è già proprio (1), a noi pare che ambedue queste ipotesi sieno errate.

Noi affermiamo ch'è vera la terza. Affermiamo cioè, che legge è ogni norma giuridica, con qualunque mezzo si manifesti: sia per consuetudine, sia col tramite di speciali organi statuali.

Ben dice a questo proposito il Pacifici Mazzoni: « Il diritto consuetudinario ha, col diritto scritto, comune la base, cioè la volontà nazionale. La differenza è riposta nel modo con cui questa volontà si manifesta; poichè mentre nel diritto scritto è espresso, nel diritto consuetudinario invece è tacito; in altri termini, tale volontà si fa nota mediante fatti, cioè mediante l'anzidetta applicazione di date regole di condotta (2).

Affermiamo ancora che le leggi emanate dal Governo, se talora servono a manifestare indirettamente il diritto, nel maggior numero dei casi lo manifestano invece direttamente.

E poichè queste leggi sono da tempo immemorabile scritte, così distingueremo le leggi in scritte, e consuetudinarie.

Non che tutte le consuetudini sieno leggi. Lo sono soltanto quelle che, o tacitamente o esplicitamente, non sono disconosciute dal Governo. Se v' hanno consuetudini non ammesse dagli organi statuali, ciò significa ch'esse non sono obbligatorie,

(1) L'errore è più grave per quegli scrittori che, come l'Orlando, ammettono che lo Stato non sia una cosa distinta dalla società, ma sia invece la società organizzata giuridicamente.

(2) Pacifici Mazzoni. *Istituz. di dir. civ. ital.* Firenze, 1874. Vol. I, pag. 11.

che non sono leggi, che non rispondono alla coscienza generale collettiva.

È forse superfluo ricordare (ma è bene ripeterlo, per evitare equivoci) che noi partiamo dal concetto che gli atti emanati dal Governo sieno manifestazioni della coscienza del popolo, di cui la volontà collettiva è appunto l'espressione. Se così non fosse, si dovrebbe ammettere, o che la società avesse due coscienze, o che, in uno stesso momento, una coscienza potesse contraddirsi.

Che se talora uno di quegli atti non è conforme alla coscienza sociale, ciò cosa significa? Forse che lo Stato possa volere una cosa contraria alla sua coscienza? No. In qualunque maniera si sia proceduto, senza consenso tacito, volontario od anche forzato, non si può mettere in vigore una decisione sociale (1). La volontà sociale sarà stata, se si vuole, male interpretata; ma ciò significa non che le leggi possano essere l'espressione di una volontà diversa dalla sociale (2), ma che quel determinato Stato non è un vero organismo morale, o che gli organi statuali funzionano malamente, così che la presunta volontà sociale non è tale davvero. In fatti l'organismo si trova, in tal caso, in condizioni patologiche.

E siccome, pur troppo, come vedremo, è possibile, anzi è facile, specialmente in certe forme di Governo, che gli organi non rispondano al fine loro, così ne viene che gli atti emanati dal Governo si dicono conformi alla coscienza collettiva, non

(1) F a z y. *Op. cit.*, pag. 24.

(2) C a r l e. *Op. cit.*, pag. 466.

perchè tali sieno sempre, ma perchè tali si presumono.

Presunzione questa assoluta, poichè si deduce dall'altra presunzione, pure assoluta, che gli organi statuali sieno quali la coscienza popolare li vuole.

Le leggi adunque sono scritte o consuetudinarie, tutte riconosciute dagli organi dello Stato. Le seconde però, come vedremo, importantissime un tempo, vanno scomparendo, per la loro incertezza. I popoli moderni alle dubbiezze del giure preferiscono la possibilità di errori e di abusi, che le leggi scritte comportano, ma che compensano appunto col loro assoluto carattere di certezza.

Per ciò, quantunque, come abbiám visto, in senso larghissimo, anche le consuetudini consentite sien leggi, leggi, in senso più preciso e tecnico, sono soltanto quelle che vengono scritte ed emanate dagli organi *ad hoc*.

Ad evitare equivoci, noi, quindi, nella successiva trattazione, diremo leggi soltanto queste ultime, in opposizione alle consuetudini, il che non esclude che la parola legge possa avere anche, come ha, un significato ancora più ristretto. Ma di ciò a suo luogo.

CAPO II.

LA LEGGE NELL' ANTICHITÀ

5. Le prime costumanze. — 6. Passaggio dal costume alla legge scritta. — 7. La legge a Roma. — 8. Gli editti dei magistrati e i responsi dei prudenti. — 9. Le compilazioni romane.

§ 5. Fonte del diritto positivo, abbiám visto, è la coscienza popolare, da cui esce alla vita reale, manifestandosi esteriormente. Finchè esso sta chiuso in quella coscienza è il sentimento del diritto; quando ne esce fuori, diventa veramente diritto.

Or bene, la origine prima di ogni diritto si perde fra le nebbie del passato, così che non v' ha istituzione la quale non abbia un' esistenza precedente: dinanzi alla preistoria le ricerche si arrestano.

Pare adunque, poichè non si possono fare che delle semplici ipotesi, che il diritto abbia incominciato coll'essere un modo di operare (*actio*), un complesso di atti compiuti quasi istintivamente, così come il sentimento dettava. *Im Anfang war die That!* come dice Faust nel suo monologo.

Quando il sentimento era comune, perseverante, le applicazioni eguali si replicavano, più o meno uniformemente, in consimili casi. Questo ripetersi, e conseguentemente questo precisarsi, delle azioni diventò costume, consuetudine. È quindi nella consuetudine, che si riconosce dapprima il diritto. È

dessa la primitiva e più feconda manifestazione giuridica (1).

Così dice anche Platone: « Sotto il reggimento patriarcale non vi erano nè legislatori, nè vere leggi, ma soltanto gli usi e ciò che chiamasi la tradizione orale erano le sole regole di condotta (2). »

Col tempo, continua Platone, e la moderna scienza conferma, le consuetudini crescono in ragione dello sviluppo delle singole società o famiglie o, come oggi dicesi, comunità di villaggio: e i capi comandano e gli anziani decidono le controversie (3).

Tutti questi elementi primitivi del diritto, trasmessi di generazione in generazione e variamente intrecciati, finiscono per formare « una tradizione misteriosa ed arcana anche per coloro che concor-

(1) Avverte il Brunialti che tutte « le primitive società umane, sebbene economicamente sieno talvolta inferiori a quelle animali, e non conoscano, per esempio, nè la divisione del lavoro, nè la schiavitù, cominciano ad avere una idea embrionale della legge, cioè d'una norma dalla quale l'uomo non deve discostarsi senza essere punito. », E dimostra questa verità con larga e varia erudizione, passando in rassegna la maggior parte dei popoli antichi e di quelli selvaggi moderni, presso i quali tutti la vita è disciplinata, come dice il Lubbock, da un sistema complicato e in apparenza molto incomodo di consuetudini, imperative come leggi, di divieti e di privilegi i più bizzarri. (Brunialti. *La legge nello Stato moderno*, nella *Bibl. di sc. pol.* Vol. IV. Parte I. Torino, 1888; pag. 15 e seg.) — Cf. Sumner Maine. *L'ancien droit*. Paris, 1874. — *Village comm.* London, 1872. — *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*. Paris, 1884. — Fustel de Coulanges. *La cité antique*. Lib. II.

(2) Plat. *De legibus*, Lib. III.

(3) Giustamente avverte il Lermnier, che in questi passaggi Platone si dimostra osservatore profondo quanto Aristotele (*Op. cit.* Vol. I, pag. 5).

sero a dar origine alla medesima. Questa finisce col tempo per essere creduta di origine divina, ed in allora, come fu la regola del *passato*, è ritenuta eziandio dover governare il *presente* e non dovere in alcun modo essere modificata per l' *avvenire*; donde deriva quella condizione singolare di cose, per noi pressochè incomprendibile, di tutto un villaggio che finisce per mantenersi ligio ed ossequente a costumanze antichissime e pressochè immutabili, che sono per esso più sacre ed inviolabili delle nostre leggi (1).

Non a caso o per il semplice fatto della ripetizione di alcuni atti, dice il Brunialti, le consuetudini acquistano questo potere. « Due fattori lo determinano: lo sviluppo della vita sociale, colle relazioni crescenti tra uomini dapprima poco meno che isolati, e l'influenza che il soprannaturale esercita appena sono in grado di scambiarsi le impressioni subite dalla natura nelle prime evoluzioni delle idee umane. Egli è a questo modo, come bene avverte Herbert Spencer, che col complicarsi primo dei rapporti sociali, colla credenza nel mondo degli spiriti, colla venerazione di un ente superiore, nasce e si sviluppa la costumanza di fare appello a que-

(1) C a r l e. *Op. cit.*, pag. 38. — Così anche oggi avviene presso molti popoli dell' Africa. Alla corte di Mtesa, per es., qualsiasi infrazione delle consuetudini e persino del cerimoniale è punita colla morte. I Tupi del Brasile ed altre tribù crederebbero di essere distrutte, se si discostassero di una sola linea dalle costumanze avite. A Giava e a Sumatra il capo non ha il potere di fare le leggi che vuole, nè di alterare le antiche costumanze. Fra gli Ascianti un tentativo di mutare un costume antico costò al re Osai Quamina il trono. Per questi ed altri molti esempi cf. Brunialti. *Loco citato*.

sto ente, di evocare gli spiriti, fossero pur quelli degli antenati, per chiedere loro sia le norme di condotta per casi speciali, sia i criteri per risolvere i conflitti. Indi i diversi metodi per scoprire o indovinare quella volontà, infiniti come le superstizioni, e le risposte, le quali, pur riferendosi ad altrettanti casi particolari, costituiscono a poco a poco un precedente, da cui poi la legge che si unisce ad altre leggi, e viene formando corpo con esse (1). »

Ma i *mores majorum* non restano solo nella memoria e nel sentimento del popolo: essi, raccolti in forme ritmiche e ricche di assonanze (2), e resi sacri con riti e cerimonie, vengono considerati come « una parola divina, come un *Fas* misterioso ed arcano, il cui senso intimo non può essere afferrato dal volgo, e le cui cerimonie solenni debbono essere adempiute con scrupolo nei loro più intimi particolari. Mentre sotto un aspetto è il portato delle naturali necessità, sotto un altro invece è il diritto di un'autorità soprannaturale e divina, e sembra confermare la definizione degli antichi Romani, per i quali il diritto era una cosa umana e divina ad un tempo, un *Jus* ed un *Fas*, un comando primitivo ed una rivelazione della divinità, una *forza*

(1) Brunialti. *La legge* etc., pag. 18. — Cf. Spencer. *Op. cit.*, cap. XIV, n. 530; Fustel de Coulanges. *Op. cit.* XIII ed., Paris, 1890; pag. 15 e seg., pag. 221 e seg.; Sumner Maine. *Études sur l'ancien droit* etc., pag. 74 e seg.

(2) Aristotele dice che le leggi venivano cantate (*Probl.* XIX, 28). — Di quà il nome di *νομοι* dato ai canti e di *carmina* alle leggi. « Lex horrendi carminis erat », dice Livio (I, 26). — Cf. Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 124.

che soggiogava ed una *religione*, i cui misteri non dovevano essere penetrati dal volgo (1). »

Questa confusione delle leggi divine ed umane apparisce già nello *Zend-Avesta*, in cui la legge altro non è che la parola di Ormuzd; nel codice di Manù, che, dettato da Dio, incatena gli uomini, e nella Bibbia, che la volontà divina considera costituire la legge (2).

Così Omero parla delle conferenze di Minosse con Giove (3) e Cicerone non sa decidere se nella tradizione devasi considerare, come legislatore di Creta, Giove medesimo o Minosse, che da questo Dio fu ispirato, *ut poetae ferunt* (4). Mosè, a sua volta, durante l'infuriare di un uragano, ha da Dio la legge, che dovea dominare per tanti secoli il popolo d'Israele.

Ed è noto, che alle prime leggi di Atene fu dato il nome di *θεσμοὺς* (5), parola riferentesi al concetto arcaico di legge, per la sua origine, sacra (6), e a quelle di Sparta, ed in particolare di Licurgo, il nome di *ῥήτρα* (*dicta*), cui Spruch e Schömann attribuiscono il senso originario di *ῥήμα λόγος*, d'onde *oracolo*. Ed infatti si esprimevano come oracoli (7).

(1) Carle. *Op. cit.*, pag. 1. — Cf. anche Carle. *Le origini del dir. rom.*, pag. 90 e seg.

(2) Carle. *La vita del dir.*, pag. 21 e 39.

(3) Omero. *Odiss.* Lib. XIX. Versi 178 e 179.

(4) Cic. *Tusculan. Disputat.* L. II, cap. XIV.

(5) Lo stesso nome conservarono anche le leggi di Solone.

(6) Tamassia. *Antichità storico-giur. della "costitut. degli ateniesi"*, di Aristotele, nell'*Arch. Giur.* Anno 1892, fasc. 4-5, pag. 302-303.

(7) Brunialti. *La legge etc.*, pag. 24.

Anche i romani ritennero che le loro leggi fossero dettate da Dio. « I Romani veneravano siccome legislatori Saturno, Vesta, ma specialmente Cerere, *legifera Cerer*, come la chiama Virgilio, colei che :

Prima dedit fruges alimentaue mitia terris,
Prima dedit leges (1).

« Secondo Quintiliano, le leggi sarebbero state dettate dalle Muse sul monte Albano (2). » E Numa, nei segreti colloqui colla Ninfa Egeria, elaborava le sue leggi.

I capi degli Stati erano, in conseguenza, re e sacerdoti ad un tempo: *Rex Anius, Rex idem hominum Phoebique sacerdos*, come canta Virgilio (3).

« Per un irresistibile slancio, infatti, come dice il Lerminier, l'umanità s'è elevata a Dio, alla ragione universale, per attribuirgli i grandi pensieri che furono i principii delle sue credenze e delle sue istituzioni (4). » Tutto, le tradizioni, le religioni, il genio stesso erano una irradiazione divina. E irradiazione divina era la legge, *munus et inventum Dei*.

Ne venne che custode della legge o volontà divina diventò una classe privilegiata di persone, rivestite d'un carattere sacro, i bramini nell'India, i poeti Orfici in Grecia, i pontefici in Roma (5), i

(1) Ovidio. *Metamorph.* V, 10.

(2) Brunialti. *La legge etc.*, pag. 26.

(3) Virg. *Aen.*, III. — Un'ampia dimostrazione di ciò si trova in Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 202 e seg. — Vedi anche Sumner Maine. *Études sur l'anc. droit etc.*, pag. 214 e seg.

(4) Lerminier. *Op. cit.*, vol. I, pag. 6.

(5) « Pontificem neminem bonum esse nisi qui jus civile cognoscit. », Cic. *De legibus*, II, 19. — Di quà l'antica definizione: « Jurisprudentia est rerum divinarum atque humanarum notitia. »

sacerdoti in Germania, i Druidi fra i Celti della Gallia, i Breoni fra i Celti d'Irlanda, ecc. (1).

E mentre fra i germani l'*ewa* o legge o patto era a periodi fissi solennemente recitato dall'*asega* o *eosaga* (iudex, sacerdos, qui iura dicit) o dal *lagmann*, *lagmadhr* (2), invece a Roma ed altrove il popolo, *profanum vulgus*, era tenuto all'oscuro delle leggi (3): le stesse formole dei contratti erano *auspicate* e sacre. In alcuni luoghi i sacerdoti avevano perfino uno speciale linguaggio e proprii caratteri.

La legge così, nella sua pratica applicazione, diventa sinonimo di decisione divina. « Il giudice o sacerdote, o re sacerdote, o re solo con o senza l'assemblea, è l'ispirato che giudica per divina ispirazione; nei poemi omerici le leggi (θεμιστεες) e le assemblee giudicanti sono considerate come un tutt'uno (4), » malgrado che allora, per la partecipazione dell'elemento popolare, la sacra autorità che giudica si fosse già alterata.

Di quà le frodi sacerdotali, di cui fu maestro l'Egitto « I suoi numi rispondevano *si* o *no*, convenzionalmente, muovendo le braccia, la testa o la bocca; Erone Alessandrino dice che adoperavano meccanismi molto complicati. Le domande venivano

(1) Sull'argomento si consulti Sumner Maine. *Études sur l'anc. droit etc.*, pag. 42 e seg.

(2) Waitz. *Deut. Verfassungsgeschichte*. III ed. Berlin, 1885. Vol. I, pag. 360. — Tamassia. *Op. cit.*, pag. 304.

(3) Il Tamassia argutamente tenta di dimostrare che un ufficio analogo a quello del *lagmann* fosse affidato in Atene ai *tesmoteti* (*Op. cit.*, pag. 304-306).

(4) Tamassia. *Op. cit.*, pag. 303. — Si consulti, dello stesso autore, l'altra bellissima monografia *Il periodo poetico-sacerdotale del diritto*, nello stesso periodico.

poste in forma dicotomica, così da lasciare un angusto campo al dubbio; e per quanto non sia conosciuto lo strumento adoperato, Renan non dubita che un sacerdote lo maneggiava e dava così le risposte (1). In tutti i casi dubbii, nelle difficoltà politiche e nei processi civili, anche in Israello andavano ad interrogare l'oracolo dell' arca, e rispondeva. Tali decisioni continuarono, attraverso molti secoli, ora indebolite, ora vigorose, e persino ai tempi di Saul esercitavano una influenza straordinaria (2). »

Però se la teocrazia mosaica può formalmente assomigliarsi alle altre, invece, considerata nella sua intima essenza e ne' suoi effetti, è in antitesi con esse. Lo Stato ebraico è una teocrazia democratica, l'unica che la storia ricordi. La legislazione mosaica è piena di Dio; ma i cittadini sono eguali dinanzi alla legge divina e formano un popolo santo, un regno di sacerdoti, il popolo di Dio. Dio non è uno strumento, come nelle altre teocrazie, ma il legislatore unico e diretto: la teocrazia, si può dire, è nella mente, non nell'opera degli uomini. « Nella legislazione mosaica, per effetto della sua origine e della sua natura, il supremo signore era Iddio, ma la sovranità di Dio consisteva nella sovranità della legge; e questa lasciava intatta la sovranità del popolo, nella cui personalità essa si era collegata. Era la volontà di Dio, che governava; ma la volontà di Dio era espressa nella legge, e ministro di questa era il popolo. Così nella legislazione mosaica il popolo è

(1) Renan. *Hist. du peuple d'Israel*. Paris, 1887. Vol. I, pag. 276.

(2) Brunialti. *La legge etc.*, pag. 24.

sovvrano; però questa sovranità non ispetta a un popolo abbandonato alla sua volontà, ma governato da una legge», quella divina (1).

§ 6. Col progredire della civilizzazione la società politica assume man mano la sua forma più perfetta. Questo mutamento nello stato sociale, porta con sè necessariamente una radicale mutazione anche nella forma esterna del giure.

« Mentre gli eupatridi e i patrizii erano attaccati alla vecchia religione delle famiglie e per conseguenza al vecchio diritto, altrettanto la classe inferiore avversava questa religione ereditaria che aveva fatto, per tanto tempo, la sua inferiorità, e quel diritto antico che l'aveva oppressa. Non soltanto essa lo detestava, ma non lo comprendeva nemmeno (2). »

Anzitutto essa vuol conoscerlo a fondo questo tradizionale diritto, vuole premunirsi contro gli abusi di coloro che fino allora se ne erano fatti gl'interpreti. E poichè ormai la sua volontà si confonde veramente colla volontà sociale, il diritto, dai rituali e dai libri dei sacerdoti, esce alla luce del sole. Non è più il canto misterioso, che verbalmente si tramandava di età in età; è una lingua che tutti conoscono e parlano (3).

La legge così muta di natura: essa è tradotta in caratteri sensibili; è fatta nota a tutti; non è più una parte della religione, ma quantunque, come

(1) *Levi. Sulla teocrazia mosaica.* Firenze, 1863; spec. da pag. 15 a 23.

(2) *Fustel de Coulanges Op. cit.*, pag. 364.

(3) *Loco citato.*

vedremo, nella religione trovi ancora la sua ispirazione prima, diventa una cosa da quella distinta.

Questo passaggio dal diritto tradizionale al diritto scritto, dalla consuetudine alla legge, si perde anch'esso fra le nebbie del passato; nè certo è avvenuto d'un tratto, ma s'è verificato, dappertutto, gradualmente.

A quale popolo o a quale città spetti il vanto d'averle, la prima volta, scritte le proprie leggi, nessuno lo sa, nè lo si potrà mai sapere.

Certo, anche nell'epoca in cui le leggi non erano scritte, qualcuna di esse era stata riprodotta nei libri sacri. Così a Roma, come racconta Dionigi d'Alicarnasso (X, 1). Ma è evidente, che la riproduzione scritta di una legge verbale, nei libri sacri e segreti, non è da confondersi colla scrittura ufficiale e pubblica della legge.

I primi ad aver leggi scritte, secondo Strabone (VI, 1, 8), furono i Locresi; però non posteriori sembrano le leggi di Gortyna.

Ad Atene il passaggio dal diritto non scritto allo scritto non si sa con precisione quando sia avvenuto. Le leggi di Dracone furono scritte? Nulla ci dicono gli storici. Certo quelle di Solone, come narra Aristotele, furono scritte e collocate nel portico regio (1). Di quà i nomi che ad esse rimasero di *ἄξονες* (tavole) o *κύρβεις* (colonne che finiscono in punta). V'ha di più: le antiche tradizioni ci dicono anche che queste tavole eran di legno e quadran-

(1) Arist. *Cost. degli aten.*, c. 7. — La stessa cosa affermano molti altri scrittori.

golari e scritte da sinistra a destra e da destra a sinistra (1).

Nemmeno si sa quali sieno state le prime leggi scritte in Roma. « Secondo una tarda tradizione, le leggi emanate dai re, dapprima conservate nei loro ricordi (*commentaria*), per comando d'Anco Marzio ne furono tratte, scritte in tavole di legno ed esposte nel *forum*: più tardi, cacciati i re, il pontefice massimo Papirius, contemporaneo di Tarquinio il superbo, pel deperimento delle prime, le rinnovò e completò. Distrutte nell'incendio gallico, furono pubblicate ancora, ma i pontefici ne tolsero ogni regola sacrale, per dominar meglio gli animi dei cittadini legandoli coi segreti religiosi (2). » Ma la tradizione, come avverte il Landucci, non è comprovata.

Pare ad ogni modo che le XII tavole non sieno le prime leggi scritte, quantunque, se non formalmente, certo per gli effetti loro, possano dirsi tali.

Difatti, col passaggio dalla legge verbale alla scritta, una trasformazione non solo formale, ma sostanziale, si opera, trasformazione, che a Roma si deve appunto alle XII tavole.

La legge, come dicemmo, s'ispira ancora agli Dei. « Persino nell'epoca in cui si ammise che la volontà dell'uomo o i suffragi di un popolo potevano fare una legge, ancora occorre che la religione fosse consultata, ch'essa fosse almeno consenziente. A Roma non si credeva che l'unanimità dei suffragi fosse sufficiente perchè vi fosse una legge;

(1) T a m a s s i a. *Antich. stor. giur.*, pag. 302, 303, 307.

(2) L a n d u c c i. *St. del dir. rom.* Padova, 1886; pag. 42.

occorreva ancora che la decisione del popolo fosse approvata dai pontefici e che gli auguri attestassero che gli dei erano favorevoli alla legge proposta (1).»

Oltre a ciò la legge non si limita a determinare delle sole norme giuridiche, ma comanda anche delle norme religiose. Le tavole di Solone sono ad un tempo un codice, una costituzione ed un rituale: l'ordine dei sacrificii e il prezzo delle vittime vi erano regolati, come i riti delle nozze e il culto dei morti. E a Roma le stesse XII tavole contenevano minuziose prescrizioni sui riti religiosi della sepoltura (2).

Ma la legge, nella sua natura intrinseca e ne' suoi effetti, non è più un comando, una rivelazione di Dio. Chi la fa non è più un essere soprannaturale o un ispirato da Dio: è un rappresentante della collettività progredita, è un organo statale, sviluppato e adattato al fine dello Stato. Come Solone, così i decemviri sono investiti dell'autorità legislativa dal popolo, di cui interpretano la volontà.

Certo il rivolgimento risponde dappertutto ad una vera rivoluzione sociale; ma ciò non significa, che le nuove leggi sieno completamente di nuova fattura: il loro *substratum*, la loro materia greggia è sempre costituita dalle costumanze antiche. Soltanto la riproduzione di queste non è rigida e servile: la legge, adattandole alle mutate condizioni

(1) Questa regola, molto rigorosamente osservata nel primo secolo della repubblica, disparve però più tardi o fu elusa — Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 221.

(2) Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 218.

del popolo, le sviluppa, le corregge, le emenda, le modifica (1).

Le tavole soloniche, le dodici tavole romane e tutte le antiche leggi italiche, infatti, pur ispirandosi alle patrie tradizioni, contengono le riforme ritenute necessarie al nuovo atteggiamento della coscienza popolare (2).

Questa conformità della legge alle costumanze avite, messe in relazione coi bisogni nuovi, è attestata dal popolo colla cerimonia solenne del giuramento ch' egli fa di osservarle. Il quale giuramento, che ricorda il concetto della origine divina della legge, le dà anche il carattere umano, ne fa veramente una *communis reipublicae sponsio* (3).» E invero la legge, appunto per questo suo nuovo carattere, non si presenta più come una formola che non si possa discutere o mutare; ma come un atto di volontà dei cittadini che si può riformare, quando lo si ritenga necessario (4).

Così la legge scritta, l' *iussum populi*, dà al diritto quella precisione e quella generalizzazione che non sempre la consuetudine comporta; nè è una semplice riproduzione, una legge indiretta: essa, pur collegandosi al passato, pur non creando uno stato di diritto del tutto nuovo, ordina in modo diverso

(1) Sulle differenze fra il diritto delle tavole soloniche e delle dodici tavole di Roma e il diritto precedente, si consulti F u s t e l d e C o u l a n g e s. *Op. cit.*, pag. 366 a 375.

(2) C i c e r o n e afferma eziandio che molte regole contenute nella decima tavola romana erano copiate da originali greci (*De legibus*, II, 25).

(3) T a m a s s i a. *Antich. stor. giur.*, pag. 306, 308.

(4) F u s t e l d e C o u l a n g e s. *Op. cit.*, pag. 365.

dall'esistente le relazioni giuridiche, manifestando la volontà sociale, rispecchiando il nuovo atteggiamento della coscienza collettiva, da cui, senza l'intermediario della consuetudine, emana.

Certo il principio nella legge contenuto era stato dapprima sostenuto da qualcuno, il sentimento ne esisteva. Ma lo Stato, nel redigere la legge, sceglie fra le varie risoluzioni possibili; dà valore giuridico, cioè positivo, al sentimento popolare: da mero sentimento, da mera aspirazione lo converte in realtà.

La legge infatti prende il posto della consuetudine, relegandola man mano dietro di sé. Non che questa perda ogni autorità; non che consuetudinariamente non possano più regolarsi i rapporti giuridici; non che nuove consuetudini, giuridicamente efficaci, non possano sorgere. Soltanto la legge scritta è la forma ordinaria, regolare del diritto; anzi è la legge per antonomasia, la legge nel senso costituzionale della parola. La consuetudine invece è l'eccezione e di essa si dice, non che sia legge o diritto, ma che, se diuturna, « pro iure et lege... observari solet (1). »

Così a Roma la consuetudine, sovrana quasi incontestata fino alle XII tavole, potentissima fino al VI secolo, va perdendo terreno, sempre più, nei

(1) L. 33. Dig. *De leg.* — Dell'importanza che la consuetudine conservò in tutta l'antichità sarebbe superfluo dar qui la dimostrazione. Ad ogni modo dovremo parlarne ancora in altro luogo. Per ora basta riconoscere il fatto incontestato, che il diritto romano è in parte consacrato dalla volontà espressa (*ius legibus constitutum*) ed in parte è tacitamente introdotto per consuetudine (*ius moribus introductum*). — Si consulti *Carle. Orig. del dir. rom.*, pag. 106 e seguenti.

secoli successivi; così da essere, relativamente, scarsissima ai tempi di Giustiniano.

§ 7. La legge scritta assunse man mano un notevole sviluppo, specialmente a Roma, patria del diritto.

Ma ciò che caratterizza la legislazione romana è, che in essa le nuove leggi, come vedremo del resto più ampiamente in altro luogo, non costituiscono una rivoluzione nel giure, ma ne segnano la evoluzione continua. La legge delle XII tavole, che aprì la via alle riforme scritte, venerata come un sacro patto, si mantenne sempre in vigore, durante tutto il rigoglioso sviluppo del romano diritto fino a Giustiniano. Nel tutt'insieme il diritto civile successivo non fu, formalmente, che una interpretazione di essa. Ben a ragione Cicerone poteva scrivere: « Totam civilem scientiam descriptis omnibus civitatis utilitatibus ac partibus, duodecim tabulis contineri (1) ».

Le leggi romane sono di varie specie: *leges* in stretto senso (*populiscita*), *plebiscita*, *senatusconsulta* e, più tardi, *constitutiones principum*, leggi tutte compilate e dichiarate da organi diversi, ma, o per antico diritto o per nuova consuetudine, costituzionalmente competenti.

(1) Cicer. *De Orat.* I, 43. — E poco dopo (I, 44) fa dire a Crasso: « Fremant omnes licet; dicam quod sentio. Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit et auctoritatis pondere, et utilitatis ubertate superare. » — Anche TITO LIVIO dice che la legge delle XII tavole è « fons omnis publici privatique juris (III, 34). »

Legge era, in un senso generale, ciò che il popolo decideva, riunito nei comizii (curiati e centuriati); in un senso più ristretto e, dal punto di vista della funzione, solo preciso, era qualunque sua deliberazione, fatta eccezione per quelle che si riferivano alla nomina dei magistrati ed ai giudizi penali.

Plebisciti erano invece le deliberazioni che venivano prese dai *comitia plebis*.

In origine le sole leggi, approvate ben inteso colle prescritte formalità e ratificate dal Senato, erano obbligatorie per tutto il popolo; mentre i plebisciti obbligavano soltanto la plebe.

Col tempo però i plebisciti furono parificati, nei loro effetti, alle leggi (1). Onde talvolta ne portano anche il nome. Così ad es. la *Lex Aquilia*, la *Cincia*, la *Falcidia*. Anzi, negli ultimi tempi della repubblica, quasi tutte le disposizioni legislative conosciute sotto il nome di leggi altro non sono veramente che dei plebisciti (2).

È nota la distinzione di Giustiniano fra le leggi e i plebisciti: « Lex est, quod populus romanus, senatorio magistratu interrogante, veluti consule, constituebat; Plebiscitum est, quod plebs, plebejo magistratu interrogante, veluti tribuno, constituebat (3). » Il Landucci la dice imprecisa (4). Più semplice ed

(1) Legge *Valeria Horatia*.

(2) S e r a f i n i. *Ist. di dir. rom.* II ed. Firenze, 1876. Parte I, pag. 5. — Una espressione solenne era “Lex sive plebiscitum est.” — Le leggi poi (e i plebisciti) eran *datae*, cioè emesse dai magistrati per delegazione, o *rogatae*, ed eran quelle deliberate veramente nei Comizii.

(3) § 4. *Inst. De jure nat. gent. et civ.* I, 2.

(4) L a n d u c c i. *Op. cit.*, pag. 37 e seg.

esatta è quella di Gaio: « Lex est, quod populus iubet atque constituit; plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit (1). »

Senatus-consulto era, come lo definisce il Landucci, ogni decisione adottata dal Senato, contro cui niun magistrato competente avesse opposto il suo veto (*intercessio*). In origine il Senato non aveva potere legislativo; ma non essendo recisamente diviso il campo degli atti per cui era necessaria una legge, il Senato, man mano che i Comizii decadevano, allargò le proprie attribuzioni, così che, dagli ultimi tempi della repubblica a Diocleziano, si hanno veri senatus-consulta legislativi in tutti i rami del giure; anzi da Tiberio a Severo i senatus-consulta furono una delle principali fonti del diritto civile. Da Diocleziano in poi rimasero le sole costituzioni imperiali (2).

« Constitutio principis est, come dice Gaio, quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit (3). » Smarrito lo spirito e quasi il ricordo del reggimento antico, queste costituzioni o, come più tardi si appellarono, *placita principum*, divennero vere leggi, onde Giustiniano potè dire: « Quod principi placuit, legis habet vigorem... quodcumque ergo imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt quae constitutiones adpellantur (4). »

(1) G a i u s, I, 3.

(2) L a n d u c c i. *Op. cit.*, pag. 73-74. — S e r a f i n i. *Op. cit.*, pag. 9.

(3) G a i u s, I, 5.

(4) § 6. Inst. I, 2.

Prescindendo dalle *leges datae*, e dalle *orationes* (1), nonchè dalle *epistolae* (2) e dalle *leges generales* (3), le costituzioni imperiali sono di cinque specie: *edicta*, *mandata*, *decreta*, *rescripta*, *pragmaticae sanctiones*.

In origine gli editti erano simili, pel contenuto e per gli effetti, a tutti gli altri editti dei magistrati, dei quali fra breve dovremo parlare; ma col tempo assunsero il carattere di vere leggi generali, di ordinanze pubblicate (4).

I mandati erano istruzioni generali per singoli impiegati. S'è a lungo disputato se questi mandati fossero o no leggi. Non lo erano, se si considera il fine cui dovevano, per natura loro, essere diretti; ma poichè taluno di essi contenne delle vere norme legislative, non è, pare, possibile, escluderli, almeno tutti, dalla categoria delle leggi, quantunque non avessero autorità per tutto l'impero, ma solo per la provincia cui si riferivano.

Decreti si dicevano le decisioni imperiali intorno a questioni di diritto, le quali, o in prima

(1) A stretto rigore non si potrebbero dire nemmeno costituzioni imperiali, perchè, sebbene provenienti dall'imperatore, erano leggi emanate per mandato di altri organi costituzionali, o orazioni (verbali o scritte) al Senato o decisioni emesse nell'esercizio dell'*Pius edicendi*.

(2) Il nome di *epistolae*, lettere nel preciso significato della parola, si dà così alle orazioni scritte, come ai mandati e agli editti, quando appunto erano emessi per lettera e, soprattutto, ai rescritti, di cui, in opposizione alle altre forme di costituzione, erano sinonimi.

(3) Gli editti imperiali trasformati in vere leggi assunsero questo nome.

(4) La pubblicazione però non ne costituiva un elemento necessario.

istanza o in appellazione, erano pervenute in *auditorium principis*. Erano infatti sentenze, le quali perciò sarebbero estranee alla funzione legislativa. Ma prima come esempi autorevoli e poi come veri atti aventi forza legale nei casi affini (1), ebbero autorità di leggi. Eran quindi sentenze-leggi, se così è lecito esprimersi: leggi emesse *post factum*.

Risposte sopra casi particolari in materia di diritto erano a loro volta i rescritti; risposte scritte, s'intende, a domande di privati o di giudici, con cui si dichiarava il diritto controverso: erano, per usare una espressione moderna, *leggi interpretative*.

Le *pragmaticae sanctiones*, infine, erano nella forma pari ai rescritti, ma per l'efficacia simili agli editti, divenuti leggi: solo non potevano derogare ad altre leggi.

A proposito di quest'ultima forma di leggi il dottissimo Landucci scrive: «Noi, sistematici moderni, facciamo tipi e classi recisi e vogliamo che ogni unità storica risponda ad uno: tale concetto di sistema mancava agli antichi e nella pratica non esiste mai (2).» Quest'arguta e giusta osservazione può applicarsi anche a tutte le altre forme di leggi o costituzioni imperiali.

§ 8. Due forme caratteristiche della legislazione romana, le quali ebbero una grande importanza nel periodo più attivo della vita giuridica di quel popolo, e che, senza aver delle leggi i caratteri esterni, devono però considerarsi tali pei loro effetti, sono gli *edicta* dei magistrati e i *responsa prudentum*.

(1) Landucci. *Op. cit.*, pag. 175.

(2) Landucci. *Op. cit.*, pag. 178.

Gli editti erano ordinanze, che i magistrati maggiori, investiti di giurisdizione (re, consoli, dittatori e pretori, edili curuli, tribuni della plebe, ecc.), rendevano, di caso in caso, nelle materie di loro competenza.

Questi editti potevano essere non solo casuali o repentini, ma anche permanenti. Difatti, nell'atto in cui entravano in carica, i magistrati esponevano *in albo*, appunto in forma di editto, il programma della loro amministrazione, cioè i principii cui si sarebbero ispirati nel risolvere le questioni, che loro sarebbero state sottoposte per il giudizio, « ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque praemunirent (1). »

Quest'editto, il quale dicevasi *perpetuum*, appunto perchè perpetuo durante la intera durata dell'ufficio del magistrato, era adunque una specie di legge temporanea, obbligatoria pel solo magistrato che l'aveva pubblicata e non per altri magistrati. Anzi quest'obbligatorietà era soltanto morale, più che giuridica, meno pel Pretore, cui la *lex Cornelia* (67-687) prescrisse di non discostarsi, in alcun caso, dall'editto.

Importantissimo fra tutti fu l'editto perpetuo ed annuo del Pretore, magistrato, come si sa, investito di quasi tutta la giurisdizione privata. Ogni anno, entrando in officio, egli doveva emettere il suo editto perpetuo, ed ogni anno la massima parte del precedente editto si trasfondeva immutata nel nuovo, e così di seguito. Ma intanto annualmente, o poco o molto, l'editto si correggeva. Quelle norme

(1) § 1. Inst. 1, 2. — Fr. 9 D. 1, 1.

poi che inalterate passavano di anno in anno dall'uno all'altro editto e che avevano assunto il nome di editto tralatizio, acquistarono autorità grande e costituirono quel diritto pretorio o onorario (1), che è la manifestazione più splendida della sapienza giuridica romana.

E mentre i varii magistrati conservarono, si può dire, una semplice autorità esecutiva (2), il Pretore diventò un vero organo legislativo.

Egli non poteva veramente, per l'indole del suo ufficio, mutare il diritto costituito, opporsi alle leggi o crearne, ma solo interpretare e supplire le esistenti; ma col fatto egli ebbe la facoltà « adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam », come dice Papiniano.

Questa grande autorità del Pretore provenne specialmente dal fatto, che la *lex Aebutia* gli diede la facoltà di riassumere il processo in una formola, di concedere o no l'azione, esistente o no una legge. Gli scrittori dicono generalmente che per tal modo il Pretore potè giungere fino a modificare o distruggere leggi. Certo in pratica egli le modificò e sovvertì. Ma, come avverte il Landucci, l'opera del Pretore, con cui egli modificava le leggi, non è contraria alle leggi, non esce dal campo legittimo. Anche in tal caso il Pretore giudicava non *de legibus*,

(1) « Honorarium dicitur quod ab honore Praetoris venerat., Fr. 2 § 10. *De orig. iur.*, 1, 2.

(2) I magistrati difatti, nel diritto pubblico, applicarono soltanto le leggi. In diritto penale poi la *provocatio ad populum*, la legislazione sullana, ecc. impedirono che l'editto dei magistrati assumesse autorità di legge. Cf. Landucci. *Op. cit.*, pag. 84.

ma *secundum leges*, in quanto, sia pure con molta larghezza, applicava, così facendo, una legge speciale (1).

Infatti, poichè per la *lex Aebutia* il Pretore aveva la facoltà di concedere o negare l'azione, ne venne che la pratica del diritto, distinta dal diritto, fu lasciata all'arbitrio di lui: quella e non questo egli poteva mutare. È una distinzione sottile e ingegnosa, ma, ci pare, profondamente vera.

Per tal modo si spiega come i veri organi legislativi abbandonassero quasi del tutto al Pretore il giure privato; così si spiega come l'editto potesse divenire una delle maggiori fonti giuridiche, temperando coll'equità il rigore dello stretto diritto, seguendo i gradual progressi del popolo e adattando le norme legittime ai costumi, senza scuotere le basi tradizionali, così da riescire ad imprimere, nei varii istituti, quel moto perseverante e regolare, che caratterizza e rende ammirabile la storia giuridica di Roma.

Concludendo adunque, il Pretore romano poteva regolare i casi avvenire, ed aveva perciò, se non formalmente, certo materialmente, una vera e propria autorità legislativa; mentre oggidì all'autorità giudiziaria non è lecito, in alcun caso, di emanare norme generali, ma solo è dato risolvere singolarmente le controversie, che le son sottoposte.

Altra forma tutt'affatto speciale di legge, nel senso generale di norma giuridica, cioè di norma riconosciuta come obbligatoria dallo Stato, furono, come dicemmo, i responsi dei prudenti, i pareri dei

(1) Landucci. *Op. cit.*, pag. 84 e seg.

giureconsulti. Oggidì le opinioni dei consulenti hanno il valore morale, che loro deriva dall'autorità di questi e dal merito intrinseco del parere: a Roma invece essi assunsero un vero valore coattivo. Ne' primordii non era così; ma quando più sentenze conformi li confermarono, quando la pratica li fece proprii, divenarono una forma subordinata, un supplemento della legislazione, supplemento però così importante, che la storia del diritto riconosce nei responsi dei giureconsulti romani la genesi d'importanti istituti giuridici (1).

Però, si badi, come il Pretore non aveva facoltà di mutare le leggi, così questa facoltà non ebbero, a maggior ragione, i giureconsulti. Essi per certo non seguivano ad occhi chiusi il testo della legge; ma le modificazioni che potevano apportare al giure ne riguardano, come per i pretori, la pratica. Essi temperavano il diritto stretto coll'equità; ma la loro autorità soprattutto deriva dal fatto che non crearono, ma adattarono il diritto alle necessità nuove, sviluppandolo, interpretandolo, per quanto largamente. Non nuove leggi, ma applicazione e adattamento delle esistenti fu, come per i Pretori, il contenuto del loro ufficio (2).

Ulpiano difatti ricorre sovente alle disposizioni delle dodici tavole. E qualche volta i termini di cui

(1) Serafini. *Op. cit.*, pag. 16.

(2) Il Savigny sostiene invece che i giureconsulti erano indipendenti dalle parole del legislatore, non ne erano legati nelle loro opinioni (*Op. cit.*, pag. 34). Presa alla lettera, quest'affermazione è certamente erronea. I giureconsulti, è vero, come i pretori, elusero assai spesso le norme legislative colle finzioni del diritto. Anzi non v'ha alcuna giurisprudenza la quale contenga tante fin-

il legislatore si era servito divengono oggetto di ricerche e discussioni fra i giureconsulti, affine di chiarirne il senso; il Digesto è pieno di frammenti, intesi a questo scopo (1). Non basta. Le allegazioni di motti proprii del Pretore sono così frequenti, che si è potuto ricostituire una parte non lieve dell'Editto perpetuo, col mezzo appunto di questi frammenti (2).

I giureconsulti erano infatti, in questo senso, dei veri organi legislativi dello Stato, come tali riconosciuti, quantunque la loro autorità non fosse dapprincipio legale.

Fu sotto Augusto, che i responsi di alcuni fra essi acquistarono anche tale autorità. Egli, temendone la potenza e la popolarità e non potendoli abbattere, volle legarli a sè, mettendoli sotto le dipendenze del governo. Non li costituì in pubblici impiegati; ma, protestando la sua devozione per essi e sotto mostra d'innalzarli, pensò di creare, a così dire, pur non sopprimendo i liberi consulti, dei giureconsulti ufficiali, cioè legalmente riconosciuti come tali, conferendo loro l'*ius publicae respondendi*, il diritto di dare responsi a nome del popolo. «*Primus divus Augustus, ut maior iuris*

zioni di diritto quanto la romana. Ma ciò cosa prova? Prova semplicemente il rispetto dei giureconsulti per le vecchie leggi; rispetto non cieco, ma illuminato, chè col voler adattare alle necessità nuove della vita le vecchie formole, fatte per altri tempi, non si disdegna l'antico, ma lo si mantiene in onore.

(1) Fra gli altri, L. 4 Dig. *De ritu nuptiarum*. — L. 11 Dig. *De divortiis*.

(2) Cf. Me y e r. *De la codification* etc. Amsterdam et London, 1830; pag. 47.

auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent (1).»

Questo diritto di rispondere ufficialmente, perfezionato da Adriano (2) ed importantissimo nel periodo che intercede fra Augusto ed Alessandro Severo, scemò man mano, così da diventar quasi nullo, allorquando l' autorità imperiale divenne assoluta, in diritto ed in fatto.

Allora non i responsi dei giureconsulti, ma i rescritti dei principi prevalsero (3).

§ 9. La più notevole forma di legislazione che l' antichità tentò e che, perfezionata e sviluppata, divenne tanto importante nell' epoca nostra, furono i codici.

Quando in uno Stato il diritto esistente è sparpagliato in mille fonti, una diversa dall' altra, spesso in contraddizione fra loro, difficili a conoscersi e spesso perfino a rintracciarsi, la legislazione, per quanto nominalmente pubblica, è difatto segreta, cioè è privilegio di pochi: alla generalità dei cittadini, che, pur dovendo conoscere il giure, non possono invece conoscerlo, manca qualunque garanzia

(1) F. 2. § 47, *De orig. iur.* I, 2.

(2) Adriano dichiarò di voler concedere il *ius respondendi* non a chi lo domandasse, ma solo a chi di ciò gli sembrasse degno, ed impose ai giudici di attenervisi come a legge, qualora i giureconsulti richiesti fossero stati concordi. Da allora in poi, specialmente, i responsi, mandati suggellati ai giudici, divennero una vera e propria fonte giuridica. Ciò dimostra il *L a n d u c c i. Op. cit.*, pag. 102.

(3) Ci si potrà forse muovere l' appunto che, nel parlare delle forme della legge in Roma, ci siamo occupati troppo degli organi legislativi, mentre della sola funzione dovevamo occuparci. Si pensi però che la varietà di molti atti legislativi in Roma appunto dipende non da sostanziali differenze, ma dalla diversità degli organi.

di retta giustizia. Allora si sente il bisogno di raccapezzarsi in questo caos, di stabilire securamente i progressi conseguiti e di prepararne in tal modo dei nuovi; di mettere, a così dire, sulla via del progresso legislativo, una pietra miliare, che determini il cammino percorso ed indichi la via che si deve ancora percorrere.

Si raccolgono allora tutti i diritti esistenti, si analizzano, si descrivono, si rende chiaramente noto, in una parola, lo stato giuridico fino a quel momento acquisito. Di quà la parola *Codex*, da *condere* (compiere, edificare, riunire).

Le codificazioni, in questo lato senso, si riscontrano presso tutti i popoli un pò progrediti: ciò è nella natura delle cose. E codificazioni possono dirsi, nello stesso senso, le tavole di Solone e le XII tavole romane, come il codice di Manù e tutti i libri sacri d'Oriente. Ma la vera opera di codificazione, quella che intende non a dare pubblicità a ciò che prima era segreto, non a rivestire di caratteri sensibili ciò che solo verbalmente era prima conservato, ma a raccogliere, ad ordinare le norme già conosciute da tutti e, in gran parte almeno, contenute in precedenti leggi scritte, è incominciata molto più tardi.

Il diritto romano, composto delle antiche leggi, del diritto onorario, d'una quantità straordinaria di costituzioni imperiali, cui mancava qualunque armonia, e di consuetudini antiche non tutte ben precisate, era diventato una selva oscura e difficile a percorrerli. Mancavano strade sicure, che potessero indicare al viaggiatore il cammino.

I giureconsulti, coi loro commenti sulle leggi e sugli editti, con qualche lavoro speciale, con qualche raccolta di responsi e di decisioni, avevano tentato di aprire almeno un qualche sentiero. Ma questi sentieri erano anche spesso divergenti, per la diversità dei principii cui quei giureconsulti s'inspiravano, per la diversa scuola o setta cui appartenevano. Tutte le opinioni venivano allegate, tutti i più opposti sistemi trovavano difensori autorevoli e i magistrati, nella incertezza delle fonti, nella opposizione dei giureconsulti, non sapevano spesso a quale divinità votarsi. Talora interveniva, come vedemmo, l'autorità dell'imperatore, richiesta non poche volte dai magistrati stessi.

A tutto ciò s'aggiungano molti fatti d'altra indole, ma che influivano sinistramente sul giure, rendendolo ancora più precario. Il trasferimento della sede dell'Impero, la nuova religione, che, colla sua autorità morale e colla sua gerarchia, aveva mutato il pubblico sentimento e sovvertite le antiche costumanze.

Era dunque necessario di raccogliere le sparse membra del diritto, di sottoporle a un nuovo esame, di adattarle alle nuove circostanze e soprattutto di stabilirle così chiaramente, che ogni incertezza avesse a cessare e riacquistasse autorità reale ciò che ancora poteva conservarsi e adattarsi.

D'altra parte il diritto era giunto, se considerato nel suo insieme e nella sua essenza, a un grado tale di sviluppo, che ben poco di nuovo si poteva sperare d'aggiungervi; tanto è ciò vero, che quanto fu poi raccolto e ordinato rimase e rimane, in molta parte, anche oggidì, e che allora la scienza, resa im-

potente, si limitava a domandare che si chiarisse e ordinasse quanto ancora esisteva (1).

Anche molti anni prima sommi giureconsulti ed eminenti statisti avevano rivolto il pensiero alla necessità della codificazione. Cicerone vi accenna esplicitamente (2); ed anzi Aullo Gellio ci apprende ch'egli aveva scritto una specie di progetto di codice, *de iure civili in artem redigendo* (3), libro sventuratamente perduto. Anche Cesare si proponeva la codificazione del giure: « Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaque et necessaria in paucissimos conferre libros (4). » E si sa ch'egli aveva incaricato Aullo Ofilio di codificare appunto così l'*ius civile* come l'*honorarium*.

Nè qualche opera di codificazione molto prima di Giustiniano era mancata. Coll'*Edictum perpetuum Salvi Giuliani* (anno 131) si codificarono gli Editti; colla *Legge citatoriale* del 426 si determinò e confermò l'autorità di alcuni giureconsulti; colla compilazione di Papirio Giusto e con quelle Gregoriana ed Ermogeniana, si riunirono e classificarono in gran numero le costituzioni imperiali (5).

Il Codice Teodosiano infine raccolse pure, ampiamente e metodicamente, queste costituzioni. Ma

(1) Difatti nessun giureconsulto si trova negli ultimi tempi del quale qualche frammento sia stato trovato degno di trovar posto nel Digesto. — Cf. su questo periodo della storia del diritto l'ampio e dotto esame che ne fa il Meyer. *Op. cit.*, pag. 80 e seg.

(2) Cic. *De oratore*. II, 42.

(3) Gellius. *Noct. att.* I, 22.

(4) Svetonio. *Caesar*, 44.

(5) Accenniamo, per brevità, alle principali raccolte.

ciò che specialmente caratterizza, ciò che dà una particolare fisionomia a questo codice è il complesso delle sue disposizioni relativamente all'autorità dei giureconsulti (1).

Solo di alcuni l'autorità fu ammessa; ma a questi fu data intera, per tutte le loro opere e per qualunque opinione che avessero manifestata. Nel caso poi di diversità d'opinione fra gli autori preferiti, doveva decidere la maggioranza, non dei giudici, s'intende, ma degli autori. Data infine la parità dei suffragi, il presidente... *pardon*, il giureconsulto Papiniano decideva la controversia (2). »

S'immaginano le conseguenze. Il barbaro compilatore del Breviario di Alarico ritenne di dover aggiungere all'interpretazione che ne fece, ch'egli aveva raccolto ciò che credeva utile ed opportuno nelle opere di quegli autori, invece di dare autorità a tutto quanto avevano scritto (3).

Allo stesso precipuo concetto, di raccogliere insieme gli sparsi diritti, sono ispirati, dopo la conquista germanica, oltre al *Breviarium Alaricianum* (506), l'*Edictum Theodorici* (poco oltre il 500), la *Lex Romana Burgundiorum* (534), ecc.

Ma la vera, la grande, la eminente codificazione, che conservò e diffuse in tutto il mondo civile la sapienza giuridica romana e che la consolidò così

(1) L. un. Cod. Theod. *De responsis prudentum*. I, 4.

(2) « Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum; vel si numerus aequalis sit ejus partis procedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat: qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. », D. 1. un. Cod. Theod.

(3) Interpretatio ad L. un. Cod. Theod. *de responsis prudentum*, et ibi Jac. Gothofredus.

da farla diventare la base prima e più salda d'ogni successivo progresso, fu quella di Giustiniano.

In un libro che si propone lo studio della funzione legislativa, converrebbe, forse, diffondersi lungamente intorno a quei massimi documenti legislativi; nè certo cosa alcuna riescirebbe più facile di questa. Ma a che prò raccontarne la genesi e la storia, a che prò studiarne il contenuto, se tutti coloro i quali non sono sforniti della più elementare cultura giuridica, possono, a memoria, dirci quello che noi qui potremmo ripetere?

Poche cose, per il nostro scopo, basterà ricordare, a fine di determinare da un lato l'immenso progresso che colle compilazioni giustinianee si conseguì nella parte formale della codificazione e dall'altro le differenze notevolissime, che vi si riscontrano rispetto ai codici moderni.

Anzitutto non solo i codici, le leggi e le costituzioni antiche furono compilate, ordinate e riassunte nel *Codice*, togliendone il superfluo, il contraddittorio e l'antiquato, ma anche furono raccolte nel *Digesto*, senza distinzione di scuola, e senza riguardo alla loro maggiore o minore autorità, purchè nella scuola e nel foro ancora ne avessero, gli scritti dei giureconsulti, dando loro valore intero di legge. Nè ciò può sembrare strano, quando si pensi che i responsi, da Giustiniano raccolti, eran già leggi prima di lui.

Ma lo scopo di Giustiniano non era scientifico. Egli nel raccogliere ciò che i giureconsulti avevano scritto, si proponeva un solo obiettivo: unificare tutto il diritto. E perciò tutto quanto in quei giureconsulti vi era di oscuro o di contraddittorio si abbandonò

e, fra le varie opinioni, prevalse quella di coloro che avevano l'incarico di redigere la raccolta.

Perciò si raccolsero quà e là dei frammenti, nelle innumerevoli opere prese in esame, si alterò perfino qualche espressione e, per evitare questioni, si ordinò che non i testi originali o le opinioni dei giureconsulti, anche citati, ma le sole precise espressioni contenute nella raccolta avessero valore di legge (1).

In tal modo non era più l'opinione del giureconsulto, come tale, che formava la legge; ma era la legge, che dava autorità legislativa al frammento. È questo il maggiore progresso legislativo, che si conseguì col Digesto.

Ma un altro notevole progresso si raggiunse, subordinando la consuetudine, recisamente, al diritto scritto. « *Consuetudinis ususque longaevi*, aveva detto l'imperatore Costantino ed è ripetuto nel Codice, non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem » (2).

Sappiamo che questo passo ha dato luogo a diversa interpretazione; ma, se non pare chiara la lettera, certo è che lo spirito di tutta la compilazione giustiniana, risponde per noi. D'altronde, osserva il Meyer, non è forse significativo, che il

(1) *Const. Tanta*. § 10. — L. 2 § 10. *Cod. de veteri jure enucleando*.

(2) L. 2. *Cod. Quae sit longa consuet.* Non parliamo delle *Institutiones*. Certo anch'esse furono dichiarate valide e obbligatorie e formano un tutto col Codice e col Digesto; ma ciò non toglie loro il carattere proprio di trattato elementare da servire per l'insegnamento del diritto.

titolo della consuetudine sia stato relegato molto lungi da ciò che riguarda la legislazione? (1)

Il nome di *pandectae*, che venne attribuito ai *digesta*, significa, in greco, raccolta che tutto comprende (*παν*, tutto, e *δεχομαι*, comprendere).

Questa parola risponde al presuntuoso concetto, che Giustiniano aveva dell' opera sua; ond' egli non si peritò di proibire qualsiasi commento alle sue leggi, riservandosi solo il diritto d'interpretarle, e proibì pure qualunque allegazione in giudizio di altre leggi o di altre opere, dichiarando che chiunque ciò facesse « *falsitatis crimini subiectus, una cum iudice, qui eorum audientia patiatur, poenis gravissimis laborare* (2). »

Ma vedi vanità degli umani voleri, per quanto imperiali! Giustiniano stesso, non appena promulgato il suo codice, doveva correggerlo, completarlo e ripubblicarlo. Nè solo il *Codex repetitae praelectionis*, ma le sue continue *Novellae* (3), riasunte poi da Giuliano (*Epitome novellarum*), gli diedero, per tutto il suo lungo governo, una solenne e attuosa smentita.

(1) Meyer. *Op. cit.*, pag. 117.

(2) Const. *Tanta*, § 19.

(3) Sei settimane dopo la promulgazione del Codice ne pubblicava una, che derogava ad una disposizione in quello contenuta. Il Codice è del 15 novembre 529. La prima Novella è del 1° Gennaio 535.

CAPO III.

LA LEGGE PRIMA DEL NOSTRO SECOLO

10. Varietà delle leggi. — 11. Condizioni giuridiche di alcuni popoli. — 12. Inconvenienti che ne conseguivano. — 13. Tentativi di nuove forme di legislazione.

§ 10. Noi non possiamo in questo nostro lavoro riassumere tutta la storia della legislazione; ma solo dobbiamo limitarci a segnarne i momenti principali, all'unico intento di seguire lo svolgimento di questa nelle varie forme che assunse. E per ciò, senza soffermarci quà e là nel lungo periodo, che fu detto intermediario, fra le codificazioni romane e le codificazioni moderne, basterà indicare sommariamente qual fosse, prima di queste, la condizione del diritto positivo.

Veramente non è del tutto esatto il titolo del capitolo, chè prima ancora della fine del secolo scorso il lavoro intenso, che preparò le forme attuali, era incominciato. Ma tutto sta ad intendersi: in senso morale, se è lecito dire così, il nostro secolo è incominciato prima del 1801. Più esattamente diremo che la preparazione del secolo nostro si trova nell'altro secolo. D'altra parte le idee e i fatti si succedono non improvvisamente, ma a gradi, così che v'ha una tale continuità e concatenazione

nella vita delle società umane, da rendere impossibile una demarcazione netta, per ragione di date. Queste non servono altro, che a determinare il massimo sviluppo di una istituzione o di una idea. I mezzi e gli arnesi che rinnovano e ravvivano, s'incominciano ad adoperare prima che i risultati della rinnovazione si sieno conseguiti. Anzi, senza di quelli, questi non si potrebbero nemmeno concepire.

Nè si creda che, sorvolando sulla storia della legislazione di tanti secoli, l'opera nostra possa, in qualche modo, riescire incompleta. Che cosa mai ci potrebbero dire i secoli scorsi, che non sia riassunto e compreso nel quadro delle condizioni del giure positivo, nel periodo immediatamente anteriore al nostro?

Nulla, rispetto alle forme della legge, quei secoli ci hanno lasciato: cercando, troveremmo dei nomi, varii secondo i popoli, i governi e le lingue, ma sostanzialmente rispondenti alle medesime cose; queste cose però e questi nomi furono tramandati tutti al secolo antecedente al nostro.

Fu detto che legge era dappertutto, fino alla rivoluzione francese, e fatte poche eccezioni, la volontà di un solo, il quale diventava per tal modo la personificazione della coscienza collettiva del popolo.

Ciò è esatto, in massima, per le materie del diritto pubblico, nel quale le costituzioni, gli editti, le carte (1), i decreti, le ordinanze, le lettere pa-

(1) Le Carte erano atti con cui il principe accordava dei privilegi ai sudditi. Così in Francia e in Inghilterra. Celebre la *Magna Charta*.

tenti (1), le gride dei principi, più o meno assoluti, erano la fonte scritta precipua: frequenti in ciò che riguardava il buon Governo, frequentissime (tutti i tempi e tutti i Governi, pur troppo, si somigliano in ciò) in argomenti spettanti alla Camera e Fisco del Principe. Lo avverte melanconicamente il buon Muratori (2).

In diritto privato, invece, non le leggi dei Principi, ch'erano rarissime, ma gli statuti e le consuetudini locali, il diritto comune e, in qualche parte, le leggi canoniche (in materia, ad es., di matrimonio, di usura, di giuramento) e le leggi feudali erano le fonti del giure.

Degli statuti e del diritto comune, che sono le più importanti, senza confronto, fra tutte e che formano, come altri disse, i due anelli, che congiungono le leggi di Giustiniano alla codificazione moderna, converrà dir brevemente.

Quanto agli statuti, la origine loro è dovuta a quello sminuzzamento della società medioevale, che la doppia influenza del principio municipale e di quello feudale aveva creata. A questa divisione, in minute parti, dello Stato, doveva fatalmente corrispondere una eguale quantità e diversità di legislazioni locali. Ogni comune aveva il suo statuto,

(1) Lettere emanate dal principe, e contrassegnate dal suo gran sigillo. Chiamavansi patenti perchè rimanevano aperte. Sotto questo nome, in generale, si comprendevano tutte quelle lettere che contenevano ordinanze, editti o leggi generali; ma, in particolare, intendevansi per lettera patente soltanto quella ch'era diretta a qualche provincia o comune od anche a qualche privato, per concedergli qualche cosa.

(2) Muratori. *Della pubbl. felicità*. Capo X. *Delle leggi*.

legittimato dal Principe, nel quale le consuetudini locali erano raccolte e codificate. Fu la consuetudine difatti che fornì il primo elemento agli statuti. Tutti gli Stati l'accettarono, tutte le leggi generali l'ammisero.

E come dalla consuetudine avevano desunta la loro ragion d'essere, così da essa oltre che dalle decisioni giudiziali e dalle opinioni dei giuristi e dei dottori, le quali cose tutte, eziandio, in lato senso, possono comprendersi sotto il nome di consuetudini, attinsero gli statuti per le successive riforme.

Gli statuti, in un motto, miravano a conservare, riproducendole per iscritto, le consuetudini. « Statutum super consuetudine videtur potius induci ad consuetudinis roborationem, quam ad novi juris introductionem », come dice il Baldo (1).

Quanto al diritto comune, esso fu confuso erroneamente col diritto romano. Ma questo non ne era che la base, ne costituiva, per dir così, soltanto il midollo, chè troppi elementi eterogenei vi si erano intrusi!

Il diritto romano, si sa, rinnovato e vivificato dal cristianesimo ed alterato dalle istituzioni barbariche, giaceva quasi dimenticato, allorchè, nel XII e XIII secolo, rinacque a nuova e vigorosissima vita (2). Allora s'introdusse nelle costumanze feudali e comu-

(1) B a l d u s, *ad Inst.* De jure nat., n. 8.

(2) Sappiamo bene che il S a v i g n y, nella prima parte della sua *Storia del diritto romano nel medio evo*, splendidamente dimostrò come in tutto il medio evo quel diritto si sia mantenuto ed abbia continuato a sussistere; ma egli stesso ammette che, se veniva praticato e studiato, era però senza vigore fino al XII secolo.

nali, mutandole o abbattendole, ed incontrando nel suo trionfale cammino la universale ed entusiastica obbedienza di quasi tutti i popoli europei. «È un avvenimento dei più meravigliosi, ed un problema de' più inesplicabili della storia, i quali fanno testimonianza che se della romana grandezza tutto ciò che era frutto di oppressione e d'ingiustizia perì sotto il ferro de' barbari tra le rovine ed il sangue; sola potè sopravvivere, dotata d'una virtù immortale per informare la civiltà di altri secoli, la dottrina del giusto, la speculazione favorita di que' nostri lontani maggiori, privilegio e gloria dell'italico ingegno, titolo e mezzo della più legittima e pacifica dominazione del pensiero italiano nel mondo (1).»

Senonchè dal XIII al XVIII secolo la coscienza umana aveva assunto atteggiamenti diversi. Di quà un immenso numero di leggi, di provvisioni, di prammatiche, di consuetudini, varie secondo i tempi e secondo i luoghi, che s'infiltrarono, come dicemmo, nello studio del diritto romano e, intorbidandone le pure acque, lo modificarono e talora, troppo spesso, lo peggiorarono. E per ciò, nella confusione ed oscurità delle nuove fonti, e talora nella reale contraddizione fra di esse, la interpretazione, la fusione, l'accordo non poteva essere opera che dei glossatori e dei dottori.

Era questo il cosiddetto diritto romano in vigore nel secolo scorso, diritto romano diverso da Stato a Stato, quantunque gli si fosse dato, per

(1) M a n c i n i. *Diritto internazionale*, prelezioni. Napoli, 1873. IV. *De' progressi del diritto nella società, nella legislazione e nella scienza durante l'ultimo secolo.* § VII, pag. 32.

unanime consenso, sul continente, il nome di diritto comune o ragione scritta.

Nè questo diritto comune era veramente, nello stretto rigore della parola, un diritto positivo, il quale avesse forza obbligatoria in ogni sua parte: era piuttosto un complemento, un sussidio, una norma direttrice, come dimostrò il Savigny, per tutte quelle materie che dagli statuti e dalle costumanze locali non erano contemplate. Onde, nell'applicazione di esso, i magistrati assumevano quasi la funzione legislativa; anzi, ricorrendo ai commentarii e ai trattati, per trovare il modo di risolvere le controversie, in casi dubbiosi, attribuivano ai giureconsulti, pur tanto inferiori a quelli romani, l'ufficio di legislatori (1).

§ 11 Per potersi presentare alla mente in modo perspicuo lo stato giuridico dell'Europa in quell'epoca, non è forse inopportuno di considerare i varii elementi di cui ci componeva, oltre che separatamente, come ora abbiám fatto, anche cumulativamente, nel tutt'insieme, quali si riscontravano in determinati paesi.

Basterà qualche esempio, chè, poco su poco giù, quel che in uno Stato avveniva, avveniva anche negli altri.

Nel regno di Napoli vivevano contemporaneamente ed avevano, ne' sensi sopra indicati, autorità legislativa, le costituzioni e i capitoli del Regno

(1) Cf. S a r e d o. *Tratt. delle Leggi*. Firenze, 1871. Vol. I, pag. 78-79. — R i g h i n i. *Perchè l'autorità della interpretazione dottrinale abbia avuto tanta prevalenza nell'applicazione delle leggi durante il periodo anteriore alla moderna codificazione, e l'abbia perduta ai giorni nostri*. Nel *Monitore dei Tribunali*. Anno VI, n. 32.

(leggi dei re Normanni, Svevi e Angioini); le prammatiche aragonesi, spagnuole e borboniche, nonchè i reali dispacci di Carlo e Ferdinando di Borbone; i libri dei feudi, il diritto romano e quello canonico; i riti della Gran Corte della Vicaria e della regia Camera della Sommaria; le consuetudini locali, fra cui precipue quelle di Napoli e del suo distretto, compilate nella loro maggior parte da Bartolomeo da Capua e commentate dal Napodano (1).

In Sicilia, press'a poco, avveniva lo stesso. Costituzioni normanne e sveve, capitoli del Regno, prammatiche, sicule sanzioni, diritto canonico, libri dei feudi, istruzioni criminali ed altre leggi e dichiarazioni, oltre alle consuetudini locali comprese o no negli statuti municipali. Tutte queste leggi, tutti questi svariati diritti, vigevano, più o meno, contemporaneamente.

E poichè, malgrado tutto, in questo caos non si avrebbe potuto trovare tutto quel che occorreva per determinare le norme regolatrici della vita civile e perfino dei giudizi criminali, era il diritto comune, commisto al diritto feudale e canonico, che a tutte le deficienze suppliva (2).

Così, a un dipresso, in Germania. Anche là il diritto era un amalgama di leggi, di statuti, di con-

(1) S c l o p i s. *Storia della legislaz. ital.* Vol. III, parte I, lib. V, cap. I. — C a p o n e. *Discorso sopra la storia delle leggi patrie.* — L o m o n a c o. *Introd. al Fiore. Delle disposiz. gen. sulla pubbl., appl. ed interpr delle leggi.* Napoli, 1886, Parte I, pag. 6-7.

(2) L a M a n t i a. *Storia della legisl. civile e crim. di Sicilia ecc.* Palermo, 1866-74. Vol. II, lib. III, cap. I — P a l m i e r i. *Saggio stor. e pol. sulla costituz. del regno di Sicilia.* Losanna, 1847; pag 27 e seg — L o m o n a c o, *loco citato*, pag. 7 e seg.

suetudini, di diritto romano e di diritto canonico, che si contraddicevano e si escludevano a vicenda.

Dell' Inghilterra non è ora il caso di parlare, chè essa conserva, come vedremo, anche attualmente, il vecchio e barocco sistema, già scomparso negli altri paesi civili.

La Francia, relativamente, era in una condizione migliore.

Essa, dal punto di vista giuridico, era divisa in due regioni. Nelle provincie del mezzodì, specialmente, imperava il diritto romano (*pays de droit écrit*). Nel settentrione invece regnavano gli statuti e le consuetudini locali (*pays de droit coutumier*), statuti e consuetudini, come dappertutto, diversi da un luogo all'altro.

Il Beaumanoir, citato dal Montesquieu, dice che ogni baliaggio aveva il suo diritto civile e tanto particolare, che non vi erano in tutto il Regno due di essi governati in tutto da una medesima legge (1), quantunque, per certo, le differenze nelle linee generali non fossero molto notevoli. Anzi alcuni scrittori affermano che le costumanze erano, nelle minute particolarità, così varie, che quasi ogni comune aveva le sue, spesso strane e bizzarre.

Queste costumanze (*coutumes*) vennero raccolte da varii giureconsulti, prima sotto S. Luigi e i suoi successori, p. e. dal Defontaines e dallo stesso Beaumanoir. Poi Carlo VII e i suoi successori fecero registrare in tutto il Regno le varie costumanze locali, e prescrissero le formalità, che dovevano osservarsi nel registrarle. Ora tale registro essendosi fatto

(1) Montesquieu. *Op. cit.* L. XXVIII, cap. XLIV.

per Provincie, e da ciascuna Signoria essendo stati deposti in esso gli usi scritti e non scritti di ogni luogo, si approfittò della opportunità per tentare di rendere le costumanze più generali per quanto era possibile.

In parte si riescì e per tal modo le costumanze assunsero tre caratteri: furono scritte, più generali e riconosciute ufficialmente dall'autorità reale.

Molte di queste costumanze essendo poi state registrate di nuovo, vi si fecero varii cambiamenti, o togliendone ciò che non poteva accordarsi coll'attuale giurisprudenza, o aggiungendovi diverse cose tratte da questa (1).

Ma colle nuove registrazioni, nei tempi a noi più vicini, in cui il diritto romano era conosciuto dagli impiegati (2), e prima colle redazioni dei giureconsulti, molte disposizioni di quel diritto entrarono nelle costumanze stesse, così che la prevalenza di queste si estese anche nei paesi di diritto *coutumier*.

Comunque sia, basta leggere qualunque autore, il quale abbia studiate le condizioni del diritto nella vecchia Francia, per persuadersi che, malgrado tutto, non si stava, da questo rispetto, in essa, molto meglio che presso gli altri popoli.

§ 12. Da questo caos generale, non potevano derivare che confusioni e perturbazioni.

Anzitutto la varietà del diritto, da luogo a luogo, rendeva difficili i rapporti reciproci e ne impediva lo sviluppo. « Si direbbe, scriveva il Thibaut

(1) Montesquieu, *loco citato*.

(2) Montesquieu, *loco citato*.

nello stesso nostro secolo, che la nostra legislazione miri a distruggere tra loro i tedeschi. » E prima di lui la diversità dei costumi e delle giurisprudenze locali aveva fornito un argomento potente al Pascal per scagliarsi contro la umana giustizia!

In secondo luogo il diritto non era chiaro, nè poteva vivere nella mente dei causidici e dei decidenti.

Le disposizioni legislative, non raccolte in codici, ma disperse e confuse, in una quantità di volumi, dovevano ricercarsi da avvocati e da giudici. Necessità quindi di studii speciali, a proposito di ogni causa un po' importante, di glosse, d'interpretazioni, di confronti; cose tutte le quali non riescivano sempre ad eliminare dubbii e incertezze.

La scienza e la istruzione legale erano, in questa condizione di cose, impossibili. Nessuno poteva dire di conoscere la indigesta farragine delle fonti. La intera vita di un uomo non sarebbe bastata a tal fine.

Ma, almeno, risolta la preliminare questione, se era da applicarsi il diritto consuetudinario o il comune od altro qualunque, si fosse almeno potuto, in ogni località, e per ogni caso, rintracciare con facilità la norma giuridica da applicarsi!

Invece nemmeno questa facilità esisteva.

Si trattava di riconoscere una consuetudine? Ma, anzitutto, quando esisteva veramente e quale ne era l'estensione?

Certo quasi dappertutto le consuetudini erano state messe in iscritto. Appena un popolo ha raggiunto un certo grado di civilizzazione, lo abbiamo già detto, sente il bisogno di raccogliere insieme,

ufficialmente o no. Di quà appunto le Assise di Gerusalemme, gli *Établissements* di San Luigi, gli statuti municipali italiani, le raccolte tedesche (*Sachsenspiegel*, *Schwabenspiegel*), le collezioni francesi di Beaumanoir e di Defontaines e le registrazioni per provincia, che pure in Francia, come vedemmo, furono fatte. Che più? In ogni grande feudo, in ogni città le raccolte delle consuetudini e perfino le decisioni giudiziarie, che ne affermavano la validità giuridica, erano conservate negli archivi.

Ma non in tutti luoghi era così avvenuto; ed anche là dove le costumanze erano state raccolte, non era detto che poi non ne fossero sorte delle altre, anche in opposizione a quelle. Inoltre assai spesso nelle costumanze s'erano frammischiati abusi in gran numero. Come saperlo? Come dimostrarlo? Come rintracciare, con quali metodi, con quali principii, quell'universale consenso, quel lungo abito, quel modo uniforme di applicazione, quel sentimento della obbligatorietà, senza di cui appunto la consuetudine non esiste? Poteva bastare la provata adesione alla consuetudine di un maggiore o minor numero di cittadini? E questa prova come conseguirla? Con documenti? E quali? Con testimonii? E quanti?

Si trattava invece di applicare il diritto romano? Certo il diritto romano raggia sempre di sapienza e di giovinezza; ma non il diritto dei giureconsulti romani, come vedemmo, bensì i principii loro, adattati, piuttosto male che bene, alle condizioni odierne, ai nuovi atteggiamenti delle relazioni umane, come li aveva svolti la scienza e la pratica, dovevano applicarsi. Ma che cosa dicevano pratica e scienza in

un determinato caso? O eran d'accordo almeno fra loro gli scienziati od i pratici? E chi non sa che, nella colluvie dei trattati e delle decisioni, il vero senso di quel diritto s'era smarrito?

« Si dice, scriveva ancora il Thibaut, che la collezione romana sia completa. Ciò è vero: ma sarebbe come si dicesse doviziosa la Germania pei tesori che sono sotto la di lei superficie fino al centro della terra; giacchè il difficile sta nel farne l'estrazione. Lo stesso è del diritto romano. Giurisperiti profondi ed acutissimi possono sopra ciascuna materia comporre dei coerenti sistemi, raccogliendo frammenti sparsi; e col tempo giungeremo anche ad avere opere classiche e complete sopra molte parti non ancora bene definite: ma quale frutto dottrinale, se in certi libri dottrinali verrà accolto tanto sapere? »

Quanto al diritto canonico, « levate, diceva lo stesso autore, l'organismo della Chiesa cattolica, e il diritto canonico riesce senza efficacia, e si risolve in una congerie di disposizioni incomplete. »

Che se si ricorreva a leggi vere e proprie, si doveva esaminare una congerie di documenti, uno più vecchio dell'altro, uno più incerto dell'altro. Certo molte vecchie leggi non avevano più valore giuridico, perchè delle leggi posteriori le avevano implicitamente riformate; ma intanto non si sapeva quali veramente fossero abrogate e quali no, e conveniva, di volta in volta, procedere a ricerche minuziose, che toglievano alla legislazione la sua autorità e ne pervertivano lo scopo.

Di quà interminabili dispute, errori, arbitrii. Ogni contesa, ogni lite, ogni opinione, per quanto

immorale ed assurda, poteva sostenersi su qualche testo dottrinale o legislativo. L'ingegno per ciò degli avvocati si doveva addimostrare colle astutezze, coi cavilli o, per lo meno, colle sottigliezze. A Napoli la memoria del Mazzaccara e del Trequattrini non si è forse ancora perduta (1).

Si ha, dice l'Hello, la misura della forza delle leggi civili di un tempo, nella maniera in cui veniva compresa la cassazione. Secondo Henrion de Pansey (2) non si cassava nè per violazione del diritto romano, perchè i parlamenti si ritenevano padroni di sceglier vi quel che volevano, e perfino di modificare ciò che vi sceglievano, nè per violazione di consuetudini, perchè agli occhi dell'autorità giudiziaria esse non erano che delle convenzioni particolari a certe provincie; nè, talvolta, per violazione di ordinanze reali, perchè la violazione del testo si perdeva assai spesso nella interpretazione. « Vous jurez, diceva l'Hopital ai magistrati del suo tempo, vous jurez à vos réceptions garder les ordonnances, et entrez en vos charges par serment... les gardez-vous bien? La plupart d'icelles est mal gardée, et en faites comme de cire, et ainsi qu'il vous plaît. » Ecco perchè, soggiunge l'Hello, Luigi XIV consacra il titolo I della sua ordinanza del 1667 sulla procedura a un solo oggetto: *Dell'osservanza delle ordinanze*, come al più pressante bisogno al quale si dovesse provvedere (3).

(1) Colletta. *Storia del reame di Napoli*. Lib. VI, § 2.

(2) Henrion de Pansey. *Autorité judiciaire*. [Vol. II, pag. 242 e seg.

(3) Hello. *Op. cit.*, pag. 292.

Una tale condizione non poteva più a lungo durare. La collettività, fatta più civile e più sicura di sè, sentiva irresistibile il bisogno di sostituire alle incertezze e varietà esistenti, alla casuale ricerca di norme applicabili, all'arbitrio di giudici, diverso assai spesso da quello di altri giudici, delle disposizioni scritte, precise e uniformi, brevi e complete ad un tempo, redigendo in modo generale e permanente, senza preoccupazioni d'interessi personali in causa, le norme giuridiche da applicarsi e rendendo così più certo, più popolare, più facilmente tutelabile il diritto.

La lunga e astuta schiera dei legulei, cui la varietà, la confusione, l'inesattezza e l'oscurità delle leggi erano fonte precipua di lucri professionali, non erano certo favorevoli alla riforma. Ma i giureconsulti, che ai fini della giustizia e non a quelli del tornaconto tendevano, la pensavano ben diversamente.

§ 13. Di quà proposte e tentativi di codificazione in quasi tutti i paesi.

A Venezia, dove già sotto il doge Giacomo Tiepolo, pel cumulo e la incertezza del giure, onde i giudici vacillavano nelle decisioni, s'erano compilati la *promission del Malefizjo* (1232) e lo *Statuto Veneto* (1242), quest'ultimo riguardante in ispecie argomenti giudiziarii, si rivolse assai spesso il pensiero anche alla compilazione delle leggi *attinenti alla distribution ed altre materie pubbliche*. Anzi nel 1348 si ordinò, con parte (legge) del Maggior Consiglio, di ridurle in consonanza e di riunirle in serie, secondo gli argomenti. Nulla però allora si fece.

Sulla fine del secolo successivo usciva intanto, pure a Venezia, un curioso libro, che, dal nome dello stampatore, assunse il titolo di *Codex de Tortis* (1), e che, incominciando con un capitolo *de novo codice facendo*, svolgeva metodicamente, ne' successivi, le materie tutte da codificarsi.

Non sappiamo quanta sia stata l'influenza di questo libro (2). Certo è che con parti del 14 settembre 1517 e del 18 settembre 1524, si rinnovò quella del 1348, di compilare le leggi di cui in essa era parola. Ma anche in queste due occasioni nulla di concreto si ottenne. Onde nel 1609 si stipendiò generosamente un Giovanni Finetti, cavaliere e avvocato, affinchè attendesse all'opera. Senonchè nel 1639, nel 1662 e nel 1667, non certo al Finetti, si dovè ripetere il comando.

Quest'ultima volta l'incarico fu affidato al conte Marino Angeli, di Rovigo, « primo lume del foro veneto. » L'opera era già molto innanzi, quando, per ragioni fisiche, l'Angeli dovette farsi sostituire da Jacopo Mazzi di S. Arcangelo in Romagna, che fino allora l'aveva aiutato. Quest'ultimo, col concorso di Gasparo e Girolamo Campagnella e « colla soprintendenza de' preclarissimi senatori », compì l'immane lavoro, così che nel 1688, coi due Codici della pubblica e della privata ragione, la compilazione delle leggi venete divenne un fatto compiuto (3).

(1) Venezia, 1496. Tip. Battista de Tortis.

(2) Cf., intorno ad esso, l'Amari. *Critica di una scienza di legisla. comp.* Genova, 1857; § 84.

(3) Fra i molti autori veneti che trattano dell'argomento, ci piace ricordare lo Zuanelli. *Concordanza del diritto comune col veneto.* Venezia, 1772, Vol. I, pag. 64 e seg.

Limitandoci ora agli ultimi e veramente seri tentativi di codificazione fatti in Italia, ricorderemo che in Toscana, con dispaccio 5 maggio 1745, il granduca Francesco III incaricò Pompeo Neri Badia della compilazione del Codice civile. E vanno celebri le conferenze tenute nel 1747: anche oggidi si leggono con soddisfazione i discorsi che il Neri vi pronunciò. Più tardi il granduca Leopoldo ne rinnovò l'incarico al Vernaccini e al Ciani e il granduca Ferdinando III al Lampredi. Ma era fatale che i voti del Principe e del popolo rimanessero sempre insoddisfatti, non per colpa del fato, nè in tutto dell'inerzia toscana, come scriveva il Salvagnoli (1).

E la riprova se n'ha nella riforma delle leggi criminali del 1786, monumento insigne di sapienza civile e gloria del granduca Leopoldo.

I principi di Savoia, i quali pure, prima del secolo XVIII, avevano tentata qualche compilazione, furono tra i primi ad attuarla, per quanto era possibile, seriamente, nella prima metà del secolo scorso. Vittorio Amedeo II difatti pubblicava nel 1723 e poi nel 1729 rivedeva e ripubblicava la raccolta delle leggi e costituzioni del regno, togliendone « tutte le ripetizioni e contrarietà. » E nel 1770 Carlo Emanuele, perfezionando la codificazione del suo predecessore, promulgava le *Leggi e costituzioni di Sua Maestà*, che si mantennero, fatta eccezione pel periodo napoleonico, fino al codice Albertino.

(1) Forti. *Libri due delle Istit. di dir. civ.* Firenze, 1863; § 33. — Salvagnoli. *Elogio di Girolamo Poggi.* — Pisa-nelli. *Dei progr. del dir. civ. in Italia nel secolo XIX.* Napoli, 1870; pag. 5.

Anche Carlo III di Napoli, nel 1741, ebbe l'idea di procedere alla codificazione, ma senza frutto. Più fortunato di lui e degli altri principi italiani fu Francesco III di Modena, il quale, nel 1771, sanzionò il suo Codice di leggi e costituzioni, statuendo, nel promulgarlo, che « venisse considerato, non come uno statuto municipale, o come una legge correttoria, ma come Codice completo, e sostituyente il gius comune negli Stati Estensi. » (1)

Anche in Francia sorse più volte la idea di codificare le sparse leggi. Commynes racconta che questo desiderio ebbe Luigi XI: egli voleva che i suoi sudditi avessero un solo peso, una sola misura e un solo diritto, raccolto in un libro, che rendesse più difficili le accortezze e le ruberie degli avvocati, « che in questo regno son grandi così che alcun'altra loro non assomiglia. » Anche d'Aguessau e Lamoignon manifestarono un eguale desiderio (2); ma in Francia le riforme, non attuate a gradi, vennero a maturazione tutte in una volta, così come tutti i groppi vengono al pettine.

L'iniziativa, in materia di codificazione, spetta in Germania, fra gli scrittori, al Leibnitz. Egli difatti proclamò la necessità di un codice *brevis, clarus, sufficiens*, dopo del quale il *Corpus juris* non dovesse più avere forza di legge, ma solo avesse a servire come sussidio di ragione, a complemento delle disposizioni contenute nel Codice. « Fateor, egli scriveva, optandum esse, ut veterum legum corpus apud nos non vim legis, sed rationis, ut Galli

(1) Cf. Sclopis. *Op. cit.* Vol. II, parte II.

(2) Saredo. *Op. cit.* Vol. I, pag. 96-97.

loquuntur magni doctores, habeat et ex illis aliisque patrii etiam juris, usuque praesenti, sed imprimis ex evidenti aequitate novus quidem codex brevis, clarus, sufficiens, auctoritate publica concinnetur (1). »

E nel 1781 il Biener scriveva un'opera intesa a dimostrare la necessità di un codice generale germanico.

Ma già nel 1756 la Baviera aveva ottenuto il suo Codex Massimilianeus, il quale surrogò e fuse insieme le vecchie fonti. Così pure in Prussia, nel 1750, Federico II promulgò il Codice, di cui fu compilatore Coccejo. Peraltro, riconosciuta l'insufficienza dell'opera, il Codice stesso, nel 1780, veniva riveduto e completato: il nuovo Codice o *Diritto generale per gli Stati prussiani* (*Allgemeines Landrecht*) fu pubblicato il 5 febbraio 1794. Ma esso non esautorò, come quello bavarese, le vecchie fonti e solo venne introdotto come fonte sussidiaria (2).

Anche in Austria l'opera di codificazione incominciò nella prima metà del secolo scorso. Fino dal 1753 Maria Teresa vi aveva rivolto il pensiero, dichiarando alla Suprema Corte di Giustizia «doversi, mediante la compilazione di un Codice sistematico, stabilire un diritto eguale e sicuro, ed una procedura uniforme per tutte le provincie de' suoi Stati.» L'opera fu lunga e laboriosa. S'incominciò con un progetto di otto volumi in foglio, di cui fu autore il prof. Azzoni; ristretto poscia il progetto, la

(1) Leibnitz. *Opera omnia*. Vol. VI, pag. 269, ed. Dutens.

(2) Bellavite. *Riprod. delle note già litografate di dir. civ.* Padova, 1873; pag. 5.

prima parte (diritto delle persone) fu pubblicata sotto Giuseppe II nel 1786. Compilato quindi un nuovo progetto dal barone Martini (1), dopo lunghe vicende e continui studii di eminenti giuristi e di nuove e numerose commissioni, il Codice completo, col titolo di *Codice civile generale*, fu pubblicato colla patente 1 giugno 1811 (2). Esso serba l'impronta germanica ed è « degno di particolarissima considerazione », come dice lo Sclopis.

Ma fermiamoci qui; chè col Codice austriaco abbiamo invaso il campo riservato ad altro capitolo. Ci si usi venia: non l'abbiamo fatto apposta e, forse, per necessità di sviluppo organico della materia, non potevamo fare altrimenti.

(1) Azzoni e Martini, adunque, due italiani, ebbero parte precipua nella redazione del Codice austriaco. E il codice francese porta il nome di Codice Napoleone. Nè è fuori di luogo il ricordare qui, che diritto romano e diritto canonico nacquero e si svilupparono anch'essi in Italia.

(2) Zeiller. *Comm. al Cod. civ. austr.* § 12 e seg. — Ellinger. *Handbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechts.* Not. prelim. — Winiwarter. *Comm. al Cod. civ. austr.* Vienna, 1838. Vol. I, pref. — Basevi. *Annot. prat. al Cod. civ. austr.* Milano, 1851. Not. prelim. — Bellavite. *Op. cit.*, pag. 6-9; ecc.

C A P O I V.

LA LOTTA PER LA CODIFICAZIONE

14. Le costituzioni francesi e il codice Napoleone. — 15. Obiezioni della scuola storica. — 16. Vero officio dei codici.

§ 14. La luce venne di Francia. Nella bufera della rivoluzione, fra gli errori, le ingiustizie, le pazzie che si commisero, brillarono limpidamente le idee che dovevano rigenerare i popoli d'Europa, le quali si sono insinuate così nell'anima nostra da farci quasi sembrare impossibile, che i nostri padri abbiano potuto pensare diversamente da noi.

Certamente quelle idee erano state elaborate anche presso altri popoli, in Italia in ispecie; certamente molti tentativi erano stati fatti, quà e là, per attuarle. Ma, infatti, se la rivoluzione non avveniva e non si propagava, chi ci sa dire quali oggi saremmo noi stessi?

La folla avvinazzata che corre le vie, domandando sangue che le cavi la sete, è un ben triste spettacolo, da cui la mente inorridita rifugge; ma quando ricorriamo col pensiero alla condizione d'Europa prima del 1789, quando ricordiamo i ceppi da cui era avvinto il pensiero, allora vivaddio, malgrado tutto, dimenticando tutto, ci vien la voglia di gridare: *Evviva la rivoluzione!*

Imperocchè la rivoluzione francese, checchè si dica o si scriva, è l'aurora della civiltà moderna; aurora infuocata, che annuncia un magnifico giorno.

« Contemplate, esclamava in una solenne occasione il Mancini, le trasformazioni per essa operate nel sistema giuridico e sociale... Giammai altrettanto non operò e non vide una generazione di mortali... Per ciò la rivoluzione giuridica, che essa consumò, non è più soltanto un avvenimento della storia di un popolo, ma è divenuta una data della storia dell'umanità (1). »

Questo rivolgimento doveva necessariamente condurre con sè anche una radicale trasformazione nelle forme della legislazione.

Difatti, mentre fino allora non si era parlato che di riforme modeste in diritto civile ed in generale in tutto ciò che non si riferiva all'ordinamento politico, la rivoluzione portò prima la scure su questo, abbattendo i privilegi d'ogni maniera, proclamando i diritti dell'uomo e del cittadino ed affermando la necessità di guarentigie efficaci; e solo dopo portò a compimento, mirabilmente, l'opera della codificazione civile.

Sorse allora, per la prima volta, il concetto di costituzione, nel senso moderno della parola, cioè di un atto scritto, di una legge solenne contenente i principii fondamentali dell'ordinamento politico, e cioè il modo d'organizzazione dello Stato, l'attribuzione delle varie funzioni e la tutela dei diritti, sia privati sia pubblici, dei cittadini.

Le prime costituzioni francesi riescirono certa-

(1) Mancini. *Op. cit.* pag. 141-42.

mente, coi loro assiomi generalissimi, colle loro dimostrazioni e definizioni astratte, colle loro classificazioni, colle minute norme regolatrici, qualche cosa di troppo alto e di troppo umile ad un tempo. Ma la novità della forma e del contenuto, la urgenza del momento e la necessità di affermazioni recise e solenni dei nuovi principii, di fronte ai fautori del passato, giustificano appieno tutte le imperfezioni.

La Francia stessa, quantunque, pur troppo, dopo una lunga esperienza, ha ormai ridotta la sua costituzione alla forma più semplice, più chiara e più comprensiva.

L'altro progresso che allora, come dicemmo, si conseguì, furono i codici; progresso non solo dal lato della generalizzazione di questa forma vasta di legge, ma anche da quello della perfezione intrinseca cui venne portata. Fino a quel momento i codici erano stati, più che altro, delle compilazioni o raccolte di vecchie leggi scritte o consuetudinarie; invece i codici nuovi regolarono in modo diverso dal passato i rapporti giuridici e costituirono un nuovo, completo e metodico sistema. E mentre i vecchi codici, compresi quello di Prussia e le costituzioni del regno di Sardegna, non avevano unificate o abolite le leggi locali e generali preesistenti, ma solo si erano ad esse sovrapposte come leggi prevalenti nelle materie contemplate, i nuovi codici abrogarono all'opposto tutte le leggi vigenti, in ogni parte dello Stato, e a tutte si sostituirono.

La costituzione di Francia, nelle varie forme che assunse, e il codice civile dei francesi o codice Napoleone, dopo lunghi studii promulgato nel 1804,

sorretti dalla forza delle idee e da quella dell'armi, fecero trionfalmente il giro d'Europa, abbattendo le vecchie istituzioni ed il caos delle legislazioni multiple e delle mille costumanze.

Napoleone ebbe il torto di credere, che le sue leggi potessero essere applicate, quasi senza modificazioni, in tutto il mondo civile. Una lettera del 21 ottobre 1834 di Giuseppe Ricciardi sulla introduzione del codice Napoleone nel regno di Napoli, lettera riprodotta dallo Sclopis, prova in modo perspicuo, come la idea che a diversi popoli occorran leggi, almeno in qualche parte, diverse, non si trovava nella mente dell'imperatore: « Io non feci altro, dice adunque il Ricciardi, che dirigere la stampa, o per meglio dire emendare la barbara e spesso infedele traduzione fattane in Milano. Proposi, egli è vero, parecchie modificazioni importanti, specialmente nel titolo delle successioni, in quello delle doti, quanto alla patria potestà; e mostrai la necessità di una giunta all'enfiteusi; e di tutto distesi gli articoli corrispondenti. Il mio rapporto, letto ed approvato nel consiglio dei ministri, fu mandato in Francia; ma Cambacérès rescrisse in nome dell'imperatore che non si dovesse fare alcun cambiamento. » (1)

Napoleone e i suoi cooperatori credevano all'eccellenza delle loro leggi. Ma egli aveva anche uno scopo eminentemente politico, voleva cioè servirsi della legislazione come di un mezzo efficace di consolidazione delle proprie conquiste. « Stabile il codice civile a Napoli (scriveva egli al fra-

(1) Sclopis. *Op. cit.* P. II, l. V, c. II.

tello Giuseppe il 6 giugno 1861); tutto ciò che non vi è bene affetto, si distruggerà allora in pochi anni, e si raffemerà tutto quanto voi vorrete conservare. Ecco il gran vantaggio del codice civile. Se il divorzio v'impiccia per Napoli, non vedo difficoltà a far scomparire cotesto articolo; tuttavia lo credo utile; giacchè, perchè il Papa avrebbe a sentenziare quando vi ha causa d'impotenza od altra forza maggiore dipendente dall'ordine civile? Tuttavia, se ciò credete necessario, cangiatelo. Quanto agli atti dello stato civile, voi potete lasciarli ai parroci. Mediante tali modificazioni bisogna stabilire in casa vostra il codice civile; esso consolida la vostra potenza, poichè, in virtù di esso, tutto ciò che è fedecommesso cade, e delle grandi case non rimangono più che quelle, che voi erigerete in feudo. Questo è quello che mi ha fatto raccomandare un codice civile, e mi ha indotto a stabilirlo (1).»

Come opportunamente ricorda il Saredo, l'oppressione fu così fiera, che perfino molti francesi dovettero riconoscere che Napoleone, imponendo ai popoli conquistati il suo codice, « fu più ingiusto e più despota di Maometto II, perchè costui, espugnata Costantinopoli, lasciò almeno ai greci le proprie leggi (2).»

Tutto ciò, congiunto all'odio contro il nemico conquistatore ed allo spirito di reazione, che si scatenò sull'Europa, spiega come, d'un tratto, tutto,

(1) Du Casse. *Mém. et Corresp. pol. et mil. du roi Joseph*. T. II, pag. 276. — Sclopis. *Op. cit.* P. II, l. V, c. II. — Vedi anche Lomnaco, *loco citato*, pag. 8.

(2) Pardessus. Nel *Journ. des Savants*, 1842. — Cf. Saredo. *Tr. delle leggi*, pag. 24.

anche i mutamenti, che la pubblica coscienza aveva generalmente consacrati, venisse spazzato via.

Ma il fascino restò ed il confronto fra gl' immensi beni che si erano conseguiti ed i nuovi mali, fra i codici brevi e metodici e la farragine delle leggi e delle costumanze richiamate in vigore, le quali ripristinarono, col vecchio regime e sotto la tutela dei vecchi ordini, anche i laccioli dei mozzorecchi e le ambagi de' legulei, per dirla col Cantù (1), tutto ciò dimostrò, più luminosamente ancora che per lo passato, la necessità di quelle leggi brevi, chiare, sufficienti, le quali, tanto tempo prima, il Leibnitz aveva invocate e che Napoleone, lasciando tant' orma di sè, aveva lasciate in retaggio.

E per ciò le leggi di Francia, quantunque imposizione straniera, quantunque non in tutto adatte alle condizioni de' varii paesi, in cui erano state introdotte, furono per lo meno una potente scuola iniziatrice.

L'eguaglianza, la libertà, la fraternità, la democrazia da un lato; la evidenza, l'armonia, la chiarezza ed uniformità delle leggi dall'altro, sono idee alte e semplici, che commuovono e persuadono i popoli preparati a riceverle. E, d'altra parte, « le rivoluzioni, diceva un tiepido amico di libertà, hanno tanta forza, che debbono risentirne e subirne l'influenza i loro stessi avversarii. » (2)

Si domandarono perciò, con veemenza, dappertutto, costituzioni scritte e codici uniformi; si domandò di finirla coi privilegi e colle autocrazie, col diritto romano e canonico, colla giurisprudenza le-

(1) Cantù. *St. degl'Ital.* L. XVII, cap. 183.

(2) Cf. Mancini. *Op. cit.* pag. 142.

gislativa e colla consuetudine disuguale e perturbatrice.

Mentre però, in favore delle costituzioni scritte, tutta la parte più liberale, tutte le intelligenze più elette si sollevarono, combattendo una lotta, non ancora dappertutto finita, coi rappresentanti del passato, onde la storia delle costituzioni moderne si confonde e s'immedesima colla storia dell'idea di libertà e del diritto costituzionale, invece la lotta per la codificazione rimase ristretta nel campo scientifico, nè i codici, dopo i primi momenti, trovarono opposizione nei potentati. Gli è che essi, « accordando maggior tutela per i diritti privati », speravano « di poter meglio conculcare quelli politici che non riconoscevano (1). »

E se ancora i codici non raccolgono in tutti i paesi civili quelle parti del giure che riguardano, direttamente o indirettamente, i rapporti fra privati e il diritto penale, ciò significa solo, come vedremo, che in quei paesi la forza delle costumanze e l'amore per le vecchie forme è nell'animo del popolo ancora potente; significa che al sistema dei codici la coscienza di que' popoli non s'è ancora, malgrado tutto, adattata.

§ 15. Il Bentham (2) e il Romilly (3) in Inghilterra; lo Zachariae, lo Schmidt e soprattutto il Thi-

(1) Maiorana. *Lo Stato giur.*, pag. 63.

(2) Bentham. *Papèrs on Codification*. London, 1817 e *Justice and codification petition*. London, 1829. — Ma anche nelle altre opere dell'insigne autore l'idea della codificazione prevale. Così specialmente nei già ricordati *Traité de législat.* — Nel IV volume della edizione di quest'opera da noi già citata (pag. 69 e seg.) è riprodotto un piano completo di codificazione col titolo *Vue générale d'un corps complet de législation*.

(3) In un'analisi del libro del Bentham *Paper on Codification*, inserito nell'*Edinburgh review* del novembre 1817. Il nome del Ro-

baut e dopo di lui lo Pfeiffer, il Feuerbach ed una lunga schiera di scrittori in Germania, s'erano fatti propugnatori della codificazione (1).

Anzi gli scrittori tedeschi, desiderando che per sentimento esagerato di nazionalità non si travolgesse il principio della unità di legislazione, e che non si mantenesse il caos, che le antiche cagioni e molte nuove aveano prodotto, dopo la caduta di Napoleone, domandavano non codici speciali ai singoli Stati tedeschi, ma un codice unico, universale per tutta la grande patria germanica, il quale cooperasse a quella potente unificazione morale, cui i patrioti aspiravano e che s'era iniziata tanto felicemente (2).

Ma poichè questa scuola di giuristi, anzichè limitarsi a domandare l'unità del codice, richiedeva eziandio, ch'esso fosse di nuova fattura e s'inspirasse non alle tradizioni locali, ma alla speculazione filosofica; poichè essi partivano dal concetto « che il diritto appartenga all'ordine assoluto della ragione »

milly non vi apparisce; ma tutti attribuiscono quell'articolo all'eminente giureconsulto.

(1) Del *T h i b a u t* si possono consultare i seguenti scritti: *Civilist. Abhandlungen*. Heidelberg, 1814. — *Die sogenannte historische und nicht historische Rechtsschule*. Heidelberg, 1838. — *Die Nothwendigkeit eines allgem. bürgerl. Rechts f. Deutschld.* Heidelberg, 1840.

(2) Il *T h i b a u t* veramente, nel momento della restaurazione, si sarebbe accontentato di un codice non unico, ma comune, di un codice cioè che, lasciando sussistere le legislazioni locali, potesse servire di base come diritto comune tedesco, da modificarsi secondo i varii Stati. Questo codice infatti avrebbe dovuto sostituire il diritto comune romano, come fonte sussidiaria delle leggi locali, regolando solo i casi non preveduti da queste. Questa idea bizzarra era stata, come vedemmo, parzialmente attuata in Prussia coll'*Allgemeines Landrecht*, che appunto aveva forza di legge solo in quanto non provvedessero le leggi provinciali, mantenute tutte in vigore.

e sia una «creazione immediata e diretta della mente o della ragione umana» (1), la idea stessa doveva necessariamente trovare opposizioni vivissime.

Già Edoardo Burke, nel Parlamento inglese, con discorsi insigni, che gli procurarono il nome di Mirabeau della controrivoluzione, e in un perspicuo e serrato opuscolo sulla rivoluzione francese (2), si scagliò contro il sistema, che tendeva a prevalere in Francia di formulare, in una costituzione scritta, tutto ciò che al diritto costituzionale si riferisce. Le costituzioni dei popoli, egli diceva, si svolgono da sè, con eterna evoluzione, sono un organismo misterioso, che si esplica a poco a poco e per forza spontanea. Il volerle creare arbitrariamente; il sostituire alla evoluzione naturale del giure delle creazioni arbitrarie della volontà e del ragionamento, è una vera pazzia (3).

Il Cooper, il Park, il Reddie e l'Humphries, in Inghilterra, contro il Bentham; il Savigny in Germania, contro il Thibaut e i suoi seguaci, sostennero la medesima tesi nel campo del diritto privato, oppugnando vigorosamente il sistema dei codici, i quali altro non potevano essere che manifestazioni non schiette e genuine del diritto, ma più spesso negazione di esso, opera d'arbitrio. E come al Thibaut s'associarono molti giuristi, molti eziandio s'unirono al Savigny.

La lotta che ne conseguì, e che è rimasta ce-

(1) Cf. S c o l a r i. *Ist. di scienza pol.*, pag. 88 e seg.

(2) B u r k e. *Reflections on the Revolution in France*. London, 1789.

(3) Cf. P o l l o k. *An introd. to the History of the Science of Politics*. London, 1890; pag. 85.

lebre nella storia della scienza giuridica, è una delle più nobili ed alte che si sieno combattute ed, elevandosi dalla questione immediata della codificazione alle ragioni della scienza e del giure, potentemente contribuì al rifiorimento degli studii giuridici ed allo stabilimento di alcuni principii che, nel contemperamento delle opposte idee, poterono svilupparsi ed affermarsi sicuramente (1).

A null'altro, dice adunque il Savigny, possono servire i codici, se non a sostituire una monotona e matematica unità, modellata sopra un tipo freddo

(1) L'opuscolo del Savigny. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* fu pubblicato ad Heidelberg nel 1814 e nel 1827. Ne abbiamo già citata la traduzione italiana. Anzi, poichè di esso parliamo, ne approfittiamo per avvertire l'errore in cui siamo caduti, in uno o più luoghi, di citarne la pagina, senza avvertire che alla edizione tedesca del 1827 e non alla traduzione del 1857 ci riferivamo.

Quest'opuscolo si può dire costituisca il programma, il manifesto della scuola storica. Ma i principii di essa sono sviluppati nelle altre opere dell'insigne giurista (*Sistema del dir. rom. attuale — St. del dir. rom. nel medio evo — Trattato del possesso*, ecc.).

Sulla lotta intorno alla codificazione fra il Savigny ed il Thibaut, fra la scuola storica e la scuola razionale, si possono consultare Bluntschli. *Die neuen Rechtsschulen der deutschen Juristen.* — Ahrens. *Op. cit.* I, pag. 50 e seg. — Stahl. *St. della fil. del dir.* Vol. II, lib. VI, pag. 595 e seg. — Bellavite. *Intr. alla trad. del Jhering. Dello spirito del diritto romano.* — Amari. *Op. cit.*, pag. 221. — Scolari. *Sulla scuola storica ecc. e Istituz. di sc. pol.*, pag. 89 e seg. — Saredo. *Tratt. delle leggi*, pag. 25 e seg. — Brugii. *I fasti aurei del dir. rom.* Parte III. — Tempia. *Della codificaz. civile ecc.* Firenze, 1885. — Pampaloni. *Il futuro Cod. civ. germ.* ecc. Siena, 1888. — Scialoja. *Prefaz. al Savigny. Sistema del dir. rom. att.* Torino, 1888. — Carle. *La vita del diritto*, pag. 365 e seg. — Merita poi particolare menzione il Meyer. *Op. cit.*

quanto la speculazione del filosofo, all'armonica varietà, alle feconde e infinite sorgenti della vita locale, la quale si manifesta in una grande diversità di usi e costumi, in una grande prepotenza di vita intima.

Per essi si immobilizza e pietrifica il diritto; per essi, costringendo la giurisprudenza entro i termini di un'interpretazione esegetica, lo si priva de'miglioramenti successivi, che gli arreca il progresso della scienza, se ne impedisce fatalmente lo svolgimento indefinito.

Onde gli autori dei codici, colla loro meccanica uniformità, rassomigliano « a quel medico il quale, per regolare nel malato i palpiti, troppo frequenti, del cuore, vi avesse cacciato sopra la mano, e l'avesse condotto a battuta d'orciuolo. » (1)

A riprova di questo suo asserto il Savigny imprese l'esame dei tre codici allora vigenti, prussiano, francese ed austriaco, e tentò di dimostrarne la irrazionalità, esagerandone i difetti.

Basta, secondo il Savigny, studiare la storia del diritto romano, per persuadersi della inopportunità della codificazione.

Quando il diritto veramente viveva, quando progrediva continuamente, la codificazione non fu fatta nè tampoco ideata. Eppure se v'era tempo nel quale la compilazione di un ottimo codice fosse agevole, questo era appunto il secolo classico della giurisprudenza, in cui Papiniano, Ulpiano e Paolo, *praefecti praetorio*, avevano autorità ed opportunità, almeno, di proporla.

(1) Scolari. *Sulla scuola stor. dei giur. ecc.*, pag. 10-11, nonchè *Istitut. di. sc. pol.*, pag. 89-90.

Invece chi pensò alla codificazione? Chi l'attuò? « Cesare, Teodorico, Giustiniano, Carlo Magno, Pietro e Caterina di Russia, Federico di Prussia, Napoleone. Tutti questi grandi padroni di popoli posero a fondamento della potenza e della gloria loro un corpo di leggi, un codice. » (1)

E quando specialmente vi si pensò? Nel sesto secolo, cioè allorquando la evoluzione del diritto era, si può dire, cessata.

Quale la conclusione? Che si devono imitare i romani, se si vuole che libera e spontanea sia la formazione e la evoluzione del giure. Ed imitare i romani significa ritornare al diritto comune ed al diritto consuetudinario, uniche espressioni sincere della coscienza popolare.

Queste, molto sommariamente, alcune delle principali ragioni che la scuola storica addusse contro i codici; ragioni che trovano la loro base e la loro giustificazione negli eccessi della scuola razionale e nell'esempio di taluna precedente codificazione.

§ 16. Nel fervore della mischia la scuola storica, che tanti e così eminenti servigii rese alla scienza, cadde però in evidenti esagerazioni, riconoscendo talune necessità del progresso legislativo.

Che i codici possano errare, e sieno assai spesso, mal fatti, d'accordo; che essi possano creare, ed abbiano talora creata, una unità fittizia, sovrapponendosi a popoli di diversa indole, di diversa civiltà e di diversa razza, sta bene; ch'essi in una parola possano diventare, e sieno qualche volta diventati,

(1) Scolari. *Sulla scuola stor.*, pag. 11.

una nuova forma di despotismo, è certamente vero e noi lo abbiamo già ammesso.

Ma ciò cosa significa? Che i codici sono la più difficile e pericolosa forma di legislazione e che, per ciò, devono essere adoperati colla massima prudenza. Anche i meccanismi più perfetti presentano maggiori complicazioni e maggiori pericoli; ma chi mai, invece di raccomandarne un prudente uso, vorrebbe respingerli senz'altro?

«Di certo, con ogni opera nuova di tal fatta, dice il Bluntschli, debbono andar congiunti anche alcuni svantaggi. Anche quando la stessa non è compiuta nello spirito di rivoluzionaria distruzione ma di maturo sviluppo, tuttavia l'autorità della tradizione soffre una scossa. Molto antico diritto viene ingiustamente messo da banda. Parecchi principii nuovi vengono accolti. La esistenza del diritto storico viene sovente posta in quistione. Dovrà sempre mai passare lungo tempo finchè la rimembranza dell'antico diritto sia spenta e la fede nel nuovo rafforzata. Una gran parte dei lavori scientifici e della prassi giudiziaria degli antichi tempi perdono ogni loro valore. La nuova letteratura e la nuova prassi si lasciano ancora attendere. In questo tempo domina l'insicurezza e l'oscillazione, le quali sono dannose al riconoscimento e all'efficacia del diritto.

«Un altro difetto ha il suo fondamento in ciò, che i redattori di un Codice sono nella impossibilità di poter esaminare ogni singola massima giuridica così profondamente come nelle leggi speciali avviene. La loro attenzione è rivolta al tutto, e manca loro il tempo per i particolari studii di dettaglio. Però questo difetto viene più che compen-

sato mercè il colpo d'occhio sulle parti giuridiche affini e mercè la conoscenza delle condizioni fondamentali dell'intero corpo giuridico (1).»

I codici, infatti, considerati nella loro essenza, e non nell'abuso, che se ne possa fare, non sono creazioni arbitrarie, ma forme complesse con cui un popolo manifesta la sua volontà; forme egualmente necessarie delle altre, date certe peculiari condizioni della vita sociale. L'ufficio loro, cioè, è quello di descrivere lo stato giuridico esistente in un determinato momento; di consolidare, specialmente nei periodi di più ampio sviluppo, i progressi conseguiti.

Quando un popolo ha esaurito lo svolgimento del giure, coi mezzi e colle forme che sono a sua disposizione; quando, per lo sparpagliamento delle fonti, egli sente la necessità di sostare e di riepilogare, prima di rimettersi in cammino; quando una trasformazione radicale si compie nella società e le limacciose acque disperse devono inalvearsi per dar nuova regolarità di vita al corpo sociale, quale altra forma più appropriata ed utile di legge può immaginarsi dei codici? (2)

(1) Bluntschli. *La polit. come scienza*. Napoli, 1879; pag. 377-78.

(2) « Quando lo stato giuridico generale di una nazione, dice il Bluntschli, soffre di gravi vizii e fa d'uopo una riforma comprensiva di tutto, allora non v'ha guari per ciò niun altro mezzo; poichè la legislazione speciale verrebbe a rendere ancor più grande lo scompiglio e più aspre le esistenti contraddizioni (*La polit. come scienza*, pag. 376). » E più lungi (pag. 377): « Solo mercè simili codici generali è da ultimo possibile di mettere ordine alla tramandata farragine di antiquati principii giuridici, di rigettare ciò ch'è divenuto disutile, di togliere ciò ch'è estraneo, di chiarire la coscienza giuridica attuale e conferirle forza. »

Che se, dopo attuati i codici, prevale nella giurisprudenza la esegesi, ciò significa solo che, in quel determinato momento, la società non crede che gli organi giudiziarii possano attendere, sia pure indirettamente, alla legislazione, non crede che spetti ad essi maturare riforme.

Vero è che i codici, unificando il diritto di un popolo, fanno scomparire le diversità da luogo a luogo esistenti. Or bene, se queste diversità rispondono alla coscienza popolare, se sono una necessità sociale, è giusto affermare che la codificazione in tal caso sarebbe un errore. Ma non avviene invece più spesso, e non avvenne, per esempio, allorchè si unificò la legislazione della patria nostra, che la codificazione sia un portato necessario della progredita coscienza giuridica di ciascun popolo, o meglio la naturale conseguenza della formazione di una coscienza nazionale comune?

Ottenuta una maggiore fusione delle varie parti di un medesimo paese, conseguita l'unità morale e politica di un popolo intero, la coscienza collettiva, riconosciutasi, fatta sicura di sè, sostituisce alla varietà non necessaria e spesso anche non naturale di forme e di diritti, quella uguaglianza del giure che risponde ai nuovi bisogni, alla civiltà nôva, e che ne attesta la unità morale, la unità del pensiero e dei sentimenti.

Quando si unificò il diritto civile in Italia, i rapporti di famiglia, l'ordinamento della proprietà, le successioni, il sistema ipotecario variavano da regione a regione.

Chi vorrebbe oggi ritornare sul cammino percorso? Chi vorrebbe che ancora, ad es., il cittadino

italiano avesse diversa facoltà di disporre de' proprii beni a seconda del luogo di sua dimora? Anzi chi potrebbe oggi perfino immaginare, fra i giovani, un sistema, per cui, mentre a Milano fosse concesso di disporre dei proprii beni con testamento verbale, a Napoli e a Parma non si potesse farlo che con testamento olografo e a Torino si dovesse ricorrere a un atto pubblico? Come potremmo noi concepire che le vedove abitanti in Alessandria avessero assoluto diritto all' usufrutto sulla quarta parte dei beni del marito, che quelle di Piacenza avessero un tale diritto solo nel caso di povertà, e che quelle di Modena non potessero pretendere che gli alimenti? Eppure queste diversità da luogo a luogo si riscontravano appunto, prima che il codice civile italiano fosse introdotto.

Questo vario ordinamento e le conseguenze tristissime che ne conseguivano, non poteano riguardarsi senza turbamento, allorchè i confini de' varii Stati furono rotti (1).

La molteplicità delle tradizioni, dei sentimenti, dei bisogni, collo scomparire delle vecchie barriere, s'era tutta trasfusa in un sentimento, in un bisogno comune.

Vero è ancora, che colla codificazione moderna si trasportarono dall'uno all'altro paese le stesse istituzioni e gli stessi principii. Ma chi può negare, che in certe epoche, e fra popoli pervenuti ad un egual grado di civiltà, si formi una colleganza morale, una comunità d'idee e di sentimenti, che gli

(1) Cf. P i s a n e l l i. *Op. cit.*, pag. 29 a 33. — L o m o n a c o, *loco cit.*, pag. 21-22.

spinge a seguire le medesime vie? Questa comunanza si manifestò nel medio evo col diffondersi e collo stabilirsi in tutto il mondo civile, sia pure in modo suppletorio, del diritto romano; e si manifesta ai giorni nostri colla diffusione delle forme rappresentative e del codice civile francese, il quale, fondendo insieme le idee antiche e le idee moderne, non ripudiando le tradizioni gloriose dei giureconsulti romani, ma seguendo l'impulso da essi dato alla scienza del giure, rinnovò, pur conservando, tutto il diritto civile, così che il Troplong poté affermare che fra il diritto trasmessoci da quei giureconsulti e il diritto moderno vi ha tutta la distanza, che intercede fra il paganesimo e il cristianesimo, fra lo stoicismo e la morale cristiana (1).

Ed è appunto per questa comunanza d'idee che si poterono fare dei seri tentativi di codificazione anche nel diritto internazionale, non solo per opera di scienziati (2), ma anche per incitamento di un imperatore, che ideò un accordo completo degli Stati europei (3). «L'aspirazione del nostro tempo, avverte il Bluntschli, va ancor più oltre. In-

(1) Troplong. *De la vente*. Prefaz. — Lomonaco, *loco cit.*, pag. 3. — Mancini. *Op. cit.*, pag. 142. — Si consultino anche, sulla questione della codificazione, Prezerutti. *La codificazione e la legislazione civile*. — Filomusi Guelfi. *La codificazione civile e le idee odierne che ad essa si riferiscono*. Roma, 1887.

(2) Bluntschli. *Das moderne Völkerrecht*. Nördlingen, 1868. — Dudley-Field. *Draft Oullines of international law*. New York, 1870; ecc.

(3) Alludiamo al progetto di codificazione del diritto internazionale di guerra, apparecchiato a Bruxelles nel 1874, per iniziativa dello Czar Alessandro II.

nanzi al carattere fondamentale umano ed universale del diritto moderno, il quale è chiamato ad unificare anzichè a dividere le varie nazioni, impalidisce anche il colore nazionale della legislazione, e incominciano ad esigere efficacia concetti giuridici internazionali e umani (1).»

Che se il diritto, per compiere il suo corso, si serve talora dell'opera di despoti, o delle rivoluzioni, ciò cosa significa? Significa che talvolta occorre una potente impulsione per radicarlo completamente negli animi, per far sì che il sentimento collettivo, dapprima impedito nel suo sviluppo, liberamente si espanda.

Talora « il diritto, ben dice lo Scolari, si serve pel suo trionfo di uomini, grandi re e grandi ministri. Luigi XI, Luigi XIV, Richielieu, Colbert non segnano forse i principali progressi della democrazia francese? (2) » E quanti istituti, quanti progressi non sono legati dappertutto al nome di despoti illuminati? E quante riforme salutari non sono dovute alla bufera rivoluzionaria?

Tutte queste ragioni condussero la stessa scuola storica, sul finire della lotta, a modificare e temperare le sue conclusioni: a combattere cioè non la codificazione in sè, ma quei codici e quelle leggi in genere che, prodotte dall'arbitrio, non si basano sulla coscienza della collettività, e quindi ad inculcare il principio, che nelle codificazioni convien procedere a rilento e a gradi. Anzi il Savigny, nel suo *Si-*

(1) Bluntschli. *La politica come scienza*, pag. 376-77.

(2) Scolari. *Prol. al corso di dir. cost.* Parma, 1861; pag. 17.

stema di diritto romano, ammette perfino che, nell'epoca nostra, al disopra delle legislazioni particolari, viene a formarsi fra i popoli civili quella vera *comunanza di diritto* di cui testè parlavamo (i).

(i) Savigny. *Sist. del dir. rom.* § 11 e 374. — Cf. Carle. *La vita del diritto*, pag. 369.

C A P O V.

LA LEGGE SCRITTA NEGLI STATI CIVILI MODERNI

17. Distinzioni. — 18. Leggi in senso stretto. — 19. Ordinanze. — 20 Trattati e deliberazioni di guerra.

§ 17. Che fra i popoli civili moderni si sia andata formando quella *comunanza di diritto* che il Savigny riconosceva, lo dimostra luminosamente il fatto che, ormai, fra di essi, le forme della legge scritta sono quasi dappertutto eguali.

Queste leggi si possono ripartire in due grandi categorie: leggi in senso largo e ordinanze (decreti, regolamenti).

Quale la differenza?

Nel titolo preliminare del progetto di codice civile francese preparato da Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu e Malleville, è fatta questa distinzione: «Le leggi differiscono dai regolamenti; questi sono variabili e quelle intendono alla stabilità (art. 3).»

Questa definizione è ripetuta da un grande numero di scrittori. Ma, veramente, ben poco ci apprende. Difatti, per determinare quali atti di volontà statuale intendano alla stabilità, e quali no, per sapere a quali fra di essi si dovrebbe dare il nome di legge e a quali quello di ordinanza, converrebbe

prenderli ad esame uno per uno. Eppoi, quando mai lo Stato intende all'instabilità?

La differenza fra leggi ed ordinanze deve invece cercarsi, secondo noi, in un altro ordine di ragioni: «In pratica, dice benissimo lo Scolari, convien tener separati i principii, che sono costanti, dal modo della loro applicazione, la cui bontà dipende da tante e tanto mutevoli circostanze di tempo, di luogo e di persone.» La legge perciò «deve elevarsi ad un ordine superiore di considerazioni» ed avere, nelle sue disposizioni, una forma generale. L'ordinanza, invece, deve «comporre insieme le cose particolari e materiali» e contenere «quei provvedimenti varii e minuti, che assicurano l'effetto degli ordini legislativi (1).»

Vero è che le leggi, comprendendo principii e norme generali, sono di necessità più stabili delle ordinanze. Ma questa non è la ragione della distinzione, è solo la conseguenza, che deriva dalla diversa natura dell'atto.

E per ciò a noi pare, che la legge e l'ordinanza si possano distinguere, in teoria, nel modo seguente:

Legge è ogni deliberazione statutale *autonoma*, che, nei limiti della costituzione, - presa questa parola nel più largo senso - intende a manifestare una volontà dello Stato sopra qualsiasi argomento.

Ordinanza (decreto, regolamento) è invece ogni deliberazione *subordinata*, che, nei limiti di una legge, intende a completarla, a svolgerla, a svilupparla e a renderne possibile e facile l'esecuzione, deducendo logicamente da essa e determinando i

(1) Scolari. *Del dir. amm.*, pag. 106.

mezzi, le forme, le regole necessarie al raggiungimento di tale scopo.

§ 18. Salvo poi a ritornare su questa definizione, consideriamo intanto le varie maniere in cui la legge, nel largo senso ora accennato, si esplica.

Il Macarel distingue le leggi in fondamentali e secondarie. Fondamentali sarebbero le leggi organiche o politiche, che stabiliscono ed organizzano i poteri della società, dal primo all'ultimo grado della scala sociale. Secondarie invece sarebbero tutte le leggi, che non hanno direttamente per oggetto lo stabilimento delle istituzioni generali sulle quali la società riposa (1).

Il Pinheiro Ferreira, a sua volta, dice che vi sono leggi e disposizioni legislative. E definisce le leggi come quelle risoluzioni, che sono d'interesse del tutto generale e indeterminato, p. e. il voto delle somme destinate allo stabilimento delle strade maestre, dei canali, ecc.; mentre le disposizioni legislative sarebbero destinate a regolare una gran massa d'interessi determinati, come sarebbe il caso de' voti per la costruzione della tale strada o del tale canale in particolare (2).

Queste sottili distinzioni, ci pare, non possono essere accolte nè discusse qui, chè solo della forma delle leggi dobbiamo occuparci.

Noi crediamo, adunque, da questo speciale punto di vista, che le leggi, escluse le ordinanze, sieno di tre specie: costituzioni, codici e leggi propriamente dette.

(1) Macarel. *Op. cit.*, pag. 25.

(2) Pinheiro Ferreira. *Op. cit.* Dial. VIII.

Le costituzioni (statuti fondamentali, carte costituzionali) sono la più elevata forma della legislazione.

Costituzione, si sa, in senso lato, significa modo di essere, ordinamento. E perciò, come per costituzione di un corpo fisico s'intende, dice Pellegrino Rossi, l'insieme delle leggi, che presiedono alla sua organizzazione e ne regolano il moto e la vita, così per costituzione politica s'intende il complesso delle leggi e delle consuetudini, che determinano l'organizzazione di uno Stato (1).

Il quale concetto, col suo solito straordinario acume, intuì Aristotele, quando disse: « La costituzione è quel principio secondo il quale sono ordinate le pubbliche autorità, e quella specialmente che in cima a tutte è sovrana. » Onde essa « designa l'ordinamento dell'autorità dello Stato, definisce la divisione dei poteri politici, determina ove risegga la sovranità e finalmente prefigge lo scopo della civile comunanza (2). »

Questo nome di costituzione, a imitazione della Francia, s'è dato, nel nostro secolo, a quelle leggi che raccolgono i principii fondamentali della organizzazione dello Stato.

Anzi, siccome queste leggi fondamentali furono in origine una imposizione dei popoli ai principi, così vennero definite come quelle leggi « che il popolo impone ai suoi governanti per tutelarsi contro il loro dispotismo. » È la definizione che ne dà Romagnosi (3).

(1) Rossi. *Droit const.* Lez. I.

(2) Arist. *Pol.* VI, 1.

(3) E soggiunge: « La tutela dal dispotismo costituisce dunque l'intento proprio ed immediato di ogni politica costituzione. Si vuole

Ciò che abbiám detto delle prime costituzioni francesi si può riferire anche ai recenti statuti. Essi, sia per le ragioni ivi addotte, sia per la novità, almeno parziale, del diritto costituzionale moderno, il quale è in un continuo divenire, come vedremo più specialmente fra breve, non sono ancora giunti a quel grado di perfezione, cui sono pervenute le altre forme di legge.

Così essi, mentre per l'indole loro e per i loro fini, dovrebbero determinare l'ordinamento dei poteri dello Stato, i diritti di questo e le guarentigie della libertà dei cittadini, invece troppo spesso non contengono che una parte di queste norme costituzionali e si smarriscono nella minuziosa determinazione di molte norme non costituzionali.

Tuttavia gli statuti son sempre, dove esistono, la prima legge dello Stato, la *lex legum*, da cui traggono origine e in cui trovano le norme di loro azione gli organi varii e da cui son tutelati nei loro diritti cittadini e corpi locali.

Altra forma eminente di legislazione sono i codici, i quali però, a differenza degli statuti, hanno raggiunto un grado notevolissimo di sviluppo, non solo negli Stati liberi, ma anche in molti Stati autocratici. Nell'Europa latina essi non sono, in

questa tutela per ottenere il fine di ogni buon governo. Questo fine sta nel procurare una buona legislazione ed una fedele amministrazione.» (R o m a g n o s i. *Sc. delle cost.* Teoria speciale, I). — Difatti nella Teoria generale, § 1, egli aveva detto: « Domandare una costituzione egli è lo stesso che domandare una legge fondamentale colla quale il governo deve e dovrà procedere nell'amministrare lo Stato. » — Sul significato della parola costituzione cf. P a l m a. *Corso di dir. cost.* Vol. I, pag. 46 e seg.

fondo, che una traduzione, più o meno letterale, in molte parti, dei codici francesi, i quali, come fu detto tante volte, non dominando più *ratione imperii*, dominano invece *imperio rationis*.

Si può dire ormai che, nella maggior parte dei paesi civili, la ragion civile, quella commerciale e quella penale, nonchè tutte le norme procedurali, sia civili sia penali, sieno, con unità di sistema, codificate.

Leggi in senso strettissimo infine son quelle leggi autonome che, per il loro contenuto, non possono dirsi costituzioni o codici.

§ 19. Passando ora a parlare delle ordinanze, ci convien fare intorno ad esse un più lungo discorso.

Si dice generalmente che l'ordinanza è non una manifestazione di volontà dello Stato, ma un atto di esecuzione. Se ciò fosse vero, le ordinanze, anche dal punto di vista rigoroso dell'atto, indipendentemente dagli organi che vi attendono, trascenderebbero i limiti segnati alla funzione legislativa. Ma così non è o, almeno, non ci pare che sia.

Convieni anzitutto stabilire di quali ordinanze intendiamo parlare, poichè generalmente sotto il nome di decreti o regolamenti si comprendono anche molti atti puramente esecutivi, come i decreti di nomina ad impieghi o le istruzioni con cui un'autorità qualsiasi, rivolgendosi agl'impiegati subordinati, intende ad eseguire una volontà statuale. Questi atti, non obbligatorii pei cittadini, sono senz'alcun dubbio meri atti d'esecuzione, che non appartengono alla funzione legislativa.

Invece le ordinanze con cui, in relazione e in dipendenza di una legge, si emanano delle norme

astratte, generali, assolute, imperative, che i cittadini sono obbligati a seguire, in quanto non sieno in contraddizione colla legge o colle leggi di cui sono il complemento, queste ordinanze, diciamo, non eseguono la legge e nemmeno ne costituiscono, come si dice, un principio d'esecuzione, ma sono veri atti legislativi, con cui lo Stato dichiara i modi in cui la esecuzione si deve fare e che attendono anch'essi, per ciò, come le altre leggi, d'essere successivamente eseguiti.

Se non erriamo, questo concetto è sostenuto anche dall'illustre nostro Scolari: «Se cerchiamo l'indole propria del regolamento, egli dice, verremo nella persuasione ch'esso è veramente un complemento... Le prescrizioni di massima, proprie della legge e quelle di applicazione, proprie del regolamento, hanno tra sè un nesso troppo intimo e necessario, perchè non si attribuisca alle une e alle altre la stessa forza obbligatoria, e non si facciano razionalmente procedere da una sola fonte di autorità. Ne consegue che il regolamento ha un valore legislativo (1).»

Anche il Brunialti dice che le ordinanze sono «atti legislativi (2).» E il Saint-Giron chiama i regolamenti: *quasi-leggi* (3). Altri li chiamò pure *leggi secondarie*.

Dato questo concetto dell'ordinanza, è superfluo avvertire che, secondo noi, anch'esse hanno contenuto giuridico, sono *Rechtsordnungen*, come dicono i tedeschi, e non soltanto, e non sempre,

(1) Scolari. *Det dir. amm.*, pag. 105-106.

(2) Brunialti. *La legge nello Stato moderno*, pag. 223.

(3) Saint-Giron. *Droit const.*, pag. 378.

Verwaltungsordnungen. Non ripeteremo qui ciò che, a proposito del contenuto di tutte le leggi, abbiam detto in precedenza. Anche i decreti e i regolamenti son leggi, cioè sono obbligatorii ed hanno contenuto giuridico, purchè non contravvengano alle leggi in senso stretto. Se vi contravvengono, sono atti illegittimi e quindi nulli. Ma di ciò più innanzi (1).

Senonchè la distinzione teorica da noi fatta fra le leggi in largo senso e le ordinanze, praticamente non sempre si riscontra.

Gli organi, cui spetta l'emanar quelle, non sono generalmente gli stessi, cui spetta emanar queste. Le leggi sono deliberate dagli organi legislativi, le ordinanze dagli organi esecutivi.

Così in Inghilterra sono 'statuti o leggi le leggi fatte dal Re col Parlamento e ordinanze quelle fatte dal Re senza il Parlamento.

In Francia, pel decreto 1° ottobre 1789, « il potere esecutivo non può fare legge alcuna, neppure provvisoria, ma solo proclami conformi alle leggi per ordinarne o richiamarne l'osservanza. » E la Carta del 1830 (art. 13) determina: « Il Re... fa i regolamenti e le ordinanze necessarie per l'esecuzione della legge, senza poter mai sospendere le leggi medesime o dispensare dalla loro esecuzione. »

(1) Sull'argomento potremmo citare molti scrittori tedeschi di *Verwaltungsrecht*. Ma a che prò? Chi ha vaghezza di approfondire la questione ne troverà la bibliografia a pag. 127 e seg. del M ü h l b r e c h t. *Wegweiser durch die neuere literatur der Staats- und Rechts-wissenschaften*. Berlin, 1886.

Fra gl'italiani, anche il M a i o r a n a ammette che il decreto ha, nei limiti della legge, contenuto giuridico (*Il sistema dello Stato giur.*, pag. 167).

Questa disposizione, mantenuta in vigore, salvo qualche non essenziale differenza, dalle successive costituzioni francesi, è tradotta così dall'art. 6 del nostro statuto fondamentale: « Il Re... fa i decreti e i regolamenti necessari per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne » (1).

Ordinanze adunque sarebbero, secondo questo articolo, le deliberazioni statuali emanate senza il concorso degli organi specialmente addetti alla legislazione, ed intese alla esecuzione della legge, o meglio, senza parlare di organi, sarebbero le deliberazioni necessarie all'esecuzione, per le quali non è prescritta la forma più solenne della legge.

Ma anche così, qualche dubbio rimane. Difatti se è detto che la ordinanza è una deliberazione necessaria per l'esecuzione di una legge, non è detto invece che la legge non possa contenere taluna di queste norme od anche comprenderle tutte.

Infatti la materia della ordinanza è determinata, mentre quella della legge non lo è. Secondo che il legislatore ritiene opportuno, egli può sia limitarsi a stabilire colla legge i principii generali sulla materia, lasciando a successive ordinanze il determinarne le particolarità, sia comprendere nella legge non solo i principii generali, ma anche quelli più minuti d'applicazione.

(1) Sulla facoltà del capo dello Stato di emanare ordinanze, nei varii Stati, vedi l'ampio e, come sempre, dottissimo studio che ne fa il Brunialti (*La legge nello Stato moderno*, pag. 223 e seg.). Noi, trattando esclusivamente della funzione, non possiamo approfondire l'argomento.

« Sovente v' hanno, dice lo Scolari, forme di esecuzione di tanta influenza sopra il diritto e il bene generale, e principii legislativi talmente collegati con la forma stessa della esecuzione, che non potrebbe il potere legislativo abbandonare in questi casi al regolamento le relative disposizioni. Per esempio non potrebbesi disconoscere la convenienza che la legge elettorale sia discesa a minutezze di pratica sul modo di rendere il suffragio; poichè da questi modi si ottiene la guarentigia che sia libero e pieno l'esercizio di un diritto politico fondamentale » (1).

Sono infatti l'opportunità e l'arbitrio degli organi legislativi che determinano, di volta in volta, il limite preciso fra legge e ordinanza; poichè quella può invadere il campo di questa e questa invece non deve uscire dal suo.

Ma anche con ciò non si è detto tutto.

Difatti, in molti Stati, il fine dell'ordinanza non è tracciato con quelle parole *necessarie per l'esecuzione*. E poi le parole stesse sono suscettive di varie interpretazioni. Non basta: il criterio di distinzione fra legge e decreto è, in pratica, talora, non tanto *quantitativo*, quanto *qualitativo*. Il Maiorana dice: « Non basta il dire che la legge comprende i rapporti di maggiore importanza ed il decreto quelli di minore. Spesso è così, ma non sempre. Alcuni rapporti, anche importantissimi, debbono essere rilasciati al decreto, per il loro contenuto essenzialmente *politico*, e perchè si riferiscono alla estrinsecazione della potestà governativa. In proposito

(1) Scolari. *Del dir. amm.*, pag. 107-108.

bisogna guardarsi da un'esagerazione. Molti credono che indispensabile guarentigia sia, in un governo liberale, il far tutto preordinare e disporre sempre dalla legge. Ciò non è esatto. Certamente, in uno Stato giuridico, il campo d'applicazione della legge è massimo; ma non deve tutto abbracciare. Ed al potere governativo, che è partecipe della sovranità, deve lasciarsi diritto di determinare e d'agire... (1).»

Questa però è, evidentemente, secondo i criterii metodici da noi adottati, un'altra questione. Ma resta ad ogni modo vero che sotto il nome generico di ordinanza si comprendono molte manifestazioni di volontà statuale, che non sono intese all'applicazione di altre leggi. Basta accennare a due sole: le amnistie e gl'indulti, che appunto spettano, generalmente, al capo dello Stato e non agli organi legislativi, quantunque non si tratti di norme d'applicazione, ma di norme veramente autonome.

Può anche avvenire ed avviene talvolta che, col mezzo di ordinanze, per delegazione espressa degli organi legislativi o, in caso di urgenti necessità e con riserva, in questa seconda ipotesi, di approvazione successiva degli organi stessi (2), si emanino delle ordinanze riguardanti materie riservate dalla

(1) MAIORANA. *Il sist. dello Stato giur.*, pag. 168.

(2) Noi, giova ripeterlo, trattando della funzione legislativa, e degli atti relativi, e non degli organi che vi attendono, non possiamo esaminare qui l'essenza e i limiti del diritto spettante alla suprema autorità esecutiva, o meglio al capo dello Stato, di emanare ordinanze in casi eccezionali e di suprema necessità politica. A questa specie di ordinanze i tedeschi danno il nome di *Nothverordnung*. — In argomento si può consultare il *Bluntschli. Dir. pubbl. univ.* Lib. VI, cap. XX.

costituzione esclusivamente ad essi. Ed è indubitato che queste ordinanze, cui daremo per antonomasia il nome di legislative, sono completamente all'infuori del campo teoricamente assegnato ad esse.

Per tutte queste ragioni, ci pare di poter affermare che la determinazione in una sola formola dei limiti positivi fra la legge e l'ordinanza, non solo da Stato a Stato, ma anche in un medesimo Stato, riesce impossibile (1).

Ora sorge un'altra questione. Abbiam visto che col nome generico d'ordinanza s'intendono i decreti e i regolamenti. V'ha differenza fra gli uni e gli altri, oppure sono nomi diversi di una stessa cosa?

Lo Scolari dice che teoricamente v'ha differenza. « Il regolamento ha per proprio oggetto l'applicazione di una legge; ed invero contiene tutte le disposizioni suggerite dalle circostanze di fatto e dal senso dell'opportunità, affinchè la legge a cui si riferisce, sia tradotta in atto agevolmente, col maggior frutto e compiutamente. Quindi il regolamento, per la sua propria natura... suppone un'autorità che per necessità o convenienza pratica fu delegata. Laonde volendo per questo verso distinguere il decreto dal regolamento, dovremmo riferire il decreto a quegli officii o poteri amministrativi, che non sono diretta ed immediata conseguenza di una data legge, e per ciò ravvisare in esso un atto che emana dalla spontanea volontà del potere esecutivo, il quale con esso provvede a cose di governo o d'amministrazione (2). »

(1) Quest'è la conclusione cui vengono anche il Meucci (*Istit. di dir. amm.* Roma, 1879. Vol I, Parte gen., cap. V). l'Orlando (*Princ. di dir. cost.*, p. 181) e il Sabbatini (*Op. cit.*, p. 77).

(2) Scolari. *Del dir. amm.*, pag. 104.

In altre parole il nome di regolamento spetterebbe agli atti di volontà statale contenenti le norme d'applicazione delle leggi, la cui deliberazione è affidata, per delegazione costituzionale, a determinati organi esecutivi. Invece sarebbero decreti le deliberazioni spontanee degli organi stessi, nell'ambito del loro proprio e indipendente ufficio.

Ammettiamo anche noi che teoricamente una distinzione fra decreto e regolamento si possa fare; ma non ci pare giusta questa dello Scolari. Qual'è difatti il significato che generalmente si annette alla parola regolamento? V'hanno regolamenti regii, ministeriali, provinciali, comunali, di opere pie, di società private, ecc. Or bene, prescindendo dalla origine loro e dalla materia cui si riferiscono, essi hanno per certo un contenuto formale identico: sono cioè un complesso organico di prescrizioni minute, più o meno numerose, col mezzo delle quali è regolato (dove appunto il nome di regolamento) quel determinato servizio, quel determinato sodalizio, ecc.

Ne viene che i regolamenti possono avere, o pur no, per proprio oggetto, l'applicazione di una legge: sono regolamenti ogniqualvolta contengano delle prescrizioni minute, qualunque sia lo scopo e l'oggetto cui si applicano.

Difatti, anche fra i regolamenti emanati dal Re, ve n'ha non solo di quelli che seguono una legge e la sviluppano; ma ve n'hanno altri molti, che si possono dire puramente esecutivi, cioè dipendenti in modo esclusivo dalla volontà di chi li emana, nei limiti beninteso della costituzione dello Stato.

Sappiamo adunque che cosa sono i regolamenti. Che cosa sono ora i decreti?

Pur troppo, in tutto ciò che riguarda le forme della legge, non si riscontrano oggi, come non si riscontrarono mai, quelle precise delimitazioni cui la scienza aspira.

Decreto significa ordine, comando; onde può dirsi, in senso lato, ch'esso sia sinonimo d'ordinanza, anzichè una forma di questa. In tal senso, il regolamento null'altro sarebbe che un decreto, il quale assumerebbe quel nome speciale, qualora in esso si riscontrassero i caratteri peculiari che ora vedemmo costituire appunto il regolamento. Difatti assai spesso si dice che un decreto approva un regolamento e lo promulga; onde il regolamento è il contenuto, è lo scopo del decreto o ordinanza.

Ma non è in questo senso lato, che noi dobbiamo considerare il decreto: dobbiamo invece considerarlo come una forma speciale di ordinanza. E poichè una forma è il regolamento e l'altra è il decreto, ne viene logicamente che decreti sono tutte quelle ordinanze che non possono dirsi regolamenti, cioè quelle ordinanze che non contengono un insieme minuto di prescrizioni e di regole.

Anche praticamente ci pare che questo sia il vero criterio di distinzione. Si dice difatti regolamento, e non decreto, per l'applicazione della legge comunale e provinciale o della legge sulle opere pie ecc., e invece si dice decreto, e non regolamento, di grazia, di amnistia, di nomina, ecc. (1)

§ 20. Abbiamo parlato finora di leggi, di statuti fondamentali, di codici, di decreti e di regola-

(1) In tal modo il decreto è distinto dal regolamento anche nel *Garulli Dir. amm. ital.* VII ediz., pag. 88. — Cf. *Brunialti. La legge nello Stato moderno*, pag. 235.

menti; ma non di trattati o di deliberazioni di guerra, cioè delle manifestazioni di volontà dello Stato ne' suoi rapporti coll'estero.

Ne diremo qui brevemente.

Anch'esse, come abbiám visto, rientrano nella funzione legislativa. Difatti la loro indole delicatissima e la qualità speciale della materia cui si riferiscono, non ne mutano il carattere di deliberazioni vere e proprie.

Le deliberazioni di guerra sono atti unilaterali, i quali non obbligano lo Stato verso gli altri, che per le conseguenze della di lui azione. I trattati all'opposto sono atti bilaterali, contratti, obbligatorii per la persona dello Stato rispetto agli altri con cui ha convenuto e per tutti i rapporti con essi regolati, purchè, beninteso, sieno stipulati colle forme e nei modi necessarii alla validità di una convenzione qualsiasi. D'onde viene che la estinzione, la rinnovazione, la conferma ecc. dei trattati sono regolate dalle norme in vigore per ogni maniera di contratti. Ma di ciò, e di tutte le questioni relative, noi non possiamo occuparci e rimandiamo per esse alle opere di diritto internazionale.

A noi importa soltanto di determinare le affinità e le differenze, che intercedono fra le leggi d'ordine interno e queste manifestazioni di volontà interstatuali.

Abbiamo definita la legge giuridica come una norma obbligatoria d'azione per i cittadini. Le deliberazioni di guerra e i trattati non sono, per il loro fine, obbligatorie pei cittadini: il loro fine è il rapporto coll'estero, d'onde la obbligazione dello Stato, come ente collettivo, verso gli altri Stati La

obbligazione dei cittadini verso lo Stato non è il fine, ma il mezzo e la conseguenza necessaria dell'atto.

E per ciò, mentre le leggi d'ordine interno sono leggi soltanto dal punto di vista dell'obbligo che con esse s'impone ai cittadini, le manifestazioni di volontà interstatuali devono considerarsi anzitutto come leggi obbliganti lo Stato verso gli altri Stati e poi come leggi obbliganti i cittadini verso lo Stato.

Difatti la deliberazione di guerra o il trattato possono avere efficacia rispetto all'estero e non averla rispetto ai cittadini, od anche può verificarsi la ipotesi opposta.

Quando parleremo degli stadii della legge, distingueremo la deliberazione dalla promulgazione, elementi ambedue essenziali all'esistenza della legge. Or bene, può avvenire che, secondo la costituzione dello Stato, occorran per l'esistenza delle leggi interstatuali (chiamiamole così per intenderci) o il concorso di organi diversi affine di costituire la deliberazione, nei rapporti interni e nei rapporti coll'estero, o un diverso modo di manifestarla esteriormente.

Anzi è evidente, riguardo a questo secondo stadio della legge, che, così per la deliberazione di guerra come per il trattato, occorrono modalità diverse. Ciò è nell'indole delle cose.

La deliberazione di guerra ha efficacia, rispetto all'estero, quando sia dichiarata, quando sia convertita in dichiarazione di guerra, e cioè quando sia partecipata ufficialmente al rappresentante autorizzato dello Stato, cui la guerra si vuol fare. In-

vece essa ha efficacia, rispetto ai cittadini, quando sia comunque comunicata ad essi, quando sia promulgata, adoperando questa parola nel suo più ampio significato.

Allo stesso modo il trattato è obbligatorio per lo Stato, verso gli altri Stati, quando sia stato stipulato colle formalità prescritte dalla costituzione dello Stato stesso; ed è obbligatorio pei cittadini, quando sia stato promulgato, cioè reso noto ad essi. Soltanto si può dire che, rispetto all'estero, la volontà e la manifestazione esterna di essa si compiano con un atto solo: la stipulazione, la quale è appunto il complemento della deliberazione e la sua manifestazione esterna ad un tempo (1).

Può anche avvenire, come dicemmo, che occorra un diverso concorso di organi statuali per costituire il primo stadio di una legge, la deliberazione, rispetto all'estero e rispetto all'interno. Può avvenire cioè che, per ciascuno di questi due rispetti, occorra una deliberazione diversa: la deliberazione obbligante lo Stato verso l'altro Stato, la deliberazione obbligante i cittadini verso lo Stato.

Quanto alla guerra, questa distinzione non trova, se non teoricamente, certo praticamente, applicazione.

Invece, quanto ai trattati, la distinzione stessa è importantissima. In vero avviene assai spesso che un trattato sia legge per lo Stato rispetto all'estero e non lo sia pei singoli cittadini, bastando costitu-

(1) Occorrono o possono occorrere, è vero, a completare un trattato, la ratifica od altre formalità; noi però, nella parola stipulazione, comprendiamo tutte le formalità possibili.

zionalmente, per il primo fine, che la deliberazione sia presa da un organo speciale o con determinate forme ed occorrendo, pel secondo, il concorso di altri organi o di altre formalità.

In alcuni Stati il trattato (come la guerra) dev'essere deliberato dagli ordinarii organi legislativi: così per la costituzione francese del 1791 e per parecchie altre successive; così in Svizzera, negli Stati Uniti, ecc. In questo caso la deliberazione è una sola.

Invece altrove avviene che per la conclusione del trattato, e quindi per la sua obbligatorietà rispetto all'estero, occorra la sola deliberazione del capo dello Stato, organo supremo della sovranità statale; e che, per la efficacia del trattato stesso nell'interno dello Stato, per la sua obbligatorietà cioè riguardo ai cittadini, occorra il concorso di tutti gli ordinarii organi legislativi. In questo caso, evidentemente, le deliberazioni son due ed ambedue sono deliberazioni di Stato.

Lo Schanzer mette in piena evidenza questa distinzione. «La conclusione di un trattato, egli dice, è l'atto con cui uno Stato si obbliga rispetto ad un altro a dare, fare o tralasciare qualche cosa. Ma il rapporto giuridico creato dalla conclusione del trattato nella sfera del diritto delle genti, non produce per sè stesso alcun effetto giuridico nell'interno dello Stato. Perchè il trattato diventi norma giuridica anche all'interno occorre un atto del potere sovrano, fatto nelle forme volute dalla costituzione, con cui s'imponga alle autorità ed ai cittadini l'osservanza dei patti stipulati. È dunque me-

dianete quest'atto o ordine che si dà esecuzione al trattato (1). »

Infatti il trattato, per essere non solo una obbligazione per lo Stato, ma anche una legge obbligatoria i cittadini, deve rivestire le forme esterne della legge ordinaria; dev'essere cioè una legge o un'ordinanza, secondo che, in proposito, la costituzione dello Stato stesso prescrive.

Ad ogni modo, sia legge o sia ordinanza, quest'atto è necessario, e si estrinseca, nella sostanza e nella forma, come le altre leggi e le altre ordinanze.

Quando poi, negli Stati civili moderni, occorra una legge e quando un'ordinanza, è questione che sfugge al nostro compito (2).

(1) Schanzer. *Il dir. di guerra e dei tratt. negli Stati a gov. rappr.* ecc. Torino, 1891; pag. 91.

(2) Chi ha vaghezza di approfondire l'argomento consulti lo Schanzer. *Op. cit.* È un'opera originale e degnissima d'elogio.

CAPO VI.

IMPORTANZA ODIERNA DELLA CONSUETUDINE

21. La *common law*. — 22. Le consuetudini costituzionali in Inghilterra. — 23. La consuetudine negli altri paesi. — 24. Sua importanza in diritto costituzionale. — 25. Consuetudini di diritto privato.

§ 21. Mentre a Roma, e in tutto il mirabile svolgimento del romano diritto, la consuetudine era, come vedemmo, una efficacissima manifestazione giuridica, così in diritto pubblico come in diritto privato, oggidì invece, pel continuo ed ormai incontestato prevalere dei codici, degli statuti e di ogni qualità di leggi scritte, essa ha perduto gran parte della sua importanza.

Pochi paesi ancora resistono a questa generale, irrefrenabile tendenza dei popoli moderni, di considerare la legge scritta come la più solenne e completa estrinsecazione della loro coscienza collettiva, come la forma più precisa e più uniforme, « la espressione più elevata, più eminentemente politica, la formola più riflessa e più pura del diritto », come dice il Bluntschli.

Fra questi paesi eccelle l'Inghilterra.

Ivi difatti il diritto riposa ancora su due basi, egualmente solide e spesso indipendenti: la legge

scritta e la legge non scritta, gli statuti e la *common law*, completata e corretta, come vedremo, in diritto costituzionale, da nuove e potenti consuetudini, formatesi dopo la rivoluzione del 1688.

La legge comune trova la sua origine in un complesso di costumanze, sorte man mano, in epoche e per cause diverse, spesso antichissime (1). Se ne trovano i documenti perfino nell'epoca dei Cimbri e dei Britanni. Anzi son queste consuetudini antiche che formano « il nucleo primitivo della costituzione inglese, come dimostrarono lo Stubbs quanto alle istituzioni politiche, il Malcolm Herr, il Sumner Maine ed altri quanto al diritto privato (2). Su cotesto tronco si innestarono poi costumi ed idee portati dai Romani, dai Pitti, dai Sassoni, dai Danesi, dai Normanni (3). »

Tutte queste consuetudini, fuse e contemperate insieme, costituiscono ormai, nel loro complesso, un vero corpo organico e compatto di diritto.

Però se, per legge comune, nel senso più stretto e più usitato della parola, s'intendono le consuetudini generali, che hanno valore giuridico in tutto lo Stato, in senso largo invece si comprendono nell'espressione stessa anche quelle costumanze che reggono soltanto gli abitanti di determinati distretti,

(1) Non è senza esempio, anche nel nostro secolo, che il *Doomsday book* o censo delle terre e dei feudi fatto all'epoca di Guglielmo il conquistatore sia stato allegato dinanzi ai tribunali.

(2) S t u b b s. *Constit. history of England*. Oxford, 1874. I, pag. 33. — M a l c o l m H e r r. *The Student's Blackstone*. London, 1877; pag. 550 e *The Cabinet Lawyer*. London, 1879; parte I, cap. I. — S u m n e r M a i n e. *L'ancien droit*. Cap. III, ecc.

(3) B r u n i a l t i. *La legge nello Stato moderno*, pag. 149.

e quelle leggi particolari, che furono adottate dall'uso di alcune corti e giurisdizioni (1).

La legge comune regola e dirige le procedure e le decisioni nelle corti ordinarie di giustizia del re. E per ciò depositarii ed interpreti di essa, *oracoli viventi*, come li chiama il Blackstone, sono i giudici, il cui officio, giurato, è quello appunto di riconoscerla e proclamarla, applicandola di caso in caso.

In quest' officio il giudice è ritenuto infallibile. La sua sentenza non crea, non costituisce la legge; ma, qualunque sia, è ritenuta incontestabilmente ad essa conforme; onde diventa, a sua volta, la prova autentica dell'esistenza della legge medesima.

Perfino il giudizio e l'istruzione della causa vengono registrati e conservati, sotto il nome di *records*, negli archivii stabiliti a tal fine.

Queste sentenze, questi atti costituiscono un precedente obbligatorio per le decisioni future, nel caso che si tratti di risolvere i medesimi punti di contestazione; e ciò non per l'autorità del giudice o della corte, che ha pronunciata la sentenza, ma perchè si presume, che non l'avrebbe pronunciata, se la legge non l'avesse ordinato. Infatti le sentenze non sono leggi, ma provano la esistenza della legge (2).

E se, per risolvere una controversia, avviene che nei *records* nulla si trovi, che la legge comune nulla dica, anche in tal caso, risolvendo la controver-

(1) Blackstone. *Comm. sur les lois anglaises*. Paris, 1822. Vol. I, pag. 96 e 102. — Su queste costumanze e leggi particolari si consulti il medesimo autore, nella stessa opera, pag. 115-133.

(2) Blackstone. *Op. cit.*, pag. 104. — Meyer. *Op. cit.*, pag. 214.

sia, si presume di applicare la legge. La legge comune è, per essenza sua, completa. La norma che non si trova, esiste pur sempre, non già palesata, ma riposta nell'intima coscienza della nazione, dalla quale non occorre che esca, prima che se ne manifesti la necessità. E per ciò i giudici, che l'applicano, rivestono in sostanza il carattere di legislatori; poichè appunto officio del legislatore è quello di manifestare il diritto riposto nella coscienza del popolo.

Anzi è in causa di quest' autorità del giudice, che le consuetudini han potuto man mano costituire un corpo sistematico e completo di diritto.

Questo diritto è in apparenza immutabile; ma in fatto al giudice è concesso di non seguire i precedenti, se questi sono in modo in dubbio contrarii alla ragione e, più ancora, dice il Blackstone, se sono contrarii alla legge divina. Ma in tal caso il giudice non fa una nuova legge, nè muta la legge antica: corregge l' errore d' interpretazione o d' applicazione, in cui il precedente giudice era caduto. Resta sempre ferma la massima che i magistrati devono *jus dicere*, non *jus dicare*.

Colle finzioni di diritto e colle nuove applicazioni, la legge comune si adatta per tal modo ai bisogni, agli usi, ai costumi, alla ragione nazionale in ciascuna epoca, e di questa ragione diventa l'espressione, ingrandendosi, restringendosi, modificandosi col procedere dei tempi.

Evidente è l'analogia fra la *common law* e il diritto onorario di Roma. Questo, come quella, malgrado l'apparente e formale stabilità, si adattano ai bisogni nuovi e si modificano, senza mettersi in

aperta contraddizione cogli antichi principii, anzi facendo omaggio ad essi.

La *common law*, pur conservando il suo carattere di legge non scritta, è ormai effettivamente raccolta tutta per iscritto, non solo, come vedemmo, nei registri delle varie corti di giustizia, ma anche nelle voluminose raccolte di rapporti e decisioni giudiziarie (1), e nei libri degli eminenti giureconsulti, i quali, distinguendo, esplicando, generalizzando, l'hanno ordinata a sistema e ne hanno tratti i principii generali. Anche questi trattati formano autorità. Si citano ancora Glanvil e Bracton, Hengham e Littleton, Statham e Brooke, Fitzherbert e Staunforde, per parlare dei più vecchi (2).

L'Inghilterra attende il suo Giustiniano o il suo Napoleone e certamente l'avrà (3). Malgrado la perfezione cui la *common law* è pervenuta, è un fatto che la legislazione inglese, scritta e non scritta, è un ammasso indigesto di finzioni, di contraddizioni e d'inconsequenze, non a portata della generalità

(1) Questi rapporti sono le relazioni dei diversi casi, gli argomenti delle parti e i motivi delle sentenze, raccolti di volta in volta. Esistono le collezioni dei rapporti dal regno di Edoardo II in poi.

(2) Blackstone. *Op. cit.*, pag. 109 e seg.

(3) L'Holtzendorff afferma che in Inghilterra "non si riesce a codificare il diritto per la mancanza di cognizioni giuridiche profonde", nella magistratura (*Princ. de la pol.* Lib. I, cap. III, § 27). È un'accusa non solo ingiustificata, ma assolutamente contraria a verità. La necessità di ricercare il vecchio diritto e di adattarlo alle nuove circostanze, lo studio e l'acutezza di cui i giudici e i giureconsulti inglesi abbisognano, tanto che il Fortescue ha detto che la loro conoscenza della legge è il frutto di venti anni di veglie, forma invece l'eccellenza loro, così che, senza esagerazione, si può paragonarli ai più insigni giureconsulti romani.

dei cittadini, e che la coscienza dell'epoca nostra ripudia. Un giudice, credendo di fare un elogio del sistema inglese, pronunciò questa frase: «La gloriosa oscurità della legge.» Era la maggiore censura che potesse farle.

È tanto tempo ormai trascorso da quando il Bentham, affermando la necessità di un codice, attaccò violentemente il barocco sistema. Eppure le sue parole possono ripetersi con verità anche oggidì.

«La sola immensità di queste leggi, egli diceva, la cui collezione forma una biblioteca, che un uomo studioso non potrebbe leggere in dieci anni, è un involuppo tenebroso.» E soggiungeva: «La legge non scritta, risultato delle costumanze, mescola a qualche principio d'un valore inestimabile una folla d'incoerenze, di sottilità, di assurdità e di decisioni puramente capricciose. È impossibile di credere che, in quest'opera fantastica, si sia avuto in vista il benessere del paese (1).»

§ 22. Anche, e più specialmente, in diritto costituzionale, la legge non scritta prevale in Inghilterra, a tal punto che si è potuto, con ragione, affermare che in questa materia il diritto scritto è un diritto d'eccezione, una legislazione complementare. E invero, fatta eccezione per le garanzie giudiziarie, per le libertà di culto, di stampa, di associazione e di riunione e per l'ordinamento elettorale, tutto il resto, ed in particolare la organizzazione, le facoltà, i rapporti e il modo d'azione degli organi dello Stato, tutto ciò in una parola che forma l'anima della costituzione, non è regolato da leggi scritte.

(1) B e n t h a m. *Tratils* ecc. Vol. IV, pag. 47-48.

« Che si interrogino, dice il Boutmy, i testi costituzionali: per esempio, sulle attribuzioni del gabinetto, questo perno del regime parlamentare, questo centro indispensabile dell'azione politica. Non soltanto la cosa, ma il nome, secondo la testimonianza di Blackstone, di Hallam, di Macaulay, sono ignoti al diritto scritto. Sulla convocazione annua dei parlamenti? Essa non è specificata in alcuna parte. Sulla divisione del parlamento in due Camere? Essa è incominciata da sè stessa prima del 1350 e si è perpetuata dopo quel tempo, senza essere imposta da alcuna legge. Sul diritto di priorità della Camera dei comuni in materia d'imposta? Questo diritto, che è stipulato espressamente nella costituzione degli Stati Uniti e nella nostra, non è fondato in Inghilterra che sul lungo uso. Sulle altre attribuzioni e sui privilegi della Camera alta e della Camera bassa? Terreni incessantemente disputati, presi e ripresi, e di cui la frontiera non fu mai fissata legalmente. Sulla prerogativa regia in materia d'organizzazione militare? Alcun testo non la definisce. Su tutti questi ed altri simili oggetti, cioè in generale su tutto ciò che concerne l'azione dei grandi poteri pubblici, il diritto scritto resta muto. Se si eleva un conflitto, la soluzione ne dovrà essere ricercata, non nello *Statute book*, ma negli archivii parlamentari o giudiziarii; essa dovrà essere pronunciata, non secondo un testo generale, ma secondo dei casi particolari analoghi, e questa giurisprudenza sarà trovata più d'una volta esitante, confusa o contraddittoria (1). »

(1) B o u t m y. *Études de droit constit.* II ed. Paris, 1888; pag. 26 e seg.

Ma il Boutmy non ha avvertito, che la consuetudine assunse in diritto costituzionale una fisionomia tutt' affatto speciale; anzi egli confonde le consuetudini costituzionali colla *common law* (1), mentre, di fatto, sono una cosa, in molta parte, diversa.

Sino alla rivoluzione del 1688 non esistevano speciali consuetudini costituzionali, distinte dalla *common law*. Un pò dagli statuti, un pò da questa legge comune, anche il diritto costituzionale era, se non con tutta precisione, almeno completamente, regolato. Alla legge non sfuggiva nemmeno ciò che riguarda i rapporti fra il Parlamento e la Corona. Onde « ogni violazione, sia dei diritti del sovrano, sia dei diritti dei soggetti, era una offesa legale, suscettibile di una definizione legale, ed esponente il colpevole alle penalità legali. Un atto che non avesse potuto rientrare nella lettera nè del diritto statutario, nè del diritto comune, non sarebbe stato considerato in alcun modo come un delitto (2). »

Ma da duecento anni a questa parte la teoria e la pratica costituzionale si sono andate modificando. A poco a poco, silenziosamente, quasi clandestinamente, come pur dice il Freeman, la costituzione s'è trasformata, non tanto per le mutazioni formali apportatevi dalla legge, quanto per questo lavoro latente e, a così dire, extralegale, che condusse a regolare con nuove consuetudini una grande quantità di materie politiche. Fu in tal modo che si

(1) Boutmy. *Op. cit.*, pag. 8.

(2) Freeman. *Le développ. de la const. angl.* Paris, 1877; pag. 120-21.

operò lentamente e che continua tutti i giorni, convenzionalmente, per sottintesi e abitudini d'una potenza irresistibile, il progresso della costituzione inglese (1).

E mentre la *common law* è una legge garantita con sanzioni penali, le nuove consuetudini invece non sono leggi nel significato usuale della parola. Si può offendere la costituzione, senza offendere le leggi, senza essere sottoposti ad alcuna pena. I ministri sono responsabili; ma questa loro responsabilità non è definita, nè alcuna corte giudiziaria potrebbe sovressa sentenziare. Il Parlamento coi suoi voti di sfiducia condanna i ministri e questa condanna non porta seco alcuna conseguenza legale. Che più? Il re stesso non può scegliere i suoi ministri, ma deve accettare quelli che gli vengono indicati dal Parlamento. Però, se ne scegliesse degli altri, non potrebbe essere legalmente obbligato ad abbandonarli.

« Infatti, dice il Freeman, noi possediamo oggidì tutto un codice di precetti per la direzione degli uomini pubblici, precetti che non si troveranno in alcuna pagina degli statuti o della *common law*, ma che, nella pratica, sono appena tenuti per meno sacri di qualunque principio incorporato nella *Magna Charta* o nella petizione dei diritti. »

E soggiunge: « Allorchè un inglese dice d'un uomo pubblico, che la sua condotta è costituzionale, o incostituzionale, esso intende qualche cosa del

(1) Allo studio di queste consuetudini, così importanti, il Freeman dedica il terzo e più importante capitolo della sua opera.

tutto differente da ciò che significa una condotta legale o illegale (1).»

Questa sottile e perfezionata dottrina sarebbe inconcepibile per i vecchi inglesi. Tuttavia anch'essa è la conseguenza del principio stesso, che produsse la *common law*. È solo una maniera diversa di praticare la consuetudine. Difatti lo sviluppo delle nuove costumanze costituzionali ha molti punti di contatto collo sviluppo della *common law*. Si tratta di un nuovo adattamento della tendenza inglese alla consuetudine, causata, secondo il Freeman, dalla impossibilità di definire in tutti i casi i rapporti costituzionali in modo preciso e categorico (2). Ma di ciò più innanzi.

§ 23 La consuetudine può adempiere un triplice officio:

a) supplire la legge, quando questa in modo espresso vi si riferisca o quando nulla stabilisca relativamente ad un dato argomento.

b) interpretare e determinare il senso e la estensione delle disposizioni legislative.

c) derogare al diritto esistente, sostituendogli un diritto più o meno diverso (desuetudine) (3).

Questo triplice officio, come vedemmo, la consuetudine adempiva, più o meno ampiamente, in

(1) Freeman. *Op. cit.*, pag. 121-123.

(2) Freeman. *Op. cit.*, pag. 133 e 135.

(3) È noto che la desuetudine fu distinta da molti in consuetudine contraria e desuetudine in stretto senso, la quale ultima si riferirebbe ai diritti caduti in disuso senza nulla ad essi sostituire. Ma è evidente che quando un diritto cade, un altro si sostituisce sempre. Alla pubblicazione di una bibbia occorre il permesso del vescovo? Per opera della consuetudine, questo consenso non è più necessario.

tutti i paesi civili, sino al secolo nostro; quest' ufficio essa adempie anche oggidì in Inghilterra.

Ma là dove è prevalso il sistema delle costituzioni scritte e dei codici, quale forza può ancora avere la consuetudine e in quali limiti?

In diritto penale, la utilità delle leggi è soprattutto evidente. Un reato non dev'essere caratterizzato, una pena non può essere applicata, in un caso concreto, se prima, in modo solenne e generale, con un testo formale di legge, i caratteri del reato non sono stati determinati e la pena per esso non è stata sancita (1). E perciò nulla, assolutamente nulla, è in questa materia lasciato all'incertezza della consuetudine.

In diritto costituzionale all'opposto, malgrado i tentativi fatti di fissare negli statuti fondamentali e nelle altre leggi tutte le norme relative, l'impero della consuetudine, in tutte le sue forme, è ancora grandissimo.

In diritto privato, infine, la consuetudine contraria alle leggi è assolutamente esclusa. Ad esempio il codice austriaco dice: « Le leggi hanno vigore fino a tanto che non sieno dal legislatore cambiate, o espressamente abolite (§ 9). E il codice parmense: « La legge promulgata... non può essere abrogata che da un'altra legge... (art. 1). » E l'estense: « Le leggi hanno vigore fino a tanto che non sono dal legislatore cambiate od espressamente abrogate. »

Ecco un caso, si potrebbe dire, di desuetudine propriamente detta. Ma che! All'obbligo di sottoporre al vescovo l'approvazione della stampa s'è sostituito il diritto di stampare liberamente.

Su quest'argomento si può consultare *Landucci in Aubry e Rau. Corso di dir. civ.* Vol. I, pag. 43.

(1) *Portalis. Discours au Corps Legislatif.* 14 dicembre 1801.

L'art. 5, poi, delle disposizioni premesse al codice civile italiano, determina che « le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori » e che queste non possono abrogar quelle se non « per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regoli l'intera materia già regolata dalla legge anteriore. »

Infatti la mutazione della legge non può mai avvenire, in diritto privato, col mezzo di consuetudini. La coscienza giuridica dei popoli civili moderni vuole ch'esso sia unico e certo. E ciò si ottiene solo col mezzo delle leggi scritte (1).

È vero: la consuetudine è una manifestazione spontanea, genuina, sicura della coscienza popolare, e la miglior prova se n' ha nella resistenza, ch'essa oppone, quando si vuole abolirla.

È pur vero: la legge è opera di uomini e quindi non è, come vedemmo, ma solo si presume costituire una manifestazione della coscienza collettiva; d'onde i difetti e i pericoli delle leggi, di cui poi c'intratterremo.

Ma, si faccia o si dica ciò che si voglia, questi difetti e questi pericoli non hanno la forza di oscurare gl'immensi vantaggi, che la legge produce. Onde il Bluntschli, uno dei giureconsulti, che me-

(1) Veramente le citate disposizioni dai codici civili si riferirebbero a tutte le forme del diritto; ma la necessità delle cose è superiore alla volontà dei legislatori. Mutazioni al diritto costituzionale avvengono ed avvengono continuamente, e perciò non solo gli scrittori di diritto pubblico, ma anche quelli di diritto civile, sono costretti ad ammettere che pel diritto costituzionale le disposizioni stesse non sono applicabili.

glio interpretano la coscienza giuridica della nostra epoca, pur ammettendo che « il diritto consuetudinario è meno rigido della legge, e più facilmente si poggia sulle condizioni esistenti e sulle loro tacite trasformazioni », ma affermando ad un tempo che questo diritto la cede a quello legiferato e autentico « per la chiarezza e la rigosità della espressione », ha soggiunto che « l'ignoto sentimento del bisognevole si manifesta colla consuetudine, ma la nota volontà del giusto preferisce la legge (1) » e ha concluso: « Preferire la consuetudine alla legge è un pregiudizio romantico. »

L'ammettere adunque che le norme giuridiche permanenti e generali, fissate dalle leggi civili, possano essere modificate dalla consuetudine, sarebbe un non senso. Quando mai una legge si potrebbe ritenere sicuramente modificata o abrogata dalla consuetudine? Come dovrebbero comportarsi, nell'incertezza, i cittadini? Come evitare la discrepante giurisprudenza? Come assicurarsi se la consuetudine sia comune a tutto lo Stato? Oppure si dovrebbero ammettere anche le consuetudini locali, sostituendo una eventuale ed incerta varietà del giure alla sicura unità, tanto faticosamente raggiunta?

Vedremo, parlando dell'abrogazione e della riforma delle leggi, le conseguenze ultime di questo principio.

Invece, specialmente in diritto commerciale, è ammesso che la consuetudine possa esercitare l'ufficio d'interprete. « Optima... est legum interpret consuetudo (2). » Però, mentre a Roma la giuri-

(1) Bluntschli. *Dottr. gen. dello Stato*, pag. 13.

(2) L. 37 D. *De legibus*.

sprudenza interpretava la legge con molta libertà e correggeva perciò il diritto esistente, costituendo così anch'essa, in un certo senso, una specie di consuetudine (*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*), oggi invece nè la consuetudine nè la giurisprudenza, la quale ha autorità solo pel caso speciale, possono interpretare le leggi in tal senso. Ma di ciò, quando che sia, alla funzione giudiziaria.

Quanto alle consuetudini non contrarie alle leggi, ve n'ha che sono espressamente sancite dalle leggi medesime; ma quando la legge non si riferisce ad esse e nulla prescrive per regolare determinati rapporti, la consuetudine può avere efficacia?

L'ha di certo in diritto commerciale; l'ha, è quasi superfluo avvertirlo, in diritto internazionale. Invece in diritto civile le leggi, la scienza, la pratica sono divise. È uno dei problemi più dibattuti, dopo l'attuazione dei Codici.

Esamineremo ora brevemente le consuetudini costituzionali e poi diremo di quelle di diritto privato.

§ 24. Grande, dicemmo, è la importanza che la consuetudine conserva in diritto costituzionale, sia sotto forma attiva, sia sotto forma di desuetudine.

Per tal modo, appunto, in Italia, il governo, il quale, secondo lo statuto, dovrebbe essere monarchico rappresentativo puro, è diventato parlamentare: i ministri, costituiti in gabinetto ed investiti delle funzioni esecutive, desumono la loro autorità non dalla sola fiducia del Re, ma anche e soprattutto dalla fiducia delle Camere (1).

(1) Vedansi invece l'art. 5: « Al Re solo appartiene il potere esecutivo » e l'art. 65: « Il Re nomina e revoca i suoi ministri. »

Un Re che, valendosi dei diritti ancora scritti nello statuto, volesse nominare o revocare i suoi ministri a capriccio, compirebbe un colpo di Stato.

Dalla facoltà accordata dall'art. 47 alla Camera dei deputati « di accusare i ministri del Re » ha origine il sindacato parlamentare. Vero è che gli organi creati dallo statuto, Re irresponsabile, ministri responsabili, Camera e Senato, si mantengono formalmente immutati; ma sostanzialmente quanto non si sono mutate le facoltà di tutti, sia restringendosi, sia allargandosi! (1)

È una mutazione allo statuto, avvenuta consuetudinariamente, anche la facoltà attribuita al Re di delegare, con semplice decreto reale, un principe del sangue, sotto il nome di luogotenente generale, ad adempiere i suoi ufficii, non nel caso d'impossibilità fisica di regnare (cui è provveduto coll'istituto della reggenza, art. 16), ma in quello di temporaneo impedimento.

Furono modificate o abrogate colla consuetudine anche alcune disposizioni tassative dello statuto.

L'art. 6 dice: « Il Re... fa i decreti e regolamenti necessarii per l'esecuzione delle leggi, senza sospenderne l'osservanza o dispensarne. » Invece, lo abbiamo già visto, la facoltà di emanare decreti comprende, di fatto, anche delle norme che non sono di pura esecuzione.

Per l'art. 22 « il Re, salendo al trono, presta, in presenza delle Camere riunite, il giuramento di osservare lealmente il presente statuto ». Invece, sia Vittorio Emanuele, sia Umberto, giurarono non solo

(1) Cf. Jona. *Studi costituz.*, pag. 19-20.

di osservare lo statuto, ma anche di esercitare l'autorità reale in virtù delle leggi e conformemente alle medesime.

L'art. 28 prescrive che « le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiera non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del vescovo. » Eppure oggi questo permesso non è necessario.

L'art. 53 dice: « Le sedute e le deliberazioni delle Camere non sono legali nè valide, se la maggioranza assoluta dei loro membri non è presente. » Basta assistere ad una seduta della Camera e specialmente del Senato per rilevare come sia rispettata questa disposizione (1).

L'art. 62 dichiara « facoltativo di servirsi (nelle Camere) della (lingua) francese ai membri che appartengono ai paesi in cui questa è in uso, od in risposta ai medesimi. » La Savoia, è vero, non forma più parte del regno, ma la valle d' Aosta ne forma pur parte!

L'art. 80 dice: « Niuno può ricevere decorazioni, titoli o pensioni da una potenza estera senza l'autorizzazione del Re. » Oggi nessuno ritiene necessario di domandare tale autorizzazione (2).

Altri articoli dello statuto furono pure modificati o abrogati, ma la riforma o l'abrogazione avvenne col mezzo di altre leggi e non di consuetudini.

(1) L'art. 25 del regolamento della Camera dei deputati stabilisce a questo proposito: « I deputati che non hanno ancora prestato giuramento, o che sono in congedo, ovvero sono assenti per incarico avuto dalla Camera non sono computati per fissare il numero legale »

(2) Un' ampia disamina di queste modificazioni, avvenute a mezzo della consuetudine, si trova in Ugo. *Op. cit.*, pag. 134 e seg. Però ci pare ch'egli esageri un pò, per esempio a proposito dell'art. 63.

Come in Italia, anche in molti altri Stati, più o meno, si mantengono usi contrarii alla legge fondamentale. Così avviene, per citare un esempio importantissimo, negli Stati Uniti (1).

A non consultare che il testo della costituzione federale, nessuno potrebbe arguire l'immenso progresso, che tuttavia si è fatto. Le modificazioni molto spesso non sono scritte. « È nella macchina in movimento, come dice il Boutmy, che bisogna osservarle per conoscerle e comprenderle... Delle interpretazioni che si accreditano, delle pratiche accidentali che si ripetono, delle usurpazioni che l'opinione accetta, delle rinuncie ch'essa prende alla lettera, vi hanno formato, di fianco al diritto antico e consacrato, un diritto complementare (2). »

Come si spiega quest'importanza della consuetudine in diritto costituzionale?

Si spiega, ci pare, facilmente, considerando la natura speciale di questo diritto. Un egregio procedurista, che coltiva con amore e successo anche i nostri studii, il Mortara, dice: « Soggetto del diritto privato è l'uomo civile, posto cioè in vita di relazione coi suoi simili e con le cose che sono strumento al suo benessere ed allo sviluppo della sua attività. Soggetto del diritto pubblico è il vincolo sociale fra gli uomini, considerato in quella forma ed in quelle condizioni, che ne assicurano la persistenza ed il mantenimento; od in altri termini, la organizzazione politica della società. »

(1) Cf. Ugo. *Attre Osservaz. sulle leggi incostituz.* Macerata, 1888.

(2) Boutmy. *Op. cit.*, pag. 112 e seg., ove si trova un particolareggiato e perspicuo studio di queste riforme latenti.

« Ora il soggetto del diritto privato, l'uomo civile, possiede il proprio tipo già abbastanza completamente formato da un'epoca che si può dire omai antica. Ed i principii cardinali della scienza del diritto privato hanno potuto intorno a questo tipo stabilirsi e rimanere consolidati in una sapiente e fruttuosa elaborazione che è gloria dei nostri lontani antenati. Il procedere dei secoli, lo svolgersi della vita civile, producono nuovi atteggiamenti nelle relazioni giuridiche fra individuo ed individuo e fra gl'individui e le cose; ma per ora, almeno in via generale, provvede ai bisogni di queste progressive manifestazioni l'adattamento ad esse, con alcuna conveniente novità di forme, di quegli antichi principii del romano diritto, che sempre continuano ad essere le pietre angolari del grande edificio, i capisaldi di ogni moderna e più perfezionata dottrina.

« Per contrario, il soggetto del diritto pubblico, la organizzazione politica della società, lungi dal possedere un tipo stabile e duraturo, è stato dalle prime epoche storiche ed è tuttavia in un continuo *divenire*. Le mutazioni incessanti che esso subisce, ora lentamente predisposte attraverso i secoli, ora tempestosamente irrompenti come fiamma devastatrice, ne modificano di età in età non solo l'aspetto e le forme, ma la essenza medesima...

« Aggiungasi che il tipo del diritto privato è, con lievissima differenza, il medesimo dovunque, nelle società giunte ad un certo grado di incivilimento, mentre i tipi dello Stato, in una medesima epoca ed in un grado uguale di civiltà, sono quasi altrettanti quante le nazioni (1). »

(1) Mortara. *La lotta per l'uguaglianza*. Pisa, 1889; pag. 4-5.

La cosa ci pare evidente, come ci pare evidente la conseguenza che ne deduciamo. Ad ogni modo, prescindendo anche da quelle disposizioni degli statuti, che devono modificarsi perchè non rispondono ai nuovi bisogni dello Stato, vi sono molte materie costituzionali, che gli autori di quelli non potevano prevedere. Come mai nel nostro statuto, per esempio, si sarebbero potuti contemplare i rapporti fra lo Stato ed il Pontefice, conseguenti dalla unione di Roma al Regno? (1) Ciò fu regolato per legge; ma, se la legge non interveniva, era pur necessario che si formasse una consuetudine.

Anche il diritto romano, nel periodo classico della sua formazione, non venne codificato. Solo successivamente, quando era già divenuto, venne raccolto e ordinato.

Così avviene per il diritto costituzionale; ed è perciò che molti dei principii più gravi ed importanti delle moderne forme parlamentari sembrano sfuggire ad una dichiarazione legislativa (2).

Non è già, come fu detto, che un principio nuovo qualsiasi non possa essere contenuto in una formola; è che la formola ieri rispondente al vero non potrebbe più esserlo oggi.

Il Gabinetto e i suoi rapporti col Parlamento e colla Corona, non sono forme tradizionali, ma forme nuove e forse transitorie, che non hanno tro-

(1) Cf. Orlando. *Princ. di dir. cost.*, pag. 117.

(2) Un'altra ragione, quantunque di gran lunga meno importante, che spiega l'importanza della consuetudine in diritto costituzionale, è questa: che mentre in diritto privato sola la legge garantisce la uniformità, invece nel diritto costituzionale la molteplicità non è, in alcun modo, possibile.

vato il loro assetto definitivo. Quando l'avran trovato, la formola precisa, assoluta, verrà da sè.

Ciò vale per l'Inghilterra e per tutti gli altri paesi, che hanno adottate le sue istituzioni. Ma per questi ultimi vale anche un altro argomento.

La costituzione inglese, ottima per quel popolo, poichè è frutto del progressivo adattamento della sua coscienza alla novità delle circostanze, fu importata presso altri popoli, così come meccanicamente la concepirono classici autori.

Or bene, quest'ordinamento, ottimo nel tutt'insieme e adatto alle condizioni della civiltà moderna, non poteva essere opportuno in tutte le sue particolarità, anche per popoli mancanti della base delle tradizioni e di quel complesso di circostanze che in Inghilterra lo fecero sorgere. E perciò fatalmente ai bisogni di questi Stati gli statuti devono adattarsi e si adattano quasi da sè, modificandosi sostanzialmente, pur rimanendo immutati nella formola.

D'onde la conseguenza, a torto non avvertita, che noi sappiamo, da alcuno, che, mentre in Inghilterra le consuetudini costituzionali da molti anni a questa parte si trovano, per così dire, in un periodo di sosta, negli altri paesi invece, appunto nello stesso periodo, ebbero, ed hanno ancora, il loro maggiore sviluppo.

Il dedurre, adunque, come molti fanno, che le costituzioni degli Stati devano lasciarsi sempre all'imperio delle consuetudini è, a nostro parere, assolutamente ingiustificato.

In certi paesi e per certe forme di Stato e di governo è facile ed utile, anzi necessario, concre-

tare il diritto costituzionale in leggi: per esempio negli Stati federali. D'altra parte, quanto è già divenuto, quanto è preciso ed assoluto, viene dappertutto, con generale vantaggio, anche nei governi parlamentari, scritto nelle leggi, poichè allora, nè ragioni di opportunità politica nè difficoltà di materia impediscono, che i progressi conseguiti consuetudinariamente, si affermino colla forma solenne della legge e sieno per essa resi incontestabili e chiari.

È ciò appunto che ha sempre fatto l'Inghilterra, malgrado il suo culto per la consuetudine: è ciò ch'essa farà per certo, quando che sia, per le sue nuove consuetudini costituzionali.

Ma de' modi più convenienti alla riforma o abrogazione delle leggi costituzionali, non è qui che possiamo parlare.

§ 25. Allorchè il sentimento giuridico varia da luogo a luogo è necessario che diversamente la legge disponga. E per ciò i legislatori stessi, consci delle necessità del diritto, e nei codici e nelle leggi amministrative, hanno cura di rimettersi, in molti casi, che più difficilmente comportano l'uniformità, alle costumanze locali.

Molti articoli del nostro codice civile, per es., danno espressamente autorità agli usi ed alle consuetudini: l'art. 2 per ciò che riguarda il godimento dei diritti civili dei corpi locali; gli articoli 485, 487, 489, 491, 506 relativi all'usufrutto; 580 e 582 in materia di servitù; 1124, 1134 e 1232 sulla interpretazione ed esecuzione dei contratti; 1505 e 1513 sul contratto di vendita; 1574, 1598, 1600, 1604, 1607, 1608, 1609, 1610, 1613, 1625, 1651 e 1654 sul contratto di locazione. Si può anzi dire

che quest'ultimo contratto sia regolato piuttosto da consuetudini che da concrete disposizioni di legge (1).

Più larga parte ha ancora la consuetudine in diritto commerciale. Il nostro codice di commercio, all'art. 1^o, tenuto conto appunto dell'indole specialissima di quel diritto, variabile da uno ad altro luogo, non suscettivo assai spesso di regole generali, applicabili in tutto lo Stato, e, per l'incessante accrescersi dei rapporti commerciali, ancora in via di formazione, determina in modo generale che, ove le leggi commerciali non dispongano, « si osservano gli usi mercantili » e che « gli usi locali o speciali prevalgono sugli usi generali. » Mancando anche questi « si applica il diritto civile. » (2)

(1) Per amore d'esattezza, non essendo sempre citati gli stessi articoli dai nostri civilisti, abbiamo voluto esaminare attentamente tutto il codice. E crediamo di non sbagliare affermando che tutti questi, e non altri, sono gli articoli che si rimettono a consuetudini. Avvertiamo poi l'errore in cui cadono quasi tutti, copiandosi, si capisce, l'un l'altro, di comprendere fra quegli articoli anche il 1381, che invece, categoricamente, esclude la consuetudine: « Non è permesso agli sposi di stipulare in modo generico che il loro matrimonio sia regolato da consuetudini locali, o da leggi, alle quali non sono legalmente tenuti. »

Anche il codice Napoleone si rimette agli usi negli articoli 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1648, 1736, 1748, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759, 1762, 1777 e, forse, in qualche altro. Riportiamo questi numeri da A u b r y e R a u. *Op. cit.* Vol. I, § 23. L'amore dell'esattezza non lo abbiamo spinto al punto da controllare anche questi articoli.

(2) Il codice di commercio del 1865 stabiliva invece: « I contratti commerciali sono regolati dalle leggi e dagli usi particolari al commercio e dal codice civile (art. 89). » La nuova formola è più precisa e mette in luce che la consuetudine ha maggior valore del

Anche molte leggi amministrative si rimettono, per determinati rapporti, alle costumanze e agli usi dei luoghi. Fra le altre, la legge 20 marzo 1865 allegato F sulle opere pubbliche, all'art. 380.

Ora è evidente, di per sè, che, ogniqualvolta la legge stessa invoca la consuetudine, questa ha forza eguale alla legge scritta.

Ma le leggi non possono ricordare tutti i casi, nè possono prevedere quelli che in avvenire avessero a sorgere, non solo in diritto commerciale, ma anche in ogni altra parte del giure.

Aristotele diceva (e pare impossibile che si possa citarlo anche in questa materia) che « la legge, per propria natura, dev'essere generale, comprendere cioè quello che più generalmente accade: quindi nella realtà dei fatti si possono presentare dei casi, cui le generali espressioni della legge non si possono accomodare, o di quelli, che il legislatore ebbe ad omettere, o infine di quelli, in cui devesi supplire alla sua stessa volontà, perchè egli stesso avrebbe disposto altrimenti, se avessè avuto conoscenza del fatto (1). »

In questi casi come si provvede?

I codici moderni stabiliscono in modo assoluto che il giudice deva sempre decidere la lite che gli è sottoposta.

« Il giudice, dice l'art. 4 del codice civile francese, che rifiutasse di giudicare, sotto pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge,

codice civile. — Merita anche oggi di essere consultato *O t t o l e n g h i*. *Sull'art. 89 del Cod. di comm. e sugli usi commerciali*, malgrado che si riferisca alle disposizioni del vecchio codice.

(1) *Arist. Eth. Nicom. V, 14.*

potrà essere citato in giudizio come colpevole di denegata giustizia. »

E l'art. 783 del codice di proc. civile italiano: « Le autorità giudiziarie e gli ufficiali del ministero pubblico sono civilmente responsabili: 2° quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in istato d'essere decisi. »

Mancando la disposizione tassativa da applicare, il giudice deve perciò provvedere colla interpretazione, coll'applicazione dei principii accolti nella legge in casi simili o materie analoghe, e via discorrendo.

Ma può avvenire che nelle leggi non si trovi, nè colla semplice interpretazione, nè per analogia, alcuna disposizione applicabile; che infatti manchi assolutamente qualunque norma direttiva nel caso concreto.

Anche questa ipotesi è contemplata dalla maggior parte dei codici.

Il § 7 di quello civile austriaco, dopo aver prescritto che « qualora una causa non si possa decidere nè dalle parole, nè dal senso naturale della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai fondamenti di altre leggi analoghe », soggiunge: « Rimanendo nondimeno il caso dubbioso, dovrà decidersi secondo i principii del diritto naturale, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso maturamente ponderate (1). »

Un analogo concetto si trova nel § 15 del codice albertino: « Rimanendo nondimeno il caso

(1) Così è detto letteralmente nella traduzione ufficiale italiana (Venezia, 1815).

dubbioso, dovrà decidersi secondo i principii generali di diritto, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso », concetto ripetuto con più brevi parole dall'art. 3 del titolo preliminare del codice nostro: « Ove il caso rimanga tuttavia dubbio, si deciderà secondo i principii generali di diritto. »

Che cosa sono questi principii generali di diritto?

Alcuni scrittori dicono che principii generali sono quelli soltanto del diritto naturale, sono le norme dettate dalla semplice ragione, ispirate dal sentimento dell'equità (1). Altri oppongono che questa dottrina, di riparare alla insufficienza della legge, mercè il sussidio del diritto naturale, è assolutamente vieta. « È una dottrina, dice per es. il Pacifici Mazzoni, erronea in sè, piena di pericoli per l'arbitrio sconfinato che lascia al giudice, segnatamente in mezzo a tanti sistemi di filosofia del diritto (2). »

E certamente tale concetto è giusto. Ma sono almeno d'accordo questi altri civilisti sul significato di quelle semplici parole?

Tutt'altro. Difatti alcuni parlano delle regole generali del diritto vigente e delle teorie che servono di guida al legislatore nel comporre le sue leggi; altri delle teorie universalmente ammesse dalla scienza, cioè sicure, costanti e note a tutti; altri delle tradizioni e del diritto romano (3).

(1) Così, per es., il Borsari. *Comm. del Cod. civ.* Vol. I, pag. 79.

(2) Pacifici Mazzoni. *Op. cit.* III ed. Vol. I, n. 21, nota 2.

(3) Cf., fra gli altri, Bianchi. *Op. cit.*, pag. 17-19. — Pacifici Mazzoni, *loco citato*. — Saredo. *Tratt. delle leggi.* Vol. I, pag. 426-27.

Nè concorde è la giurisprudenza.

La Corte di cassazione di Palermo, con sentenza 21 giugno 1873 (1), ritenne doversi intendere per principii generali del diritto quelli soltanto « che derivano dalle leggi dedotte dal legislatore »; e la Cassazione di Firenze, il 17 giugno 1875 (2), dichiarò che, sebbene le leggi romane non sieno da considerarsi propriamente come fonti suppletive di diritto positivo, i giudici però possono, nel silenzio delle leggi vigenti, attingere a quelle le dottrine e gli appoggi di autorità per risolvere le controversie.

In questa incertezza e disparità di pareri, sembra a molti che non si possa negare importanza, nel caso di silenzio della legge, alla consuetudine.

In Austria la questione non può nemmeno essere posta. Quel codice difatti tassativamente prescrive: « A consuetudini non si avrà riguardo se non ne' casi, nei quali la legge si riporta alle medesime (§ 10). »

Ma altrove i codici taciono su questo punto. Nulla dicono, ad esempio, quello francese e quello italiano.

Dei commentatori alcuni, e sono il minor numero, dicono che la consuetudine non deve avere alcuna efficacia (3).

I più invece propendono ad ammetterla, purchè, è quasi superfluo avvertirlo, non contraria al-

(1) Causa Di Maria, Genovese-Santuccio.

(2) Causa Saladini, Moreschi-Brugnoligo.

(3) Demolombe. *Cours de Code Napoléon*. I, n. 34-35. — Aubry e Rau. *Op. cit.* Vol. I, § 23. — Bianchi. *Op. cit.*, pag. 114-15. — Fiore. *Op. cit.* Parte II, pag. 593. — Pacifici Mazzoni. *Op. cit.* Vol. I, pag. 13.

l'ordine pubblico e al buon costume (1). Il Saredo e il Landucci, fra gl'italiani, sono quelli, se non erriamo, che più vigorosamente sostengono tale tesi.

Anche la giurisprudenza francese l'accetta. Le Corti di Besançon, di Nimes e di Bordeaux, in ispecie, la formolarono nettamente. « L'uso, diceva quest' ultima, quando risale ad un' epoca remota, ha quasi l'autorità della legge. » (2)

Dicono gli uni: Secondo lo spirito delle nuove legislazioni, i cittadini devono ubbidire soltanto alle leggi scritte, e i giudici non devono essere legislatori. Ora, coll'ammettere il valore della consuetudine nel caso di silenzio della legge, si rende appunto legislatore il giudice, in quanto per tal modo egli, quantunque indirettamente, non solo applica il diritto, ma ne dichiara la esistenza. Oltre a ciò, colla possibile varietà delle consuetudini, si nuoce, sia pure in piccola parte, alla unità del giure, ch'è il presupposto e lo scopo precipuo dei codici. Infine la consuetudine manca di promulgazione legale.

Rispondono gli altri: Vero è che i cittadini non devono ubbidire che alle leggi scritte; ma quando

(1) Merlin. *Rép.*, voce *Usage*. — Toullier. *Cours de droit civil*. Vol. I, n. 161. — Mailher de Chassat. *Tr. de l'interpr. des lois*, § 53, pag. 253. — Delvincourt. *Cours de droit civil*. Vol. I, pag. 11. — Marcadé. *Expl. théor. et prat. du Code Nap.*, sull'art. 4. — Dalloz. *Rép.*, voce *Lois*, 4, 113 e seg. — Mourlon. *Rép. sur le Code Napoléon*. I, 86. — Duranton. *Cours de droit civil*. I, 69. — Trolley. *Cours de droit admin.* I, pag. 21 — Saredo. *Tratt. delle leggi*. I, pag. 215 e seg. — Landucci in Aubry e Rau. I, pag. 42 e 210.

(2) Corte di Besançon, 11 dic. 1809 (*Demandre c. Gay*). — Corte di Nimes, 15 giugno 1830 (*Moustardier*). — Corte di Bordeaux, 24 dic. 1833 (*Verrière c. Blanc*).

la legge scritta non esiste, la obiezione non regge. Vero è che un cittadino non può essere punito, se una qualsiasi legge non prescrive una pena per il fatto di cui è imputato. Ma in diritto civile, poichè convien finire la controversia, bisogna pure applicare una norma non scritta. E non è forse, in tal caso, preferibile la consuetudine, ch'è una vera norma legislativa, nel senso lato della parola, anzichè un arbitrario principio generale di diritto?

Vedete, si soggiunge, il diritto commerciale. Certo esso si sviluppa più rapidamente degli altri. « Il commercio è in un continuo svolgimento progressivo; e, per quanto il legislatore si sforzi di prevedere e regolare tutti i diritti che vi si riferiscono e tutte le transazioni a cui esso dà luogo, sonvi però nella sua organizzazione continui mutamenti, prodotti dalle vicende a cui va soggetta l'economia della società. A citar solo quelle cagionate dall'introduzione delle ferrovie, dei battelli a vapore, dei telegrafi, delle istituzioni di credito, delle macchine, ecc., sarebbe agevole enumerare una lunga serie di operazioni, di affari e di rapporti d'interesse, che le esistenti legislazioni non avevano punto intraveduto (1). »

Ebbene, chi può disconoscere che, in questi casi, mirabilmente provvede la consuetudine, sottoponendoli a regole dettate dalla natura delle cose e dal comune tornaconto? E lo stesso principio non dovrà valere per il diritto civile?

Nè è punto vero che, coll'accogliere una consuetudine e coll'applicarla ad una contestazione privata, si

(1) B o c c a r d o. *Diritto commerciale*. Torino, 1862; pag. 16.

faccia atto di legislazione. « Non è egli, il magistrato, diceva il Portalis, chiamato ogni giorno ad esaminare e decidere quali atti hanno forza di legge, prima di farne l'applicazione? Non è anzi questo il suo dovere? Qui adempie lo stesso ufficio. D'onde l'accordo delle leggi romane e della giurisprudenza intermediaria nella massima: « de quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodire oportet quod moribus et consuetudine inductum est (1). »

Ed è verissimo che le consuetudini possono variare da luogo a luogo. Ma come si può nuocere alla unità della legislazione, se nulla essa prescrive sopra un determinato argomento? E questa unità si raggiungerebbe forse coll'applicare il cosiddetto diritto naturale, vario secondo le opinioni dei giudici?

Quanto all'appunto, che alla consuetudine si muove, di non essere stata promulgata legalmente, basta considerare quale sia lo scopo della promulgazione: far conoscere la legge ai cittadini. Or bene, la consuetudine forse non è conosciuta? Non lo è anzi più delle leggi scritte? Meglio ancora, non è essa applicata dai cittadini stessi?

Infatti « l'interesse dei cittadini, la sicurezza delle transazioni private esigono, come diceva Portalis, che una consuetudine notoria, nel silenzio assoluto della legge, abbia forza obbligatoria. » (2)

A queste considerazioni noi completamente aderiamo. « Quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? (3) »

(1) L. 32. D. *De legibus*.

(2) Cf. Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 214 e seg.

(3) L. 32. D. *De legibus*.

Senonchè, per risolvere la questione, non basta elevarsi ai principii generali del giure, ma convien anche e soprattutto commentare, chiarire, interpretare le disposizioni dei codici.

E questo nostro lavoro non può diventare un commento.

LIBRO II.

STADII E CONDIZIONI

CAPO I.

STADII DELLA LEGGE

26. Stadii della legge secondo gli scrittori. — 27. Opinione nostra. — 28. Deliberazione della legge. — 29. Momenti della promulgazione. — 30. Atto di promulgazione. — 31. Pubblicazione. — 32. Termini alla obbligatorietà delle leggi. — 33. Conservazione delle leggi.

§ 26. Non parliamo naturalmente degli stadii della consuetudine. Per essa, più che di stadii, si deve parlare di condizioni.

Elementi costitutivi della consuetudine sono i fatti da cui si desume e che la rendono obbligatoria. Questi fatti, perchè essa esista, devono essere pubblici, uniformi, molteplici e reiterati, e, perchè abbia valore giuridico, devono essere non contrarii all'ordine pubblico e al buon costume, non vietati dalle leggi e osservati dalla generalità dei cittadini, o in tutto lo Stato o in una parte di esso (1).

(1) L. 14 D. *de reg. iuris.* — L. 35 D. *de legib.* — L. 36 D. *de iustit. et jure.* — L. 3 C. *Quae sit longa consuetudo.* — § 11. Inst. *de jur. nat., ecc.*

Se e quando queste condizioni si verificano, è argomento che riguarda la giurisdizione.

La legge scritta invece, per esistere, deve percorrere varii stadii. Determinare quali sieno questi stadii è argomento del presente capitolo.

Negli scrittori moderni, così di diritto pubblico come di diritto privato, si trovano indicati gli stadii seguenti: proposta o iniziativa della legge, discussione, deliberazione o approvazione di essa, sanzione, promulgazione e pubblicazione. Anzi questi due ultimi stadii vengono esclusi dalla funzione legislativa e compresi in quella esecutiva, perchè, si dice, la legge esiste prima che sia promulgata e pubblicata.

Noi, in questa materia, abbiamo opinioni affatto opposte a quelle invalse. La diversità del metodo spiega e giustifica questa diversità d'opinioni.

E in vero nessuno ha, finora, tenuto distinto nella trattazione lo studio della funzione da quello degli organi che vi attendono; anzi quella fu studiata solo in rapporto e, staremmo per dire, in ragione di questi. E così non veramente di stadii della legge, ma di successive ingerenze dei varii organi nella formazione di essa, si parla. Qualcuno deve proporre la legge: dunque il primo stadio è la proposta o il progetto di legge. Le Camere, dove esistono, devono, e con determinate forme, discuterla e deliberarla: secondo e terzo stadio. Ma, senza l'approvazione del capo dello Stato, le deliberazioni delle Camere non hanno valore: quarto stadio, la sanzione del capo stesso. Poi la legge si promulga e si pubblica: quinto e sesto stadio. Anzi, poichè la sanzione spetta al capo dello Stato come

organo legislativo, mentre la promulgazione e la pubblicazione gli spettano come organo esecutivo, così ne viene che questi due ultimi stadii, non sono nemmeno stadii della legge: sono mera opera esecutiva.

Ma, seguendo questa via, si può affermare che in ogni Stato, poichè le ingerenze dei singoli organi variano ed anzi variano gli organi stessi, gli stadii della legge sarebbero diversi.

Negli Stati autocratici, la proposta e la discussione della legge non si trovano o almeno non si possono caratterizzare giuridicamente; all'opposto sono importantissime negli Stati democratici puri e rappresentativi.

Così pure, mentre, in quest'ultima forma, la distinzione fra l'approvazione delle assemblee e la sanzione del capo dello Stato è evidente, invece, dove le assemblee non esistono e ciò che al principe piace diventa legge, l'approvazione di quelle scompare.

Altrove, non la sanzione del capo dello Stato, ma l'approvazione popolare occorre o può occorrere, o mercè il *referendum* o nella *Landsgemeinde*.

E per le ordinanze, che pure, come dicemmo, sono leggi, non esiste la necessità di approvazione delle Camere rappresentative.

La sanzione poi del capo dello Stato non manca solo negli Stati democratici puri, ma anche in governi rappresentativi ed in Stati autocratici. In Francia, per esempio, non si trova dal 1791 al 1814.

Così pure, infine, in molti Stati, la distinzione fra promulgazione e pubblicazione indarno si cer-

cherebbe. Anzi la distinzione stessa è, come vedremo, cosa affatto moderna.

Infatti ogni Stato ha, per l'esercizio della funzione legislativa, organi *ad hoc* e metodi speciali. Quali, nei singoli Stati, sieno questi organi, quali le loro ingerenze, quali in conseguenza gli stadii formali della legge, noi non possiamo dir quì, chè queste forme, questi metodi, queste regole, queste competenze, questi stadii, variando più o meno da Stato a Stato e, secondo la specialità delle leggi, perfino in uno Stato medesimo, son materia attinente allo studio che, per ciascuno Stato o almeno per ciascuna forma di governo, si faccia degli organi statuali, in relazione coi fini per cui sono costituiti e coi compiti loro assegnati, e non riguardano punto la funzione intrinsecamente considerata.

Noi, non gli atti formali e variabili, ma i momenti essenziali ed assoluti della legge, dobbiamo indagare.

§ 27. Quali sono adunque questi stadii essenziali della legge?

Perchè una legge esista occorre anzitutto ch'essa costituisca veramente una volontà dello Stato. Se tale non fosse, non sarebbe una legge, ma una volontà d'altre persone, fisiche o morali, cui si potrà anche dovere obbedienza, ma non per le ragioni per cui è dovuta allo Stato.

Occorre infatti, anzitutto, che la legge sia deliberata, da quegli organi e con quelle regole che, stabilite da leggi o da consuetudini, sono costituzionalmente necessari perchè un atto abbia valore di legge.

Ma non basta che lo Stato deliberi, perchè la legge esista. Occorre anche ch'esso manifesti questa sua deliberazione.

Se io voglio qualche cosa da un altro uomo, è necessario che questa cosa gliela dica. Così è necessario che faccia lo Stato.

Quanto ai rapporti esterni, abbiám visto che la stipulazione del trattato, che forma e determina la volontà, costituisce ad un tempo la sua manifestazione esterna, mentre, perchè la deliberazione di guerra abbia valore, è necessario che sia notificata dal rappresentante autorizzato di uno Stato a quello dell'altro, occorre cioè che si converta in dichiarazione.

Ci spiace di doverci ripetere; ma non possiamo evitarlo.

Anche nei rapporti interni, per produrre i loro effetti giuridici, leggi, trattati e deliberazioni di guerra devono essere resi pubblici.

Nelle persone fisiche, in cui il legame fra le parti dell'organismo è fisiologico, e queste non sono anch'esse persone, la deliberazione dello Stato, la volontà, per essere eseguita, non ha bisogno di manifestarsi nell'interno dell'organismo ed anzi si manifesta soltanto coll'atto esecutivo.

Invece nelle persone sociali ed in particolare nello Stato, in cui, sia quelli che deliberano, sia quelli che devono eseguire, sono uomini, le deliberazioni prese dagli organi, cui tale compito spetta, non possono essere eseguite, se comunque non vengono loro comunicate.

Come si può essere tenuti ad obbedirle, come si può essere dichiarati responsabili delle even-

tuali trasgressioni, se di esse non si conosce la esistenza?

La legge, in altre parole, dev' essere promulgata (1) come tale, ed è in seguito alla promulgazione ch'essa diventa obbligatoria. *Lex non obligat, nisi rite promulgata*. Anzi, se non è promulgata, non è legge, poichè elemento essenziale di questa è, come già dimostrammo, l'obbligatorietà.

Nella legge infatti si riscontrano, secondo noi, due soli stadii: la deliberazione e la promulgazione. Quella, cioè la dichiarazione del diritto, è il contenuto; questa ne è l'espressione, la manifestazione esterna.

Nel primo stadio si possono comprendere la proposta, la discussione e la sanzione; nel secondo si comprendono l'atto di promulgazione e la pubblicazione. E poichè si tratta di due stadii assoluti e necessari, qualunque possa essere l'organo che vi attende, e senza dei quali la legge non esiste, affermiamo che non solo il primo, ma anche il secondo, è pertinente alla funzione legislativa.

§ 28. La deliberazione è, adunque, il primo stadio della legge e in essa, abbiám detto, si possono comprendere la proposta, la discussione e la sanzione. Dobbiamo provarlo.

Veramente la prova sarebbe data dal fatto, cui abbiamo già alluso, e che nessuno vorrà negare, che in certe costituzioni nè la proposta, nè la discussione, nè la sanzione si trovano.

Ma gioverà ancora un'altra considerazione. Noi sappiamo che la legge è una volontà dello Stato,

(1) « *Promulgare, id est pro vulgare, ob vulgum ponere.* »

obbligatoria pei cittadini. Quindi, quando si parla di stadii della legge, si devono necessariamente intendere gli stadii che questa volontà, per esser tale, e per essere obbligatoria, deve percorrere. La deliberazione, costituente la volontà, cui manca ancora la obbligatorietà, è per certo uno stadio, il quale può suddividersi in un maggiore o minor numero di atti. Or bene, tutto ciò che concorre a formare, a determinare questa deliberazione, è un atto in essa incluso, è un mezzo, necessario o eventuale, per ottenerla. E poichè la proposta, la discussione e la sanzione sono tre atti, in astratto, non necessari, di essi dovrà dirsi che sono parte della deliberazione, che concorrono cioè a formarla, là dove la costituzione dello Stato li prescrive.

È inutile dire che cosa sieno la proposta e la discussione della legge: tutti lo sanno; chè, grazie a Dio, non è mica sempre necessario di dare, nelle nostre materie, alle parole, un significato diverso da quello comune.

Quanto alla sanzione, in origine era una formalità impostasi dall'imperatore romano, la cui autorità dava vita alla legge, per non emanare norme non riconosciute generalmente come giuste e necessarie (1).

Attualmente invece che cosa è, nei governi costituzionali?

(1) « Humanum esse probatum, dicevano gl'imperatori Teodosio e Valentiniano al Senato, si quid de cetero in publica privatave causa emerit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea, tam proceribus nostri palatii, quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari: et si universis, tam iudicibus, quam vobis placuerit, tunc

In Inghilterra la sanzione è data dal Re in Parlamento, o personalmente o a mezzo di uno speciale commissario, in fine di ogni sessione od anche, in caso d'urgenza, durante la sessione.

In Italia nè lo statuto nè alcun'altra legge dicono che cosa sia. Nell'art. 7 di quello sta scritto: « Il Re solo sanziona le leggi », null'altro; ma tutti sanno che la sanzione è, in fatto, l'approvazione che il Re dà, apponendovi la sua firma, certificata poi da quella dei ministri, alle leggi approvate dalle Camere. In altre parole essa è, adunque, l'approvazione di un organo ad un atto legislativo, già approvato da altri organi, la quale è necessaria a completare la deliberazione statutale (1).

Come si può adunque dire, se non partendo da un'idea molto confusa delle funzioni dello Stato, che la sanzione sia un atto non incluso nella deliberazione, ma successivo ad essa e inteso semplicemente a darle efficacia giuridica?

Dimostrato così (lo speriamo) che prima della promulgazione non v'ha che uno stadio della legge: la deliberazione, convien ora esaminare se questa possa a sua volta venir ripartita in qualche modo.

Ebbene, a noi pare che, in astratto, nessuna ripartizione sia possibile. Negli Stati autocratici, per

legata dictari; et sic ea denuo collectis omnibus recenseri; et cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur. Scitote igitur, patres conscripti, non aliter in posterum legem a nostra clementia promulgandam, nisi supradicta forma fuerit observata.» L. 8, Cod. *De legibus et constitutionibus*.

(1) Sulla sanzione si consulti l'ampio esame che ne fa il P a l m a. *Corso di dir. cost.* Vol. II, pag. 386 e seg.

esempio, nessuno saprebbe trovare un modo di ripartizione purchessia. E in quegli Stati dove occorrono atti diversi, e son molti talora, questi variano quasi sempre.

Se così è, a noi non spetta determinarli. Solo è necessario affermar qui che il consenso di quegli organi e il completo e perfetto concorso di quelle formalità, che sono in uno Stato richieste dalla rispettiva costituzione, costituiscono altrettanti requisiti essenziali alla esistenza della deliberazione.

Ci spiegheremo con qualche esempio.

Negli Stati sardi, dove il codice albertino esige, per la validità delle deliberazioni del capo dello Stato, le *interinzioni* dei Senati e della Corte dei conti (1), gli atti emanati dal Re, che mancavano di questa formalità, non avevano valore.

Così se, in uno Stato, per la riforma di una legge, occorre l'approvazione di un organo speciale, mettiamo di una Costituente, gli altri organi non hanno facoltà di mutarla, e quindi le modificazioni da essi apportatevi non costituiscono una volontà statale.

E là dove il capo dello Stato non può emanare regolamenti in opposizione alle leggi, e tuttavia ne emana uno, quest'uno sarà una pretesa di chi lo ha firmato, ma non un atto cui, dopo promulgato, sia dovuta obbedienza.

L'art. 5 del nostro Statuto determina che i trattati importanti un onere alle finanze o una variazione al territorio dello Stato non abbiano effetto se non dopo ottenuto l'assenso delle due Camere.

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 180.

L'art. 48 dichiara illegale la riunione delle Camere, fuori del periodo delle sessioni. L'art. 54 prescrive che le deliberazioni delle Camere, per esser valide, devano aver ottenuta la maggioranza assoluta dei voti. L'art. 67 vuole la controfirma di un ministro e l'art. 2 della legge 23 giugno 1854 esige anche il visto del guardasigilli. L'art. 13 della legge 14 agosto 1862, a sua volta, domanda, per la validità di un decreto, il visto della Corte dei conti.

Ebbene, l'atto cui mancasse taluna delle deliberazioni o delle formalità su indicate non sarebbe valido, non sarebbe una deliberazione dello Stato. Nè lo sarà l'atto emanato dagli organi esecutivi, per delegazione di quelli legislativi, se eccederà i limiti fissati dal mandato.

Infatti, poichè la deliberazione dello Stato deve risultare dal complesso delle regolari deliberazioni dei singoli organi all'uopo assegnati, quando queste mancano o sono difettose, la deliberazione dello Stato non esiste.

È dibattuta la questione se un atto promulgato come legge, ma pel quale si possa provare che la deliberazione fu irregolare, deva essere eseguito, se in altre parole esso abbia valore di legge.

Per noi, la risposta non è dubbia. Rispondiamo cioè che quell'atto non è valido. Non tutti però la pensano così. Ma noi non possiamo studiare l'argomento, poichè esso riguarda soprattutto le funzioni d'esecuzione. Solo crediamo di poter affermare, senza temere smentita, che, dal punto di vista della funzione legislativa, non si può dare una risposta diversa dalla nostra. La deliberazione esiste quando si riscontrano in essa quelle determinate condizioni,

e perciò, quando queste mancano, essa non esiste. È un sillogismo che anche i bambini delle elementari comprenderebbero (1).

Che se l'acquiescenza degli organi, che dovevano deliberare e non deliberarono, può convalidare una deliberazione qualsiasi, ciò costituisce la riprova del nostro asserto; chè non si convalida ciò che già è valido.

§ 29. Abbiám visto che si distingue generalmente la pubblicazione dalla promulgazione. Anzi, a dimostrare la intrinseca differenza di questi due stadii della legge, si dice che dalla prima è data alla legge la forza esecutiva, e che soltanto la seconda la rende obbligatoria.

Noi abbiamo invece affermato che il secondo ed ultimo stadio è la promulgazione, e che questa comprende sia l'atto di promulgazione sia la pubblicazione.

Una volta i due termini di promulgazione e di pubblicazione si equivalevano, e si equivalgono ancora in molti Stati. La distinzione, come abbiamo già detto, è recente. Essa apparve per la prima volta in Francia nel decreto 9 novembre 1789 dell'assemblea costituente, il quale intese per promulgazione l'atto solenne con cui il capo dello Stato attesta l'esistenza della legge ed ordina a chi di ragione di osservarla e farla eseguire, e per pubblicazione la materialità della diffusione.

Questa distinzione è rimasta nelle costituzioni 20 agosto 1795 e 13 dicembre 1799. Attualmente esiste,

(1) Sull'argomento si consulti l'interessante studio dell'ANNI. *Il potere legislativo e la promulgazione delle leggi*. Nella *Riv. ital. per le scienze giur.* Vol. X, fasc. I.

pure in Francia, per l'art. 1° del codice civile, e in Italia, per l'art. 1° della legge 23 giugno 1854 regolante l'attuazione dell'art. 7 dello statuto, il quale affida al Re la promulgazione delle leggi. Vigè pure, generalmente, in tutti quegli Stati che ispirarono le relative disposizioni al codice civile francese (1).

Noi la crediamo assolutamente sbagliata.

Se io desidero avere una conferenza con voi, o vi parlo o vi scrivo. Il mio discorso o la mia lettera vi rende manifesta, d'un tratto, la mia volontà. L'espressione del mio desiderio si compie infatti in un solo momento e con un solo atto.

Ma se, invece di chiedere una conferenza a voi solo, devo convocare più persone, io posso seguire due vie. Io posso cioè invitarvi personalmente tutti, girando di casa in casa o scrivendo altrettante lettere quanti voi siete; ma è un metodo che, se le persone da convocare fossero molte, certamente non mi consigliereste. L'altra via che posso seguire è di formulare l'invito, mandandolo poi ad un giornale perchè lo inserisca o facendolo stampare in forma d'avviso o di circolare, da affiggersi per le strade o da recapitarsi a casa di ciascuno, seppure non preferisco servirmi di tutti questi mezzi di diffusione ad un tempo.

Nel caso ch'io segua la prima via, avremo parecchi atti d'invito; nel secondo caso avremo invece una sola formola d'invito, susseguita dalla materiale diffusione: formola e diffusione saranno tenute distinte. Però nè l'una nè l'altra di esse costituirà

(1) Toullier. *Op. cit.* Vol. I, n. 61 — Bianchi. *Op. cit.*, pag. 176-77.

l'invito; ma ambedue concorreranno a formarlo, ne costituiranno gli elementi essenziali.

È ciò che avviene appunto per la promulgazione delle leggi. L'organo autorizzato ad esprimere la volontà dello Stato, non potendo personalmente parlare o scrivere a tutti i cittadini, promulga la legge, redigendone l'atto relativo; ma perchè la promulgazione in potenza si converta in atto e raggiunga i suoi effetti, conviene che, o colla stampa o con qualunque altro mezzo *ad hoc*, la legge sia diffusa e portata a conoscenza di tutti.

Redazione dell'atto di promulgazione e diffusione materiale sono adunque i due momenti della promulgazione. La promulgazione non esiste realmente, non è completa, se questa materialità della diffusione manca.

Se fosse vero che la promulgazione finisse colla firma dell'atto, ne verrebbe questa conseguenza strana: che la legge sarebbe obbligatoria, non già perchè gli organi competenti dello Stato l'hanno deliberata e promulgata, ma perchè dei banditori l'hanno gridata o dei tipografi l'hanno stampata e dei facchini di tipografia l'hanno affissa!

Ma l'errore comune si fa ancora più manifesto, quando si ponga mente alle difficoltà che incontrò la distinzione di cui parliamo, per essere accolta dalla scienza, e alle incertezze continue degli scrittori e dei legislatori.

Perfino gli autori del codice Napoleone oscillarono. Il Portalis, ad esempio, dopo aver detto, in una seduta del Consiglio di Stato: «La promulgazione completa il carattere della legge: la pubblicazione è la conseguenza della promulgazione, e ha

per oggetto di far conoscere la legge », in un discorso al Corpo legislativo, durante la seconda esposizione dei motivi del codice, confonde ancora l'una coll'altra (1). Lo stesso è a dire di alcuni eminenti commentatori, come Duranton e Delvincourt. Ma un esempio forse ancora più espressivo lo troviamo in un insigne civilista italiano, il Bellavite, lodato soprattutto per la precisione e per la chiarezza delle idee. Ebbene egli, nel 1873, cioè dopo qualche anno da che insegnava agli studenti di Padova il codice italiano, scriveva che la così detta *promulgatio legis* è la confezione di norme generalmente obbligatorie (2).

Nè solo in teoria, ma anche in pratica, la distinzione stenta a prevalere. Il Saredo, per farne censura ai legislatori, cita non pochi esempi.

Apriamo a caso, egli dice, le raccolte delle leggi a due periodi distinti. Ecco due leggi della stessa data (17 giugno 1860), contrassegnate dallo stesso ministro di grazia e giustizia (G. B. Cassinis), portanti due numeri successivi dell'antica raccolta (4130 e 4131). L'una dice: « La presente legge avrà vigore immediatamente il giorno successivo alla sua pubblicazione (art. 2) », e l'altra: « La presente legge

(1) *Discours de Portalis etc. dans la séance du Corps législatif du 27 frimaire an X. Second exposé des motifs.* — Locré. *Législat. civ., crim. et comm. de la France.* Vol. I. Paris, 1827; pag. 390. — Cf. anche Saredo. *Tratt. delle leggi.* Vol. I, pag. 168-69.

(2) Bellavite. *Riproduz. delle note già litograf. di diritto civile ecc.*, pag. 16. — Testualmente egli dice: « Esposto l'attuale diritto pubblico italiano, intorno a quanto si richiede alla confezione di norme generalmente obbligatorie, alla così detta *promulgatio legis*, intratteniamoci della sua pubblicazione ed attuazione. »

avrà vigore il giorno immediatamente successivo alla sua *promulgazione* (art. 2).»

Veniamo a tempi più recenti. La legge 20 marzo 1865 allegato A, sull'amministrazione comunale e provinciale, adopera confusamente e nel medesimo senso i vocaboli *promulgazione* e *pubblicazione* (art. 237, 238). La legge della stessa data, allegato B, sulla pubblica sicurezza, dichiara che « cessano colla *promulgazione* della presente legge di aver vigore tutti i testi di legge ecc. (art. 122) », il che non è esatto, soggiunge il Saredo, « perchè una legge rimane in vigore finchè la legge che l'abroga sia non solo *promulgata*, ma *pubblicata*: e non solo *pubblicata*, ma sia giunto il giorno in cui entra in vigore (1). »

Gli è, fu detto, che questi autori e legislatori non hanno bene afferrata la distinzione. Gli è invece, diciamo noi, che non potevano afferrare una idea inafferrabile.

Che se Zachariae, Toullier, Artz, Demolombe, Laurent, Aubry e Rau, Pacifici Mazzoni, Bianchi, Saredo, Fiore, Landucci e cento altri, ch'è superfluo citare, insegnano che la pubblicazione è distinta dalla promulgazione, invece di esservi compresa, ciò prova semplicemente che, con quella fedeltà che pei commentatori è doverosa, essi seguono ed accettano la distinzione fatta dal legislatore.

Ma, se ben si osserva, si vede che effettivamente essi non spiegano e non chiariscono nulla.

•Parecchi autori, per stabilire con precisione la differenza, riportano le seguenti parole dello Za-

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 186.

chariae: « I precetti giuridici ai quali il potere legislativo imprime il carattere di leggi, non sono punto esecutivi per sè medesimi; ma lo divengono in virtù della promulgazione, vale a dire di un ordine di esecuzione emanato dal capo dello Stato, nel quale risiede il potere esecutivo. Ma un ordine non può obbligare finchè non è conosciuto, o non è riputato tale, nè le leggi stesse sono obbligatorie se non dopo che la promulgazione è stata manifestata da qualche atto di pubblicazione da cui risulti la prova o almeno la presunzione della sua pubblicità (1). »

Or bene, cosa riescono a spiegare e chiarire queste parole? Riescono a chiarire soltanto gli effetti diversi che, secondo l'autore, conseguono dall'atto di promulgazione e dalla pubblicazione; ma non dimostrano affatto che questa sia una cosa distinta dalla promulgazione. Anzi dimostrano proprio l'opposto; imperocchè il dire che gli atti di pubblicazione manifestano la promulgazione è dire precisamente ciò che noi affermiamo, che la pubblicazione cioè completa, integra la promulgazione e quindi è parte di essa.

Vero è che non sempre i due atti distinti appaiono nettamente. Talora, come vedremo, manca in modo assoluto la materialità della pubblicazione. Talora invece manca un atto distinto di promulgazione. Però, come pure vedremo, se la pubblicazione materiale può veramente mancare, invece non può essere reale ma soltanto apparente la mancanza

(1) Zachariae. *Cours de droit civil français*, § 26. — Aubry e Rau che, come si sa, l'hanno ampliato e rifiuto, in questo caso riproducono testualmente, o quasi, le parole ora ricordate (§ 26).

dell'atto di promulgazione. Altra prova, anche questa, della verità del nostro asserto, che quella non è uno stadio distinto della legge.

§ 30. Che cos'è adunque, concretamente, l'atto di promulgazione?

Esaminiamo la formula dell'atto stesso, come sta scritta nell'art. 1° della legge 23 giugno 1854. Ne abbiamo vedute parecchie, e ci siamo persuasi che nessuna contiene cose diverse. Certo essa è una delle più diffuse e comprensive. Eccola:

« Il nome del Re ecc.

« Il Senato e la Camera dei deputati hanno approvato, Noi abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:

« *Testo della legge.*

« Ordiniamo che la presente, munita del sigillo dello Stato, sia inserita nella *Raccolta* ecc., mandando a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato. » (1)

Se non erriamo, gli elementi di cui si compone, sono i seguenti: la constatazione dell'esistenza della deliberazione (approvazione delle Camere e sanzione del Re), la dichiarazione di promulgazione (*e promulghiamo quanto segue*), il testo della legge, l'ordine d'inserzione, l'ordine di osservare e far osservare.

(1) La formola dell'atto di promulgazione in Francia, per l'art. 1 della legge 6 aprile 1876, è così concepita:

« Il Senato e la Camera dei deputati hanno adottato,

« Il Presidente della Repubblica promulga la legge, di cui segue il tenore:

« *Testo della legge.*

« La presente legge, deliberata e adottata dal Senato e dalla Camera dei deputati, sarà eseguita come legge dello Stato. »

Or bene, a noi pare che quanto segue il testo della legge (cioè l'ordine d'inserzione e quello di osservanza), non costituisca l'essenza della formola, ma ne sia puramente l'effetto. « Poichè abbiamo deliberata e con quest'atto promulghiamo la legge, la si inserisca ed osservi. »

Ciò risponde, del resto, anche alla logica delle cose.

Infatti, dal punto di vista esclusivo della funzione statale, l'ordine di pubblicare non si può concepire. È lo Stato che promulga, è lo Stato che inserisce nel *Bollettino delle leggi*. L'ordine d'inserzione sarebbe adunque un ordine che l'organismo darebbe a sè stesso. Ma poichè ciò non può essere, ne viene che l'ordine stesso non è un ordine dello Stato, ma è l'ordine di un organo dello stesso ai suoi agenti subordinati, un ordine cioè affatto estraneo alla funzione legislativa. È incluso nell'atto di promulgazione per comodità, ma potrebbe anche venire trasmesso con una nota d'ufficio.

Quanto all'ordine di osservare e far osservare la legge, è addirittura superfluo. E invero non è il comando che dia autorità alla legge, ma è la legge che costituisce il comando. Onde i cittadini sono tenuti ad obbedirla unicamente perchè esiste, non perchè di eseguirla ne sia dato loro un ordine speciale. Sopprimansi pure quelle parole: « mandando a chiunque spetti di osservarla e farla osservare », e la legge, fatta manifesta, sarà obbligatoria egualmente. Tutt'al più si può richiedere che una legge qualunque fissi, per tutte le leggi, il principio della obbligatorietà. Questo principio difatti lo fissa l'art. 1°

delle disposizioni premesse al nostro codice civile; lo fissano pure le altre legislazioni.

Che se, per avventura, fissato non fosse, perciò non cesserebbe d'essere un principio giuridico da tutti ammesso, anche da quelli che contravvengono alle leggi.

La legge belga del 28 febbraio 1845 esclude dalla formula di promulgazione l'ordine d'esecuzione. Essendosi mosso lamento di ciò, nella Camera, durante la discussione del relativo progetto, il ministro di giustizia rispose: « Dovendo una legge essere eseguita per ciò solo che esiste, purchè sia stata promulgata e pubblicata, è dunque inutile ordinare una esecuzione che è di diritto ». Alla quale opinione si associarono il Laurent e il nostro Pacifici Mazzoni, affermando che « quest'ordine è superfluo, in quanto che ogni legge promulgata e pubblicata dev' essere eseguita, solo perchè esiste nelle condizioni necessarie per esserne obbligatoria per tutti l'osservanza. »

Ma, risponde il Bianchi, così si sposta la questione. Non si tratta già di considerare se, data la promulgazione e la pubblicazione, si deva dare anche l'ordine di esecuzione; si tratta invece di esaminare se nella promulgazione deva includersi anche quell'ordine. D'accordo. Ma, ammesso che la formula di promulgazione esiste anche indipendentemente dall'essere in essa compreso quell'ordine, la questione si riduce a ciò: È bene o male che tale ordine vi sia compreso?

È una questione adunque di puro apprezzamento, e nei singoli Stati si può risolverla come si

crede meglio. Però, in massima, ciò ch'è superfluo non si può dire opportuno.

E che quell'ordine sia superfluo l'abbiam già dimostrato e riesce a dimostrarlo anche il Bianchi, coll'argomento stesso che adduce per provarne invece la necessità: « Il potere legislativo, egli dice, essendo distinto dall'esecutivo, i precetti emanati dal primo, quantunque aventi una perfetta esistenza giuridica, abbisognano ancora dell'altro potere per essere resi esecutori. » D'onde risulta che il potere legislativo delibera e l'esecutivo ordina. Ma allora qual'è il potere ch' esegue? Oppure si verifica lo strano fenomeno che il potere esecutivo ordini a sè stesso di eseguire?

Che la teoria della cosiddetta divisione dei poteri, come fu concepita da Montesquieu, sia errata, la moderna dottrina costituzionale ha sicuramente dimostrato; ma forse a tale dimostrazione giova più di tutto il rilevare le conseguenze assurde che logicamente da quella teoria derivano. L'illustre Bianchi ci perdoni l'appunto (1).

Esclusi adunque gli ordini di pubblicazione e di esecuzione, cosa resta della formula della promulgazione, che ne costituisca l'essenza?

Il testo solo della legge no, poichè è appunto per esso che si fa la promulgazione; la constatazione della esistenza della deliberazione, nemmeno,

(1) Bianchi. *Op. cit.*, pag. 172-73. — Pacifici Mazzoni. *Op. cit.* III ed. Vol. I, n. 12. — Le parole del ministro di giustizia belga son riprodotte dal Laurent. *Op. cit.* Vol. I, n. 15. — L'Armanni (*loco citato*) giustamente osserva che il Re o Presidente promulga le leggi non già come capo del potere esecutivo, ma come capo dello Stato.

chè è in seguito ad essa e per ragione di essa che la promulgazione si fa: le parole della nostra formula lo dicono chiaramente.

L'essenza adunque di essa sta tutta nell'espressione: *e promulghiamo quanto segue*, collegata al testo della legge.

La conclusione perciò di un così lungo discorso è questa: atto di promulgazione significa... atto di promulgazione, nè più nè meno. I legislatori non dicono di più e ci pare non abbiano torto. Forse che dovrebbero dirci che cos'è la proposta o l'approvazione delle leggi? Essi si limitano a dire da chi e come una legge possa proporsi, e a quali condizioni possa dirsi approvata dalle Camere. Così devono dirci come si formola ed attua la promulgazione, non già che cosa essa sia. Chi non sa, pare ci dicano, il significato delle parole, cerchi ne' dizionarii. E i dizionarii affermano che per atto di promulgazione s'intende l'atto con cui si pubblica la legge, per renderla obbligatoria.

Senonchè, come abbiám visto, non sempre l'atto di promulgazione è apparente. Esso può essere incluso nell'ultimo atto deliberativo. In tal caso non è apparente che l'atto della pubblicazione materiale, la quale assume da sola il nome di promulgazione.

Così nel diritto romano e in quello intermedio; così in Francia, secondo la legge 4 dicembre 1793 e l'ordinanza 27 novembre 1816; così nei varii Stati italiani, prima della formazione del Regno nostro, fatta eccezione, dal 1854 in poi, negli Stati sardi; così in Austria, secondo quel codice civile (art. 2 e 3); così attualmente negli Stati autocratici, per tutte le leggi, ed anche negli Stati liberi, per

le ordinanze, le quali emanano dallo stesso capo dello Stato, cui spetta promulgare le leggi (1).

Ciò determinava anche il libro preliminare del codice francese proposto dalla commissione presieduta dal Tronchet. Esso difatti non parlava di promulgazione, ma solo di pubblicazione (*Tit. III*).

Si dovrebbe forse dedurne che, in tali casi, esista soltanto la materialità della pubblicazione e che, in conseguenza, ad essa sola sia giusto attribuire il nome di promulgazione?

Forse che, in un modo o in un altro, con un atto compreso in altro precedente o con un atto separato, l'affermazione solenne dell'esistenza della legge non fu fatta?

Quando, nell'impero romano, l'imperatore inviava i rescritti ai giudici e le costituzioni al Senato, perchè questi a sua volta le trasmettesse ai giudici e le facesse incidere, che cosa faceva mai se non un atto di promulgazione?

E gli editti, le lettere patenti, i viglietti con cui in passato i sovrani proclamavano la loro volontà, che cosa erano essi eziandio, se non atti di promulgazione?

Ma veniamo a tempi più recenti.

Nell'art. 1° del codice francese è detto: « Le leggi sono dirette alle autorità che hanno l'incarico di farle eseguire o di applicarle. » L'atto con cui le leggi venivano dirette alle autorità era forse un atto deliberativo? O non era piuttosto un atto successivo alla deliberazione e relativo alla promulgazione, non era anzi l'atto stesso di promulgazione?

(1) Cf. Merlin. *Rép.*, voce *Lois*, § 4, n. 1.

Infatti, lo ripetiamo ancora una volta, non è all'atto formale e contingente, ma al momento essenziale ed assoluto della legge, che si deve avere riguardo. Gli atti e le forme mutano per volontà nostra; ma la essenza delle cose non muta. L'atto di promulgazione, quantunque non fatto in modo solenne e distinto, quantunque non apparente, è sempre un elemento costitutivo della promulgazione.

§ 31. La pubblicazione ha per suo fine di far conoscere materialmente la legge ai cittadini. « *Leges sacratissimae, dicevano gl' imperatori Valentiniano e Marziano, quae costringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa lectentur.* » (1)

Veramente, qualunque mezzo s'adoperi, un tal fine non può, pur troppo, raggiungersi in modo assoluto. Vi saranno sempre dei cittadini, il maggior numero anzi, che non avranno mai notizia della legge. Ma se è irrealizzabile il *desideratum* della pubblicazione, realizzabile è invece che lo Stato, adoperando tutti i mezzi più appropriati al fine, dia alla sua legge tale pubblicità da renderne agevole o, per lo meno, possibile la cognizione a tutti, in modo da poter dire che, se non la conoscono, avrebbero potuto conoscerla. Infatti, non la sicurezza della cognizione, ma la presunzione della possibile cognizione della legge, è ciò che praticamente si dee richiedere alla pubblicazione.

Pochi sono i paesi in cui questa necessità della pubblicazione non sia riconosciuta. Così in Inghil-

(1) Nov. 2, 32, 48.

terra, dove la dichiarazione della regia sanzione in Parlamento rende, senz'altro, obbligatoria la legge, reputandosi che tutti i cittadini, col mezzo dei loro rappresentanti, abbiano partecipato alla formazione di essa (1). Anche negli Stati Uniti la pubblicazione non è necessaria (2).

I metodi adoperati variano da epoca ad epoca e, nelle particolarità, da luogo a luogo.

Negli antichi tempi il mezzo generalmente adottato era l'affissione del testo scritto.

In Grecia le leggi s'incidevano su tavole di pietra, di quercia, di rame, e venivano affisse su delle colonne in pubblico. Abbiamo già veduto che le tavole soloniche furono collocate nel portico regio.

Anche a Roma la legge, incisa su tavole di

(1) Il Blackstone dice: « Benchè fosse necessario, in diritto romano, di promulgare formalmente gli editti degli imperatori, non è lo stesso per le leggi inglesi, perchè ogni uomo, in Inghilterra, partecipa alla confezione di un atto del Parlamento, trovandosi presente col mezzo dei suoi rappresentanti. »

L'Heilò scrive un paragrafo del suo trattato per dimostrare la falsità di questa teoria. *Op. cit.*, pag. 426 e seg.

(2) Cf. Mohl. *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*. Freiburg und Tübingen, 1862. Vol. II, pag. 602. — Bluntschli. *Doltr. gen. dello Stato*, pag. 482. — Il Brunialti però giustamente avverte, per l'Inghilterra, che « come una volta gli statuti promulgati nella sessione venivano mandati agli sceriffi delle contee, così oggi si stampano e si diffondono nel paese. Ed a farli conoscere provvede largamente la stampa, la quale, col sussidio della diffusa istruzione e di una vita politica attiva ed intensa, lascia ignorare nel fatto a ben pochi anche le leggi meno importanti. » (*La legge nello Stato mod.*, pag. 219). Le medesime cose si possono riferire anche agli Stati Uniti.

quercia o di rame (1), veniva affissa in luogo pubblico. Ed abbiamo già visto che l'editto pretorio doveva essere esposto *in albo* (2). Di quà, certamente, le parole che ancora s'adoperano: *albo pretorio*, albo del pretore. Sarebbe agevole citare, a decine, gli scrittori romani, giureconsulti, storici e letterati, che ricordano questo modo di pubblicazione (3).

Anche nel regno d'Israele pare fosse in uso un tal metodo (4).

Nel medio evo, invece, ed in particolare nei comuni italiani, la pubblicazione avveniva a mezzo di pubblici banditori: d'onde il nome di *bando*, rimasto ancora, quantunque con altro significato, e quello di *grida*, adoperato fino al secolo scorso in un senso più esteso (5).

(1) Le dodici tavole furono appunto pubblicate così, ed anzi anch'esse, come quelle soloniche, furono chiamate tavole dal modo di pubblicazione (L. 4, D. *De orig. jur.* I, 2). Non si sa se fossero incise in legno, in avorio o in rame. P o m p o n i o, per es., nel fr. 2 § 4. D. I, 2, dice: «legibus, quas in tabulas eboreas (altri legge *roboreas*) perscriptas pro rostris composuerunt.» Tito Livio (III, 57) dice invece: «in aes incisas in publico proposuerunt.»

(2) «Gli editti di regola venivano esposti nel *forum*, in tavole bianche di legno (*album*): si scrivevano in nero ed i titoli in rosso (*rubricae*); si esponevano a conveniente altezza, onde ognuno potesse leggerli (*unde de plano recte legi possint*).» — L a n d u c c i. *Storia del dir. rom.* Vol. I, pag. 87.

(3) Sotto certi imperatori anche il principio della pubblicità della legge fu posto in dilleggio. Caligola, per esempio, fece scrivere una legge in caratteri così minuti e la fece affiggere ad una tale altezza, che nessuno poteva leggerla. Quanti altri governi, esclama l' H e l l o, non imitarono Caligola! (*Op. cit.*, pag. 295).

(4) *Esodo*. XXIV, 12 — *Deuteronomio*. VI, 1, 6, 9.

(5) Nel S a r e d o. *Tratt. delle leggi* (pag. 174 e seg.) si trova un esteso e interessante, quantunque non completo, esame delle legislazioni antiche sull'argomento.

In Francia, sotto l'antico regime, la pubblicazione si faceva, quasi, in famiglia, leggendo le leggi all'udienza delle Corti e, più tardi, quando i Parlamenti si attribuirono il diritto di registrarle, colla trascrizione nei registri dei Parlamenti stessi (1).

Dopo la rivoluzione, pel decreto 9 novembre 1789 della Costituente, la pubblicazione mantenne in parte lo stesso carattere: consisteva cioè nella trascrizione sui registri dei tribunali, dei corpi amministrativi e dei municipii. Ma si aggiunsero la lettura e l'affissione nelle residenze rispettive.

La legge 2 novembre 1790 moltiplicò le formalità necessarie. Esemplari autentici di ciascuna legge dovevano essere spediti ad ogni amministrazione dipartimentale e da questa alle subordinate amministrazioni di distretto. Tutte queste amministrazioni dovevano trascrivere le leggi sui loro registri, depositarle nei loro archivii ed inviarne esemplari stampati e certificati conformi ai municipii, i quali dovevano a lor volta stendere sui loro registri un processo verbale di ricevimento. Le leggi dovevano inoltre essere affisse, a cura delle amministrazioni di dipartimento e di distretto, nelle municipalità di loro residenza, e lette pubblicamente nei comuni di campagna all'uscita dalla messa parroc-

Per esempio, egli non ricorda il sistema che, fino al 1423, era in vigore a Venezia, per molte *parti* del maggior Consiglio, di pubblicarle *in aringa al popolo*. In quell'anno, con parte del 6 aprile, tale pubblicazione fu proibita, ordinandosi che non si dovesse più oltre chiamare il popolo *all'aringa*, se non quando era da pubblicare l'elezione del nuovo doge nella chiesa di S. Marco. Dopo di allora, che noi sappiamo, una sola parte fu pubblicata *in aringa*, quella del 6 ottobre 1564, che accettava il Concilio di Trento.

(1) T o u l l i e r. *Op. cit.* Vol. I, n. 6.

chiale. Non basta: il ministro di giustizia doveva inviare direttamente un esemplare autenticato della legge ai singoli commissarii presso i tribunali di distretto, ai quali era fatto obbligo di presentarle, entro tre giorni, ai tribunali stessi, i quali dovevano, negli otto giorni successivi, trascriverle, leggerle all'udienza ed affiggerle.

La legge 4 dicembre 1793, di tutti questi mezzi accumulati da quella del 1790, sopprime la registrazione e l'affissione, e fondò invece il *Bollettino delle leggi*, la inserzione nel quale doveva ritenersi costituire la notificazione della legge alle autorità. Inoltre, nel decimo giorno di ciascuna decade, raccolti i cittadini in un luogo pubblico, a suon di tromba o di tamburo, il *maire*, od altro ufficiale per lui, doveva leggere le leggi emanate in quel periodo.

La legge 4 ottobre 1795 sopprime tromba, tamburo e pubblica lettura, ritenendo sufficiente la stampa nel *Bollettino ufficiale*.

All'attivazione del codice civile la necessità della materiale pubblicazione scomparve. Difatti quel codice non ne parla; ma effettivamente le leggi venivano inserite nel *Bollettino ufficiale* ed inviate ai dipartimenti, onde, sebbene quest'atto non costituisse un elemento necessario, influente sulla obbligatorietà delle leggi, tuttavia lo scopo era egualmente raggiunto.

Nel periodo della restaurazione, per una ordinanza reale del 27 novembre 1816 (art. 1) la inserzione nel *Bollettino ufficiale* ridiventò obbligatoria ed essa fu ritenuta l'unica formalità necessaria a render nota la legge.

Così in seguito ed anche attualmente. Però, anzichè nel *Bollettino*, le leggi e i decreti, per l'art. 1 del decreto 5 novembre 1870, devono essere inseriti nel *Giornale ufficiale della Repubblica*.

La legge belga del 28 febbraio 1845 fece pure consistere la pubblicazione nella inserzione nel *Moniteur*.

Il codice civile austriaco non contiene alcuna disposizione riguardo alla pubblicazione. Sola la sovrana patente del 4 marzo 1849 determina che la pubblicazione deva consistere nella inserzione della legge sul *Bollettino ufficiale* di ciascuna provincia (§§ 4 e 5).

Così pure della pubblicazione non parla il codice delle Due Sicilie.

Per il codice parmense la pubblicazione si doveva fare in un medesimo giorno, a mezzo di pubblici banditori, previo suono di tromba, sulla piazza principale di ciascun capoluogo dei ducati: alla lettura doveva seguire l'immediata affissione a stampa. I pubblici banditori poi dovevano attestare la fatta pubblicazione a tergo dell'esemplare letto al popolo, segnandone il giorno e l'ora ed apponendovi la propria firma. L'esemplare, così attergato, e depositato negli ufficii de' rispettivi governatori, pro-governatori e delegati, in cui doveva essere custodito, faceva prova della pubblicazione (art. 1, 2, 3).

Invece per il decreto 9 marzo 1854, che modificò in questa parte il codice, la pubblicazione a mezzo di pubblico banditore sulla piazza pubblica, premesso il suono di tromba, doveva effettuarsi soltanto a Parma, ed era seguita dall'immediata affis-

sione a stampa; in tutti gli altri comuni si faceva la sola affissione (art. 1, 2, 3).

In Piemonte, pel codice albertino, le leggi, registrate dai Senati o dalla r. Camera dei conti, secondo i casi, venivano affisse in ciascun capoluogo comunale « a diligenza degli intendenti delle Provincie. » (art. 8)

Lo stesso sistema era seguito nel ducato di Modena, in base ad un regolamento speciale, cui il codice estense si rimetteva per le modalità della pubblicazione.

Le disposizioni predette furono poi innovate in Piemonte dalla più volte citata legge del 23 giugno 1854, la quale fece consistere la pubblicazione nella inserzione delle leggi e dei decreti nella *Raccolta degli atti del Governo*. Il guardasigilli però era obbligato a darne avviso nel *Giornale ufficiale del Regno*.

Il nostro codice civile (art. 1 delle disposizioni preliminari), pur appropriandosi queste disposizioni, le modificò peraltro in modo da far consistere la pubblicazione non solo « nella inserzione della legge nella *Raccolta ufficiale* delle leggi e decreti (1) », ma anche « nell'annunzio di tale inserzione nella *Gazzetta ufficiale* del Regno », annuncio costituente per tal modo un elemento essenziale della pubblicazione stessa (2).

(1) Secondo l'art. 1° della già citata legge del 23 giugno 1854, la inserzione doveva farsi nella *Raccolta degli atti del Governo*; ma, per decreto 21 aprile 1861, fu istituita la *Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno*, in cui le leggi devono essere pubblicate attualmente.

(2) L'art. 5 della legge 23 giugno 1854 determina le modalità relative. E l'art. 4 aggiunge un altro mezzo di pubblicazione, che

Nulla il nostro codice, nè alcuna legge speciale, determina per la pubblicazione delle leggi all'estero. Onde il Saredo propone che devasi equiparare alla pubblicazione l'arrivo della *Raccolta ufficiale delle leggi* agli agenti diplomatici e consolari (1). In mancanza di meglio, la giurisprudenza potrebbe accogliere questa proposta. E diciamo: in mancanza di meglio, perchè... Avremmo veramente molte, troppe cose da dire; e siccome il troppo non

giovava a dare maggiore notorietà alla legge; ma questo mezzo non è da confondersi colla pubblicazione ufficiale, che sola obbliga i cittadini. Il Governo, secondo questo articolo, deve procurare che in tutti i comuni si affigga un esemplare di ciascuna legge.

In casi speciali furono anche ordinati degli altri mezzi di pubblicità. Per esempio i decreti che promulgano i codici civile, di procedura civile, di commercio, di marina mercantile e di procedura penale, stabiliscono che si deva eseguirne la pubblicazione, col trasmetterne un esemplare stampato a ciascuno dei comuni del Regno, per essere depositato nella sala del Consiglio comunale, e tenuto ivi esposto durante un mese successivo, per 6 ore in ciascun giorno, affinchè ognuno possa prenderne cognizione. » (Cf. S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 185).

Giova infine avvertire che i decreti e i regolamenti necessari per la pubblicazione delle leggi, e che interessano la generalità dello Stato, devono essere pubblicati allo stesso modo delle leggi (Legge 23 giugno 1854, art. 6), mentre i decreti non interessanti tutto lo Stato devono pubblicarsi solo per estratto, e perfino non pubblicarsi, qualora la loro pubblicità possa recare nocimento a interessi privati (art. 7).

Disposizioni speciali non esistono per i trattati interstatuali; ma poichè, per i diritti che ne derivano, essi hanno, come abbiamo visto, la stessa autorità delle leggi, la scienza è concorde nell'equipararli per tale rispetto ad esse. In questo senso si è anche pronunciata la giurisprudenza (Cass. di Firenze, 7 aprile 1869, causa *Dubosch-Sanna*).

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*, pag. 196 e seg.

si può dire in poco, è forse più opportuno passare ad un altro argomento (1).

§ 32. La pubblicazione della legge non è sufficiente a darle notorietà. Essa è il mezzo che conduce a questo fine; però vi conduce, non nel momento stesso in cui la pubblicazione avviene, ma dopo un certo tempo.

Di quà la massima generalmente ammessa nei tempi moderni, che la legge non sia obbligatoria che dopo un periodo più o meno lungo dalla pubblicazione.

Così non era a Roma e in genere nelle antiche legislazioni. Ivi difatti era regola che le leggi acquistassero forza obbligatoria colla pubblicazione stessa (2). Solo per eccezione veniva talora fissato un termine. Così, ad es., Giustiniano prescrisse che una sua legge sui testamenti fosse obbligatoria dopo due mesi (3).

La obbligatorietà immediata della legge fu ammessa spesso eziandio ne' tempi moderni: in Francia, per esempio, pel decreto 9 novembre 1789 e per le leggi 4 dicembre 1793 e 4 ottobre 1795.

(1) Sulla pubblicazione delle leggi si può consultare *Saint Prix. Recherches sur les différents modes de publication des lois.* Paris, 1809.

(2) Legge 65 C. *De decur.*: «..... ex die quo promulgata est suas vires obtinent; cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.»

(3) Nov. LXVI, 1. — Si è a lungo disputato, fra i romanisti, sulla questione se la obbligatorietà della legge decorresse in massima dopo sessanta giorni dalla pubblicazione o dall'atto della pubblicazione stessa; ma la recente dottrina, se non erriamo, non ha più alcun dubbio in proposito. La regola è quale noi l'abbiamo indicata nel testo.

Anche nel libro preliminare al codice, proposto dalla commissione presieduta dal Tronchet, era stabilito che le leggi dovessero entrare in vigore, in tutto il territorio dello Stato, « per ciò che è relativo alla competenza di ciascuna autorità », dal dì della pubblicazione fattane dall' autorità stessa (Tit. III, art. 2 e 4).

E il codice civile generale austriaco dichiara che « l'efficacia della legge, e le conseguenze di diritto, che ne derivano, incominciano immediatamente dopo la promulgazione di essa, a meno che la stessa legge non fissi un termine più rimoto, da cui debba incominciare ad essere operativa (art. 3). »

Peggio, come vedemmo, avviene in Inghilterra, dove la legge è obbligatoria, appena sanzionata dal Re.

Fatte queste e poche altre eccezioni (p. e. per la Baviera, la Sassonia e la Russia), le legislazioni moderne fissano un termine alla obbligatorietà.

Queste legislazioni devono ripartirsi in due distinte categorie, a seconda che rendono obbligatoria la legge gradatamente, in ragione delle distanze (sistema successivo), o che fissano una data uniforme per tutto il territorio dello Stato (sistema sincrono).

Il primo sistema era seguito dal codice civile francese, il quale determinava l'obbligatorietà delle leggi dal giorno in cui poteva presumersi che ne fosse nota la promulgazione, e cioè un dì dopo nel dipartimento dove risiedeva il governo, e negli altri dipartimenti tanti giorni dopo quanto maggiore era la distanza, in proporzioni dal medesimo codice fissate.

Eguali termini stabiliva, riformando in tal parte il codice, la legge 27 novembre 1816, però dal momento in cui il *Bollettino ufficiale*, nel quale era ridivenuta necessaria la stampa, fosse pervenuto al ministero della giustizia. Degl' inconvenienti gravissimi di questo sistema, sviluppati dal Merlin (1) e da altri civilisti francesi, sarebbe troppo lungo ed inopportuno occuparsi qui.

Attualmente la obbligatorietà incomincia, pel decreto 5 novembre 1870, un giorno dopo l'arrivo, in ciascun dipartimento, del *Giornale ufficiale della Repubblica*, che contiene la legge.

Nelle Due Sicilie, il codice dichiarava che le leggi si dovessero presumere conosciute a periodi diversi secondo le diverse distanze delle provincie dal capoluogo dello Stato e dei varii comuni dal capoluogo della rispettiva provincia (art. 1).

Il codice parmense fissava la obbligatorietà per lo stesso giorno della promulgazione nei quattro principali comuni dello Stato, in cui, a suon di tromba, la promulgazione avveniva, e tre giorni dopo negli altri.

Infine, in Austria, la già citata sovrana patente del 1849, modificando il codice, stabilì che le leggi sieno obbligatorie, in ciascuna provincia, nel giorno decimoquinto dalla inserzione nel *Bollettino ufficiale* della provincia stessa (§§ 6 e 7). (2)

(1) Merlin. *Rép. Voce Lois*. § 5, n. 6.

(2) Quasi tutti i civilisti, basandosi sulla disposizione del § 3 del codice austriaco, affermano erroneamente che le leggi in quello Stato sono obbligatorie nel giorno della pubblicazione. In questo errore cade anche il D e l o y n e s. *De la publ. des lois*. Nella *Revue de droit intern.* etc. Anno 1874.

Il sistema successivo è in vigore pure, fra gli altri Stati, come avverte quest'autore, in Germania, Prussia, Baden, Belgio e Olanda.

L'altro sistema, quello sincrono, era seguito dal codice albertino (art. 9) e dall'estense (art. 1), i quali fissavano per tutto lo Stato il giorno successivo a quello della pubblicazione. E, meglio ancora, molte legislazioni più recenti fissano un termine assai più lungo ed eguale per l'intero Stato.

Il decreto 9 marzo 1854 del ducato di Parma, che restringeva la promulgazione della legge alla sola capitale, determinava anche la obbligatorietà di essa, per tutto lo Stato, otto giorni dopo la promulgazione. E la legge sarda, tante volte citata, del 23 giugno 1854, come quella belga del 28 febbraio 1845, fissarono dieci giorni. Solo per la Sardegna e per la Capraia il periodo era di quindici giorni.

L'art. 1° delle disposizioni premesse al nostro codice civile, dichiara infine che « le leggi promulgate dal Re divengono obbligatorie in tutto il Regno nel decimoquinto giorno dopo quello della loro pubblicazione, salvo che nella legge promulgata sia disposto altrimenti. » (1)

Certo non si può dire che in tal modo « ognuno abbia potuto o dovuto conoscere » la legge, come dice il Bianchi (2), chè nè in dieci nè in venti giorni, nè in un anno, il *Bollettino* o la *Gazzetta ufficiale*, come già dicemmo, pervengono nelle mani della grandissima maggioranza dei cittadini; ma, per la

(1) S' intende che questa norma vale per tutte le forme di leggi. S' intende pure che, nel termine dei quindici giorni, si deve computare non il giorno della pubblicazione, ma quello in cui il termine stesso si compie. È regola antica: *dies a quo non computatur in termine, sed dies ad quem computatur.*

(2) B i a n c h i. *Op. cit.*, pag. 180.

obbligatorietà della legge, basta, come vedemmo, la notorietà presunta.

Sulla questione se sia preferibile il sistema sincrono oppure quello successivo, si è a lungo disputato.

Col secondo sistema, la legge è eseguita appena si può presumere la possibilità della cognizione di essa, onde i beni, che possono conseguirne, si raggiungono subito, ed inoltre si evitano le frodi, che si potrebbero commettere, da coloro che conoscessero la legge, in danno di chi la ignorasse. S'è anche detto che la legge, essendo un comando, dev'essere adempita appena sia nota (1). Quest'ultimo argomento però ci pare errato del tutto. E in vero esso include nella idea di comando un concetto che non è affatto implicito in esso. Se io impongo al mio servo d'andare domani in un determinato luogo, la mia imposizione non è forse un comando? Perchè il comando esista, occorre forse ch'io gl'imponga d'andarvi subito?

Infatti i vantaggi del metodo successivo sono scarsi assai. E, per contro, i difetti suoi sono gravissimi: disformità temporanea della legislazione da una parte all'altra dello Stato; difficoltà di decidere controversie su cose o fra individui regolati da leggi diverse o per i quali, come in caso d'assenza o residenza o dimora disgiunta dal domicilio, non si sappia se applicare l'antica o la nuova legge.

Perciò il metodo sincrono ci pare di gran lunga preferibile.

Va da sè che i termini, fissati in massima dalle varie legislazioni, valgono soltanto, come dice il co-

(1) Fiore. *Op. cit.* Parte I, pag. 72.

dice italiano, per il caso che nella legge promulgata non sia altrimenti disposto.

Certe leggi fiscali, p. e., entrano in vigore immediatamente dopo la pubblicazione. E invece, per i codici, sono generalmente fissati dei termini molto più lunghi. Ciò avvenne fra noi per lo stesso codice civile, che pure stabiliva i termini di massima. Pubblicato il 25 giugno 1865, esso ebbe vigore soltanto col 1° gennaio 1866.

Ci resterebbe da considerare la questione della obbligatorietà della legge per i cittadini domiciliati all'estero e per quelle regioni dove, in causa di forza maggiore, non avesse potuto pervenirne la notizia. Poichè nulla è disposto nel codice, spetta al magistrato di valutare le circostanze. La possibile cognizione della legge, per renderla obbligatoria, è una presunzione *juris et de jure*. Ma in quelle circostanze eccezionali ci pare che la rigidità del principio dovrebbe contemperarsi coll'equità (1).

(1) Sull'argomento si possono consultare Zachariae. *Op. cit.* Vol. I, § 26. — Marcadé. *Op. cit.* Vol. I, § III, n. 32. — Demolombe. *Op. cit.* Vol. I, n. 28 e 29. — Pacifici Mazzoni. *Op. cit.* Tit. II, cap. II, § 74. — Fiore. *Op. cit.* Parte I, pag. 75. — Bianchi. *Op. cit.* Vol. I, n. 53. — Saredo. *Op. cit.* Vol. I, pag. 196 e seg. — Landucci in Aubry e Rau. Vol. I, pag. 251 e seg., ecc.

Il Landucci afferma anzi, che la presunzione della conoscenza della legge o meglio della possibilità della conoscenza della legge, non è mai *juris et de jure*, e sostiene questa sua tesi col solito acume e colla solita dottrina, diffondendosi a parlarne a proposito dell'errore di diritto, nelle pagine successive.

Non discuteremo qui quest'opinione, per non invadere il campo riservato allo studio delle funzioni d'esecuzione. Allora, al caso, ne riparleremo.

§ 33. Allorchè le leggi non erano scritte, venivano talvolta, come abbiamo veduto, consegnate ne' rituali. Varrone cita appunto una legge antica di Tusculum (Frascati), da lui letta nei libri sacri di quella città (1) e Dionigi d' Alicarnasso, lo abbiamo pur visto, dice che a Roma, prima dei decemviri, alcune leggi erano state scritte ne' rituali (2).

Anche più tardi, quando la legge era veramente scritta, veniva depositata in un tempio e i sacerdoti la custodivano (3). E pare, per indirette indicazioni, che, eziandio nel regno d' Israele, una copia autentica della legge fosse conservata nel tempio, per guarentirne il testo da ogni possibile alterazione (4).

Ma, col progredire della civiltà, il carattere civile della legge prevalendo, la custodia di questa fu affidata a speciali organi dello Stato: ad Atene i tesmoteti, secondo narra Aristotile, avevano l'ufficio di scrivere τὰ δέσµια e di custodirli pel giudizio de' rei (5); a Roma il testo della legge si esponeva nell'*aerarium* e veniva custodito dai questori (6). Pene severissime erano comminate contro chiunque asportasse o rompesse le tavole, in cui le leggi erano contenute (7).

Tuttavia Cicerone si lagnava che non ci fosse in Roma alcun luogo in cui le leggi venissero depo-

(1) Varrone. *De ling. lat.* VI, 16.

(2) Dionigi d' Alic. X, 1.

(3) Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 223.

(4) *Deut.*, XVII, 18; XXXI, 26. — Cf. Levi. *Op. cit.*, pag. 124.

(5) Arist. *Cost. degli Aten.*, c. 3.

(6) Custodi de' plebisciti, però, furono, per qualche tempo, gli edili della plebe.

(7) L. 32 D. *De lege Cornelia de falsis.* XLVIII, 10.

sitate e custodite. « Più, egli soggiungeva, sono in questo diligenti i greci, che stabilirono i custodi delle leggi, nè loro si appartiene solo di conservare gli originali delle leggi (ciò ch' era usato anche dai nostri maggiori), ma eziandio vigilare perchè si osservassero (1). »

Nell'epoca intermediaria le leggi, generalmente, si conservavano nei pubblici archivii. Inoltre, come vedemmo, in Francia, sotto l'antico regime, e poscia, pel decreto 9 novembre 1789 e per quello del 2 novembre 1790, nonchè in Piemonte, prima dello statuto, le leggi venivano registrate e trascritte in certi ufficii (2).

Le legislazioni recenti sono molto più rigorose.

Da noi, per esempio, l'art. 9 della legge, tante volte citata, del 1854, stabilisce: « Gli originali delle leggi, nonchè dei decreti reali, contemplati dall'articolo 7° della presente legge, saranno a diligenza del guardasigilli consegnati agli archivii generali del Regno. »

E poichè, come avverte il Saredo, « nel pensiero del legislatore, per originale s'intenderebbe... il manoscritto (3) », se così realmente si facesse, si otterrebbe che il vantaggio della conservazione della legge si congiungesse a quello di assicurarne l'autenticità.

(1) C i c. *De legib.* III, 20.

(2) A Venezia c'erano i *conservatori delle leggi*. Ma l'ufficio di questo magistrato, istituito nel 1553, era quello, non di conservare materialmente, ma di far eseguire le leggi, specialmente nelle materie civili, e di presiedere all'ordine degli avvocati, de' notari. ecc.

(3) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 166.

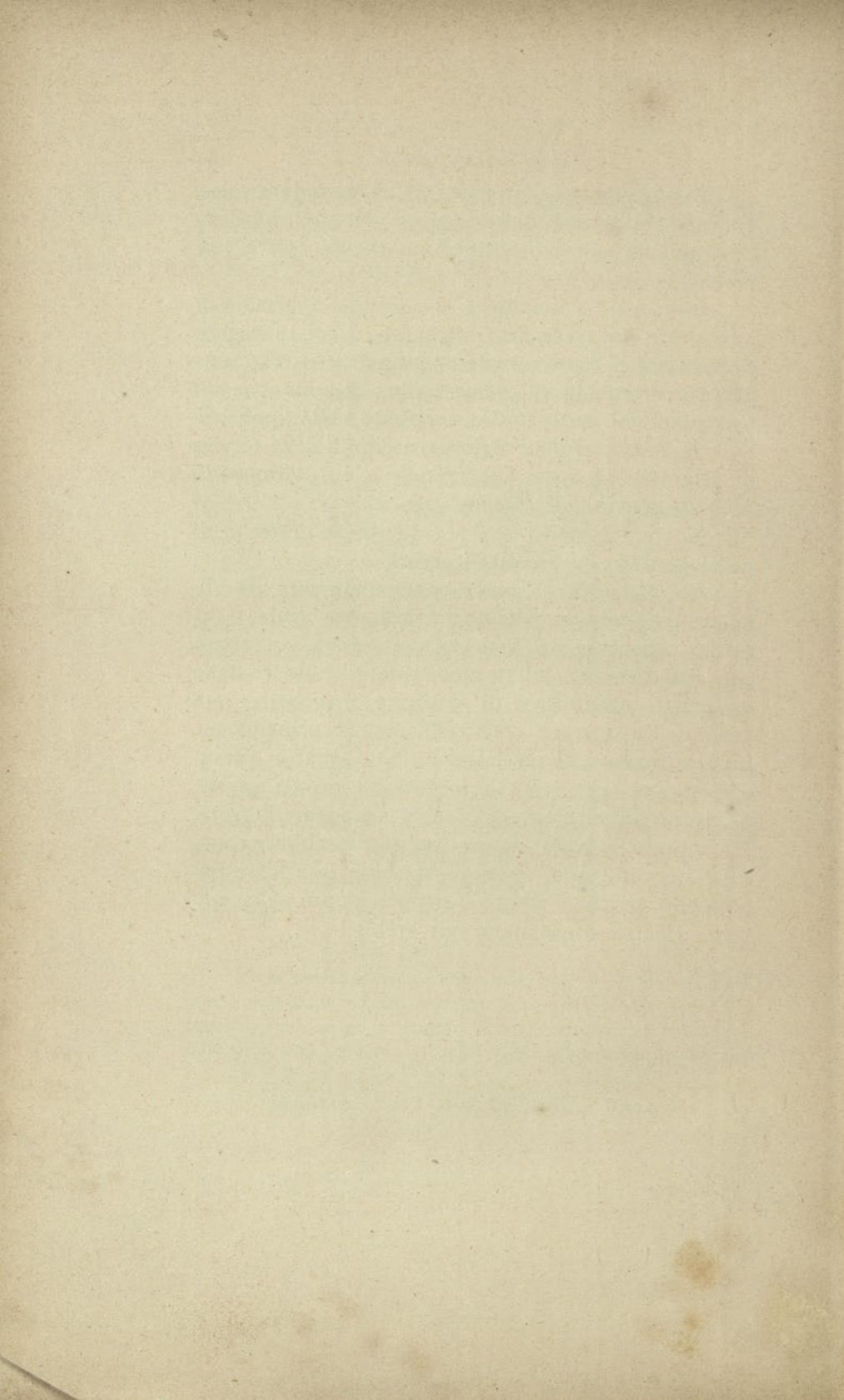
Errori possono avvenire, ed avvennero talvolta, nella pubblicazione delle leggi, e solo col raffronto all'originale genuino potrebbero al caso essere corretti.

Invece generalmente si è adottato il sistema di depositare un esemplare stampato. Così, a cagion d'esempio, il decreto reale 25 giugno 1865, che sanziona e promulga il codice civile, dispone che un esemplare del detto codice, stampato nella tipografia reale e contrassegnato dal guardasigilli, deva servire di originale ed essere depositato e custodito negli archivii generali del Regno (art. 2).

Ma in tal modo non si raggiunge l'intento di poter rettificare i possibili errori.

Nel codice civile, come opportunamente avverte lo stesso Saredo, ve n' ha uno abbastanza evidente, al primo capoverso dell'articolo 1297, dove sta scritto che « la riunione nella persona del fideiussore della qualità di creditore e di debitore principale non produce l'estinzione della obbligazione principale. » La sostituzione di un E ad un O toglie a questa disposizione ogni senso: il male non è grande, perchè il criterio più elementare basta a correggere l'errore. Ma intanto è facile vedere quanto sarebbe opportuno un confronto, se in questo caso non fosse impossibile, perchè l'errore si trova appunto nella edizione ufficiale consegnata agli archivii (1).

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 167-68.



C A P O II.

RELATIVITÀ DELLE LEGGI

34. Condizioni diverse dei singoli popoli. — 35. Ufficio della legislazione. — 36. Limiti di essa. — 37. Teoria dell'onnipotenza legislativa. — 38. Inefficacia delle leggi non rispondenti alle concrete condizioni dello Stato.

§ 34. Se è vero che le leggi, così scritte come consuetudinarie, cioè tutte le manifestazioni giuridiche, hanno origine nella coscienza della collettività, ne viene ch'esse sono un elemento organico, naturale, della vita sociale, il quale si connette agli altri elementi della vita stessa, lingua, costumi, religione, scienza, ecc.

Di quà due conseguenze, egualmente necessarie: 1° che ogni popolo ha un diritto più o meno diverso da quello degli altri popoli; 2° che il diritto di ciascun popolo costituisce una specie di organismo, il quale si svolge e si perfeziona di continuo, in modo che le manifestazioni ultime di esso si collegano, non interrottamente, colle manifestazioni prime.

Evidente, per chi ha occhi, è la diversità del diritto da popolo a popolo, diversità più o meno grande, a seconda delle ragioni di differenza che nei vari popoli si contengono.

La varietà, armoniosa e radiosa, della natura, si manifesta, come in ogni altra cosa, anche nel carattere e nel genio delle nazioni. Ogni popolo ha, a così dire, le sue molle particolari che lo fanno agire, la sua particolare coscienza, i suoi costumi, le sue tradizioni, le sue qualità fisiche e morali, un modo di essere suo proprio e quindi un suo diritto particolare, una sua propria legislazione, improntata appunto alla sua ragione, alla sua indole, alla sua civiltà, alle sue speciali condizioni.

« Quando la divina sapienza, scriveva Montesquieu, disse al popolo ebreo: *Vi ho dato dei precetti che non son buoni*, ciò significava che aveano soltanto una bontà relativa, ch'erano buoni in quanto erano adattati a quel tempo e a quelle persone (1). »

Mentre tanta luce di civiltà risplende in Europa, una gran parte dell'umanità cammina ancora nelle tenebre. Certi popoli onorano atti che noi consideriamo come colpevoli e non credono un reato l'uccidere o l'abbandonare i proprii figli o i proprii genitori o il nutrirsi di carne umana o il privare della loro libertà i proprii simili.

Che più? Malgrado il fondo comune, quante diversità nel diritto degli stessi popoli civili dell'epoca moderna, diversità che il Leroy Beaulieu dice condizione di vita e di progresso! (2)

Certo oggidì, infrante le vecchie barriere, quasi pareggiati i costumi, l'umanità s'incammina con lena affannosa verso un'unità ideale, che accomuna certe

(1) Montesquieu. *Op. cit.* Lib. XIX, cap. XXII.

(2) Leroy Beaulieu. *Op. cit.*, pag. 352.

istituzioni e certi principii morali, convertendoli dappertutto in diritti concreti (1).

Ma in antico, soprattutto, quanto erano grandi le differenze, anche fra popoli di una stessa razza, di una stessa patria, di una stessa civiltà!

Classico è l'esempio di Sparta e di Atene.

A Sparta ogni proprietà distrutta, oro ed argento banditi, commercio proibito, doti e successioni regolate, lusso condannato, manifatture avviliti. I cittadini, immersi in un ozio guerriero, hanno regolate le loro azioni, i loro discorsi, il loro cibo. Ballo, corsa, lotta, sono oggetto de' pubblici spettacoli, e le donzelle ignude combattono co' giovanetti dinanzi al pubblico.

A poche leghe di distanza, in Atene, e nell'epoca stessa, ci si presenta uno spettacolo del tutto opposto: commercio, arti, agricoltura, industria, protetti, animati, promossi; ciascuno deve lavorare utilmente, deve esercitare un mestiere, ma è libero di scegliere quello che più gli conviene; le ricchezze sono diffuse e il lusso sorride ed allietta.

E quando popoli diversi di razza e di civiltà si trovano a contatto e sono costretti a convivere sopra

(1) Il *De Maistre*, criticando aspramente, nel 1776, la costituzione francese dell'anno prima, diceva che essa, come le sue precedenti, era fatta per l'uomo. « Ora, egli soggiungeva, a questo mondo l'uomo non c'è. Io ho visto nella mia vita dei francesi, degli italiani, dei russi (oggi probabilmente scriverebbe: dei russi, degli italiani), etc.; io so anche, grazie a Montesquieu, che si può essere persiani; ma, quanto all'uomo, io dichiaro di non averlo trovato nella mia vita: se esiste, è proprio a mia insaputa. » (*Consid. sur la France*, cap. VI.) È l'esagerazione di un principio giusto, e ci sorprende che un uomo, come il *Laboulaye*, abbia scritto che in queste parole nulla è da mutare. (*Op. cit.*, pag. 51).

uno stesso territorio, varia pure il loro diritto, come le loro lingua.

L'esempio delle moderne colonie ammaestra; ma l'esempio più splendido è quello offertoci dai popoli germanici e romani, dopo la caduta dell'impero d'occidente.

I vincitori ed i vinti convissero sulle medesime terre. Eppure non a tutti si applicarono le stesse leggi: i romani mantennero il proprio diritto; i conquistatori la loro legislazione barbarica. Erano due civiltà, erano popoli diversi che si trovavano a contatto e ai quali non avrebbero potuto convenire identiche norme giuridiche.

Ad eccezione di certi principii d'ordine pubblico, più che privato, la varietà era la regola. Le leggi non erano più territoriali, ma personali: tre o quattro magari, l'una diversa dall'altra, vigevano in una stessa località. A seconda della nazione cui si apparteneva, si doveva seguire una legge, salvo ad adottare la legge di un'altra nazione.

Qualche cosa di simile avviene anche attualmente in China, dove i chinesi sono governati dal cerimoniale cinese e i tartari da quello tartaro.

Infatti il bene, anche se, astrattamente considerato, è assoluto, universale, in concreto è contingente, particolare. Come ogni cosa ha il suo proprio bene, il suo speciale benessere, che non è il bene assoluto, ma il bene relativo, così ogni popolo ha le proprie leggi, che non sono assolute, ma relative, perchè elaborate nella sua coscienza e rispondenti al suo stato.

Gli oggetti generali di ogni buona istituzione si modificano, come diceva Rousseau, in ciascun

paese, « secondo i rapporti che nascono, sia dalla situazione locale, sia dal carattere degli abitanti... In una parola, oltre alle massime comuni a tutti, ogni popolo contiene in sè qualche causa che lo ordina in un modo particolare, e rende la sua legislazione propria a lui solo (1). »

E recentemente scriveva Leone XIII: « Se ogni forma politica è buona di per sè stessa e può essere applicata al governo dei popoli, nel fatto, tuttavia, non si incontra in tutti i popoli il potere politico sotto una stessa forma. Ognuno possiede la propria. Questa forma nasce dal complesso delle circostanze storiche e nazionali, ma sempre umane, che fanno sorgere in una nazione le sue leggi tradizionali ed anche fondamentali, e da ciò si trova determinata questa o quella forma particolare di governo, questa o quella base di trasmissione dei poteri supremi (2). »

§ 35. Poichè adunque i governi variano secondo i popoli e secondo la natura di questi; poichè, in altre parole, fra governi e governati vi è, a dirla col Vico, uniformità sostanziale, ne viene che le leggi, formulate dai legislatori, devono essere in rapporto con lo stato della nazione, devono essere l'espressione precisa della coscienza e quindi della volontà di questa. Legge e volontà sociale sono sinonimi. Questo in teoria; ma in pratica?

In pratica avviene, pur troppo, assai spesso, che gli organi incaricati di esprimere la volontà sociale,

(1) R o u s s e a u. *Contr. soc.* Lib. I, cap. XI.

(2) Enciclica al clero francese, 20 febbraio 1892.

mettendosi quasi all'infuori del corpo collettivo (1), esprimano invece la volontà propria. « Imbattonsi sempre le leggi nelle passioni e ne' pregiudizii del legislatore (2). » Allora l'atto, cui si dà il nome di legge, non ha della legge che l'apparenza. In sostanza è il suo contrapposto, la sua negazione: è l'arbitrio, il capriccio e non il diritto.

Certamente la volontà sociale, secondo certi principii, che a noi paiono di ragione, può fuorviare, e noi perciò ci sentiremmo tentati a far prevalere la volontà nostra. Ma i principii che ispirano noi, ispirano forse anche gli altri?

Se io ho il mio ideale, un ideale l'avete pur voi, e l'ideale vostro, più o meno, è diverso dal mio. Io credo nella monarchia e voi nella repubblica; io confido nel popolo e credo che la libertà sia freno a sè stessa, voi invece vorreste dare il suffragio alle persone più colte e più ricche, e alla libertà vorreste stringere i freni; e, se ci mettiamo ad ascoltare d'intorno, udiamo l'affermazione di altri ideali, profondamente sentiti, così come noi sentiamo i nostri. Viva il Papa-Re, viva la conciliazione fra lo Stato e la Chiesa, viva il socialismo, viva l'anarchia, sono tutte grida ch'escono, non solo dalla bocca, ma anche dal cuore di nostri concittadini.

V' ha di più. Noi non andiamo d'accordo nei giudizi e negli apprezzamenti sulle cose che tutti conosciamo; anzi le identiche cose appaiono al vostro occhio diverse da quello che appaiono al mio. « Noi non sapremo mai, dice uno dei nostri

(1) « I legislatori che vogliono far ciò che loro piace, si mettono all'infuori del corpo sociale. » F a z y. *Op. cit.*, pag. 144.

(2) M o n t e s q u i e u. *Op. cit.* Lib. XXIX, cap. XIX.

più illustri romanzieri, conoscitore profondo del cuore umano, noi non sapremo mai per quanta parte l'aspetto delle cose vedute dipenda dagli occhi con cui le vediamo. »

In questa diversità di opinioni, di giudizi, di apprezzamenti, d'ideali, chi ha ragione e chi ha torto?

Perchè dovrei aver ragione io invece di voi? Qual'è il giudice supremo, che lo possa inappellabilmente affermare, e al quale noi siamo costretti di credere? Dunque, se questo giudice non c'è, l'opinione vostra elimina la mia: nessuno è autorizzato a presumere di possedere gli occhi più sani e gl'ideali più perfetti.

Il reale è la volontà collettiva, la quale, appunto perchè reale, è anche razionale. Lo ha detto Hegel: il reale, per ciò solo che è, è razionale. Il quale concetto affermarono anche Spinoza e Schelling, dicendo che la menzogna non è possibile in natura. L'essere non può produrre che ciò di cui la sua natura è capace (1). In altre parole, ogni principio esistente di organizzazione corrisponde « a necessità di situazioni, le quali esigono fatalmente, in una data società, la preponderanza dell'un principio o dell'altro (2). »

Sia bene o male che la collettività voglia questa o quella cosa, sia bene o male che si assuma questo o quel compito, non è la funzione legislativa che possa rimediarvi: i suoi limiti son quelli che la collettività impone a sè stessa.

(1) Cf. Nasi Virgilio. *La teoria del progresso legislativo*. Trapani, 1877; pag. 82.

(2) De Parieu. *Princ. di sc. pol.*, nella *Bibl. di sc. pol.* Cap. I.

L'originale, che la legge deve rispecchiare, non è l'opinione, il pregiudizio, l'interesse singolo; ma la coscienza giuridica popolare, quale la fanno il grado d'intelligenza e di educazione, l'amore per la tradizione, per il progresso, per la libertà, che nel popolo si ritrova.

Sarà talora un brutto originale; ma la fotografia deve rappresentarlo qual'è. Se lo facesse più bello o più brutto, essa non sarebbe ciò che dev'essere; essa, dichiarando non ciò che alla collettività par bene, ma ciò che ad essa par male, non sarebbe il reale, non sarebbe il razionale, non sarebbe il possibile: sarebbe una menzogna.

Il tempo solo dirà se io o voi eravamo nel vero, convertendo il vostro o il mio ideale in realtà; imperocchè non v'ha ideale, il quale si possa dire corrispondente a verità, se prima non sia divenuto reale: finchè non sarà reale, lo si potrà credere (da chi ci crede) la verità del domani, ma non sarà mai la verità dell'oggi.

La luce del sole illumina le montagne e poi le pianure; così la luce della verità illumina prima i genii, e poi gli altri uomini, che la ricevono da essi riflessa, come dice il Macaulay. Quando questi l'abbiano ricevuta, quando ne sieno illuminati, l'ideale sarà realtà, sarà verità, sarà l'espressione della coscienza generale, dei sentimenti, delle cognizioni, delle aspirazioni della collettività.

Allora sapremo chi di noi due era nel vero. Intanto diffondiamo le nostre idee, sosteniamole col calore della convinzione che ci anima; ma non pretendiamo ad una infallibilità pontificale, non esi-

giamo che l'espressione della nostra coscienza particolare si converta in legge dello Stato!

Aspirare all'ideale, attendere affannosamente a raggiungerlo, è, per certo, una necessità, la più nobile ed alta, della natura umana. È la voce della coscienza che ci spinge ad orizzonti più larghi, a un avvenire migliore.

« L'ideale, dice splendidamente il Palma, è sempre stato e sarà la luce che attrae ed illumina le alte intelligenze; e anch'esso, insieme allo spirito di osservazione ed all'analisi sperimentale, è un potente fattore del progresso del diritto, come in ogni altra parte della convivenza e della civiltà umana...

« La scienza speculativa, investigando i rapporti necessari, le ragioni e le leggi di tutto ciò che ci circonda, della convivenza, dei disordini e del progresso umano, ha il prezioso privilegio di aguzzare ed elevare l'intelletto al disopra delle condizioni particolari di tempo e di luogo, di ampliare, se così può dirsi, la vista e l'orizzonte morale dei popoli, e così scoprire l'ordine ideale ed antivedere l'ordine futuro. La scienza speculativa sveglia così nuove idee, fa sentire nuovi bisogni, modifica i sentimenti e le opinioni, schiarisce e rafforza la coscienza del diritto e del dovere, accende novelle faci nel cuore dell'uomo, rinnova o ravviva il mondo intellettuale e morale delle nazioni, e quindi, quando questa coscienza è abbastanza schiarita, diffusa e matura, diviene fattore legittimo e glorioso dell'ordine giuridico e politico. Chi può valutare l'efficacia nel progresso giuridico moderno, religioso, civile e politico, innanzi che fossero divenuti patrimonio intellettuale e leggi positive delle nazioni, i diritti della

coscienza, il diritto dei popoli all'indipendenza nazionale e al governo di sè medesimi, il libero sviluppo del pensiero e delle varie facoltà umane? (1) »

Così il legislatore, la cui aspirazione, la cui meta, la cui continua preoccupazione dev'essere il maggior bene possibile dei cittadini, deve rivolgere costantemente gli occhi alla luce dell'ideale, la quale mostra all'umanità nuovi orizzonti e ne prepara i progressi. Ma quest'ideale dev'essere realizzato soltanto, quando corrisponda alle condizioni concrete del paese, ai mezzi e alle forze di cui lo Stato può effettivamente disporre, quando cioè i tempi sieno maturi e gli animi preparati (2).

(1) P a l m a. *Corso di dir. cost.* Vol. I, pag. 33-34.

(2) Il B l u n t s c h l i pone come fondamento della politica queste due massime, le quali non si escludono, ma si collegano e completano a vicenda: « Ogni politica dev'essere reale. — Ogni politica dev'essere ideale. » *La polit. come scienza*, pag. 27. — Vedansi, nello stesso libro, i capitoli *Politica ideale e reale* (pag. 27 a 31) e *L'ideale della perfetta costituzione dello Stato* (pag. 229 a 231).

E il C a r l e: « È solo per mezzo della volontà che l'ideale può trasformarsi in reale, ed è solo mediante sforzi di essa che il reale può giungere ad accostarsi sempre più all'ideale. Guardisi pertanto l'uomo, che l'ideale e il reale non vengano per lui ad essere soverchiamente distanti fra di loro, poichè in allora la sua volontà o corre a precipizio, dimenticando i consigli della prudenza, o invece, spaventata dal lunghissimo cammino, che dovrebbe percorrere, si arresta neghittosa e sfiduciata, e con essa arrestasi ogni progresso individuale e sociale. » (*La vita del dir. ecc.*, pag. XXVII).

Nemmeno la scuola storica disconosce, nella formazione del diritto, la parte che spetta alla ragione; solo la riduce entro la cerchia dei fatti. « Laonde non sussiste, come avverte lo S c o l a r i, il rimprovero che per lei il diritto sia un ente materiale, crescente a modo di pianta, senza che v'entri la intelligenza. » (*Istit. di sc. pol.*, pag. 95).

Intanto il legislatore osservi la vita reale, raccolga i fatti, studii i fenomeni, indagli le cause, ponderi gli effetti, ricordandosi sempre che il compito suo si è quello d'interpretare la volontà collettiva, di cui, in conseguenza, le leggi devono essere l'espressione schietta e genuina

« Narrasi di Fox, che prima di presentare al Parlamento un progetto di legge od una misura qualsiasi, aveva cura di sentire che cosa ne pensasse un amico suo, un deputato d'assai corta intelligenza. Ed a chi si meravigliò un giorno di veder gli ai fianchi così fatto consigliere, rispose che era il tipo più esatto delle facoltà intellettuali e dei pregiudizii di un buon *country-gentleman*, e che se ne serviva come di un *termometro legislativo*. Anche Napoleone, ogniqualvolta doveva fare una legge, pensava all'impressione ch'essa avrebbe fatto sopra un contadino grossolano. Così il vero uomo di Stato, quando incontra sul suo cammino un principio astratto, che gli sembri pure il più evidente e il più giusto, deve ammetterlo con un assai rigoroso beneficio d'inventario. Raccogliendo tutti i suoi ricordi, interrogando, studiando, mettendo assieme tutte le notizie che può raccogliere, deve cercare di farsi un'idea di quello che si penserà dell'applicazione del suo principio e come riuscirà nelle diverse parti del paese pel quale legifera (1). »

Fu questo il concetto che guidò Solone nel dare le sue leggi ad Atene. Non le migliori che si potessero ideare, egli diede, ma le migliori che gli ateniesi potessero sopportare, « *optimas quas acci-*

(1) Brunialti. *La legge nello Stato moderno*, pag. 85.

pere ipsi poterant (1).» Le leggi alle cose, non le cose alle leggi deggiono adattarsi (2).

In altre parole, come nelle costruzioni civili, idrauliche e navali si deve avere la mente rivolta non solo alle leggi fisiche e meccaniche, ipoteticamente considerate, ma anche agli elementi perturbatori, ai materiali che si hanno a mano e simili contingenze (3), così il legislatore, nelle sue deliberazioni, deve rivolgere il pensiero agli ordini idealmente ottimi, ma non deve distoglierlo dalla realtà delle circostanze, per non riescire ad un'arbitraria costruzione *a priori*, ad un ordinamento che può essere idealmente perfetto, ma che, non essendo, almeno pel momento, praticabile, riescirebbe necessariamente dannoso.

«Che cosa si direbbe, chiede il De Parieu, di meccanici, che, chiamati ad organizzare sul terreno un movimento qualunque, si abbandonassero a discus-

(1) P l u t. in *Solone*, c. XVI.

(2) « Quando adunque si chiede assolutamente, diceva R o u s s e a u, qual sia il governo migliore, si chiede una cosa insolubile ed indeterminata; o, se vuoi, sono tante le buone soluzioni, quante le combinazioni possibili nelle posizioni assolute e relative dei popoli. » (*Op. cit.* Lib. I, cap. IX). — Sull'argomento si consulti e si mediti l'ormai classico libretto del L e w i s. *Qual'è la miglior forma di Governo*. Padova, 1868. È inserito anche nella *Bibl. di scienze politiche*.

(3) P a l m a. *Corso di dir. cost.* Vol. I, pag. 32. — « Ad un uomo, dice R o m a g n o s i, il quale progetta di dirigere il corso di un dato fiume, non basta l'essere instrutto delle leggi generali della gravità, dell'equilibrio e del moto dei fluidi; ma gli è forza di esaminare tutte le minime circostanze concrete, che influir possano ad impedire, o ad agevolare il corso ch'ei pensa di comunicare. » (*Introd. allo studio del dir. pubbl. univ.* Vol. I, pag. 20).

sioni di fantasia sul merito e sulla bellezza di questo o di quel meccanismo, invece di studiare anzi tutto la qualità della forza prima loro fornita dalla natura, il senso secondo il quale essa agisce, gli ostacoli che loro presenta il suolo, le resistenze e i punti di appoggio coi quali essi hanno a contare?»

Imperocchè, egli soggiunge, «senza voler equiparare fra loro leggi che non hanno nè la stessa natura, nè lo stesso rigore, noi riteniamo che ci sieno certe leggi politiche non meno imperiose di quelle dell'ordine materiale e che perfino sono collegate con questo e partecipano della loro inflessibilità (1).»

Un esempio classico del modo in cui i legislatori devono procedere è quello fornitoci da Giustiniano, quando, volendo emanare una legge sul prestito a cambio marittimo (*foenus nauticum*), ordinò dapprima un'investigazione solenne delle norme consuetudinarie vigenti e a queste poi conformò le sue leggi (2).

E da che proviene la grandezza dei giureconsulti romani, se non da ciò: che le loro mirabili deci-

(1) De P a r i e u. *Op. cit.* Cap. I.

(2) « Ipsa vero marina credita vocare nostra consuevit lex trajecticia, et metuere eos, utpote dubitationibus hinc eis exortis, oportere propterea fieri manifestum, quae valeat super his consuetudo, ut et sacra nostra in haec procedere iussio, quae consuetudinem ad certissimam duceret formam. Itaque nos delegantes, tibi dubitationis naturam cognoscere et hanc ad nos deducere; quatenus manifesta nobis facta quod videretur, lege comprehenderetur perpetua, tuamque gloriam hoc a nobis agere jussam, convocasse naucleros quibus haec mutua curae sunt: et interrogasse quae aliquando antiqua consuetudo fuit. Illos autem et jusjurandum adijcentes testimonio, perhibuisse modo esse varios talium mutuorum, ecc. » (*Nov.* 106, pr.).

sioni erano il frutto della esperienza, la descrizione dei fatti e dei fenomeni della vita sociale contemporanea? (1)

« Le idee e i teoermi di diritto, dice il Savigny, non appaiono ai giureconsulti romani come una creazione dell'arbitrio; sibbene sono esseri reali, la cui esistenza e genealogia si è loro manifestata per una lunga e famigliare abitudine. Indi nasce altresì una sicurezza in ogni loro procedimento, la quale d'ordinario non si rinviene fuori delle matematiche: si può dire, senza tema di esagerazione, che essi calcolano colle loro idee. Nè un tal metodo è altrimenti pregio esclusivo di taluno, o di pochi grandi scrittori: è proprietà quasichè comune a tutti, benchè diversissimo sia in ciascuno il grado di valentia nell'applicazione. E se noi possedessimo completamente i loro scritti, vi troveremmo assai meno individualità che non in qualunque altro ramo della latina letteratura (2). »

Che cos'è che forma l'eccellenza dei codici di diritto privato, se li consideriamo nel tutt'insieme? Appunto la conformità loro ai sentimenti e ai bisogni della società.

Quando il legislatore riconosce e regola il diritto di proprietà, crea forse questo diritto o non piuttosto rispecchia il sentimento pubblico? Si consultino gli economisti, si legga ad esempio il libro del Thiers sulla *Proprietà* o, meglio, quello del Leroy Beaulieu sul *Collettivismo* (3).

(1) S a r e d o. *Op. cit.* Vol. I, pag. 19.

(2) S a v i g n y. *Della vocaz.* ecc. III.

(3) Il libro del Thiers lo abbiamo precedentemente citato. Quello del Leroy Beaulieu fu pubblicato a Parigi nel 1885.

Quando il codice civile dichiara nullo un contratto mancante delle condizioni di consenso, di causa, di capacità; quando prescrive la diversità del sesso, l'età ecc., come condizioni per contrarre matrimonio, null'altro fa che rispecchiare ciò ch'è nella natura.

E quando prescrive la monogamia? La prescrive forse perchè il legislatore la creda, egli, opportuna? No, la prescrive perchè il sentimento popolare, nella civiltà nostra, intuisce così e non altrimenti la società coniugale. Si provi un legislatore a prescrivere la poligamia! Allo stesso modo questa è ammessa, nelle terre dove si crede a Maometto, perchè in esse il sentimento pubblico vi è favorevole.

Così è a dire delle disposizioni del nostro codice relative alla tutela, alla patria potestà, all'interdizione, alle successioni intestate...

« Al padre, alla madre e ad ogni altro ascendente, dice il codice civile, succedono i figli legittimi o i loro discendenti, senza distinzione di sesso e quantunque nati da matrimoni diversi. Essi succedono per capi, quando sono tutti in primo grado; per stirpi, quando tutti o alcuno di essi succedono per rappresentazione (art. 736). »

Sopprimete quell'articolo. Forse che i discendenti, se gli ascendenti morissero intestati, si ripartirebbero i beni diversamente? Il legislatore rende obbligatorie e generali la trasmissione e il riparto dei beni, così come naturalmente si verificherebbero anche senza il suo intervento (1).

In quest'ultimo è ampiamente sviluppato l'argomento delle origini e della costituzione della proprietà presso i diversi popoli (pag 71 a 205).

(1) Cf. S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 16 e seg.

§ 36. Non è già che il legislatore deva essere puramente un copista; non è già, come diceva De Maistre delle costituzioni dei popoli, che le leggi scritte «sieno soltanto dei titoli declaratorii di diritti anteriori; di cui non si può dire altra cosa, se non ch'essi esistono perchè esistono (1).»

Gli organi dello Stato, cui spetta redigere le leggi, e che sono, nella generalità dei casi, composti di persone più intelligenti e più colte della massa dei cittadini, che hanno occhio più esperto e più acuto, non potranno mai, mercè l'azione loro, agevolare il miglioramento del giure o, ch'è in fondo lo stesso, impedirne i peggioramenti?

Nell'indagare gli elementi che devono fornire la materia alle leggi, nella osservazione dei fatti e dei fenomeni, i legislatori, abbiam detto, devono studiarne le cause e gli effetti, le cause cioè della influenza dei tempi e dei luoghi sulle leggi, come diceva il Bentham, o, come prima avea detto il Montesquieu, i rapporti delle leggi.

A che questo studio, se nessuna libertà d'azione essi avessero?

Sure, he that made us with such large discourse
Looking before and after, gave us not
That capability and godlike reason
To fust in inused... (2)

Il quesito è grave e difficile, come tutti i quesiti politici; chè esso evidentemente sfugge al campo giuridico: riguarda cioè non il fine giuridico, cui gli organi statuali addetti alla legislazione devono attendere; ma i modi, essenzialmente politici, con

(1) De Maistre. *Op. cit.*, cap. VI.

(2) *Hamlet*, atto IV, scena IV.

cui devono applicarvisi. Ed è tanto facile scivolare fuori de' proprii confini!

Il fine lo conosciamo: rispecchiare nelle leggi la coscienza collettiva. Attendendo i legislatori a migliorare il diritto, adempiono quel fine?

Certo è che, dato un istituto qualsiasi, il legislatore ha modo e spesso necessità, nel determinarne i particolari, di metterci qualche cosa di suo. Per esempio, la ritrosia del popolo per i matrimoni consanguinei, impone al legislatore d'impedirli. Ma, nello stabilire i gradi di parentela, è proprio detto che la coscienza collettiva si sia atteggiata così sicuramente che il legislatore non abbia da far altro che copiare ciò che in essa si trova?

Queste disposizioni concrete egli le trarrà dalla coscienza propria, dai proprii studii, dalle cognizioni fisiologiche ch'egli abbia, e che alla generalità dei cittadini non sono certamente note.

E quando il modificarsi dei bisogni e dei costumi esige nuove leggi, « questi nuovi elementi possono bensì essere forniti dalla forza invisibile che crea il diritto positivo; ma queste varie cause agiscono a rilento e per gradi, per cui giunge necessariamente un'epoca di transizione, durante la quale il diritto è incerto, e la legge ha per ufficio di farla cessare; d'altra parte, le diverse istituzioni di diritto s'incatenano e reagiscono le une sulle altre; ogni principio nuovo può quindi, senza che ciò si avverta, contraddire altri principii, d'altronde non contestati. Per appianare queste difficoltà, occorrono riflessioni, combinazioni, che non possono venire che da un'azione diretta del potere sociale (1). »

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*, pag. 43-44.

Così, quando la coscienza popolare è matura per un codice, il legislatore dovendo, fra la varietà delle consuetudini, delle tradizioni, delle teorie prevalenti, e talvolta contraddittorie, scartare, ammettere, conciliare, innovare, non trova tutte le sue norme, ma è invece assai spesso costretto a desumerle dalla propria testa o dallo studio delle istituzioni di altri popoli, sancite dall'esperienza e, per identità d'interessi e di bisogni, attuabili.

Imperocchè, per quanto sia vero che ciascun popolo ha le sue istituzioni, è anche vero, come già avvertimmo più volte, che, in condizioni analoghe di civiltà, ciò che ad un popolo si conviene, si può convenire anche ad un altro. « Video vero et studeo cursus istos mutationum non magis in nostra quam in omni republica noscere (1). »

È tanto vero che dell'esperienza degli altri popoli si può fare tesoro, che i giureconsulti romani, quelli cioè che più degli altri seppero adattare il diritto alle condizioni concrete del loro paese, attribuirono allo studio delle leggi straniere importanza grandissima (2).

Ed è noto che, alla redazione delle XII tavole, in qualche parte contribuì il diritto greco, allora nel suo fiore (3). Nè solo allora, ma anche in se-

(1) Cic. *De rep.* I. 41.

(2) Saredo. *Tratt. delle leggi*, pag. 53.

(3) Che una commissione si sia recata in Grecia, a studiarvi il diritto, per la compilazione delle XII tavole, par certo. E si dice che anche Ermodoro d'Efeso, allora esule in Roma, a quella compilazione cooperasse. « Si cominciò, dice il Landucci, ad inviare una commissione di tre cittadini, Sp. Postumius Albus, A. Manlius e Serv. Sulpicius Camerinus (guidata da certo Ermodoro d'Efeso, cui si vuole più tardi il popolo innalzasse una statua nel foro) a studiar sul luogo le costituzioni greche. » (*St. del dir. rom.*, pag. 45).

guito, per altre leggi, i romani si giovarono di straniere esperienze.

Ad ogni modo, sia per istudio di altre legislazioni, sia per istudio delle necessità derivanti dalle nuove condizioni sociali, tutti i grandi legislatori ebbero non lieve influenza sul progresso del giure. Da ciò il culto di Creta per Minosse, di Sparta per Licurgo, di Atene per Solone, di Locri per Zeleuco, di Mitilene per Pittaco, di Calcide per Andromedo, di Tebe per Filolao...

Ma i due esempi, veramente solenni, delle compilazioni giustiniane e delle codificazioni moderne, dimostrano, nel modo più chiaro e sicuro, questa salutare influenza dei legislatori.

Giustiniano, avverte il Saredo, modificò il diritto delle persone e della famiglia, con criterii larghissimi, semplificandolo e moralizzandolo. « Più difficili vennero rese le separazioni, avvilito il concubinato: protetta (anche soverchiamente) la dote, fu sciolto l'antico rapporto romano del potere inerente al marito ed al padre, cessò la tutela del sesso femminile, ed anzi, in certi casi, anche le donne furono tutrici; esse poterono inoltre disporre, maritate, dei loro beni parafernali, nel che Giustiniano fu più liberale del legislatore italiano. Scomparve la distinzione fra *agnatio* e *cognatio*, con che cessò di esistere l'antica famiglia romana. La nuova successione *ab intestato*, sanzionata colla novella 118, per le disposizioni in essa contenute, e dedotta dalla natura dei rapporti di parentela, basterebbe ad assicurare a Giustiniano un onore immortale. »

Fu inoltre favorita l'emancipazione e mitigata la schiavitù; la distinzione fra dominio bonitario e

dominio quiritario fu dichiarata *antiquae subtilitatis ludibrium*. E profonde e gravi mutazioni vennero introdotte nel diritto delle obbligazioni (1).

Tutte queste mutazioni, che idealizzarono quasi il diritto *romano* e lo fecero diventare *comune*, erano, abbiamo detto altrove, la conseguenza necessaria delle nuove condizioni della società; ma, senza l'opera illuminata e pronta del legislatore, chi sa quando si sarebbero manifestate come volontà collettiva?

Così è a dire dei codici moderni, o, per dir meglio, dei codici francesi, chè gli altri ne sono una figliazione più o meno legittima.

« Come mediante una ruota, è detto nel codice bramino di Yajnavalk, non può aver luogo il passaggio del carro, così senza il fatto dell'uomo il destino non viene a compimento. »

Il legislatore adunque ha una certa libertà d'azione, una potestà di migliorare e perfezionare il diritto. Questa libertà, questa potestà del legislatore, come si concilia coll'ufficio, che gli è attribuito, d'interpretare la volontà sociale?

La conciliazione viene da sè: il legislatore ha limitate le sue facoltà dal fine stesso della legge. Egli può volere soltanto ciò che la volontà collettiva vuole. Però questa volontà egli concreta, egli sviluppa, egli estrae, per così dire, dalla coscienza popolare, dove esiste ancora in embrione. In una parola, egli può aiutare la evoluzione, non determinarne il corso (2).

(1) Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 74.

(2) Spencer. *Op. cit.*, cap. II.

« Come un buon padre, il quale guidando per mano un suo picciol figliuolo, adatta i suoi passi a quelli del fanciullo, non per trattenerlo su la strada, ma per condurlo in luogo di sicurezza e di godimento; così la politica adatta le sue provvidenze alle *gradazioni* necessarie, colle quali la natura fa procedere il genere umano nell'incivilimento, non per arrestar la nazione ad un dato punto ancor lontano dallo scopo, ma bensì per ispingerla più celeramente ed efficacemente allo stato di sicurezza e di felicità, a cui l'ordine dell'universo e delle cose coesistenti concedono, e richieggono di arrivare. La meta che toccar si deve è ancor lontana; la nazione ha diritto di giugnervi; la natura ve la spinge; tutti i rapporti inevitabili sì interni che esterni, specialmente in certi paesi, comandano che ciò si faccia nella maniera la più breve e la più efficace per non rimaner delusi, in niun momento della vita delle società, dell'intenzione e del dovere di produrre e di conservare il reale ben essere della nazione, ed anzi per non farla vittima della violenza, per risparmiare il troppo lungo e disastroso tirocinio della fortuna, per non lasciare al caso l'impero dell'arte, al vizio quello dell'ordine, alle passioni quello della saviezza. Ma nello stesso tempo, come il figurato padre del fanciullo che, volendo affrettar troppo i suoi passi, leverebbe le forze ed esporrebbe a cadute il fanciullo medesimo, nè potrebbe giungere al luogo destinato nel determinato tempo; e però è costretto a camminare in un modo che sia conforme agli estremi delle forze del fanciullo e del fine divisato: così l'arte politica nel promuovere i progressi dell'incivilimento deve rispettare gli estremi delle forze

delle nazioni e dei rapporti della maggior sicurezza e felicità pubblica: e ciò tanto più che il governo non potrebbe, come il figurato padre, per qualche tratto portar su le braccia il suo figlio; non potendo nè per fatto nè per diritto un governo procedere per mezzi *meccanici*; ma solamente con mezzi morali (1). »

In questi limiti, l'opera del legislatore è proficua. Quando ne esce, è vana e dannosa; imperocchè, coi suoi rimedii, egli aggrava assai spesso i mali, che la *vis naturae medicatrix* avrebbe probabilmente curati (2).

§ 37. Quest'idea, così semplice e così naturale, non è sempre percepita dai pubblicisti e dagli statisti.

Caligola, secondo narra il Platone ebraico, Filone d'Alessandria, diceva che un pastore è d'una natura superiore a quella del suo gregge, e, che per ciò, i pastori dell'armento umano, devono essere diversi dagli altri uomini ed appartenere ad una natura più grande e più divina (3).

Con un concetto, se non uguale, certo somigliante, almeno ne' suoi effetti, molti scrittori, specialmente in passato, attribuirono al legislatore un'azione immensa, una potenza fantastica. Quante volte non ricorrono in essi, a proposito di qualche legislatore, le frasi: genio divino, padre della nazione,

(1) R o m a g n o s i. *Introd. allo studio del diritto pubbl. univ.* Parma, 1805. Vol. II, pag. 309-11.

(2) S p e n c e r. *Op. cit.* Cap. II. — L'argomento, come dicemmo, è politico e non giuridico, e perciò dobbiamo limitarci ad accennarlo più che a svilupparlo. Si consultino, intorno ad esso, i primi quattro capitoli dell'opera del M i l l. *Il governo rappresentativo.*

(3) R o u s s e a u. *Contr. soc.* Lib. I, cap. II.

fondatore dello Stato. La legge, come Minerva dal cervello di Giove, sarebbe uscita dalla sua mente! (1)

Già Aristotile lamentava che a' suoi tempi si mettersero innanzi troppo spesso degli statuti infettuabili (2).

Classici esempi sono lo Stato ottimo d'Ippodamo da Mileto (3) e il governo dei filosofi, che Platone contrappone, nella sua *πολιτεία*, alle varie costituzioni esistenti (4).

E da quell'epoca ad oggi, quanti progetti di ottime leggi e costituzioni ideali, di società immagi-

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 4.

(2) Anch' egli, a vero dire, concepì uno Stato ottimo; ma in esso l'idea non è disgiunta dalla materia. L'ideale che vi si estrinseca non è un ideale astratto, ma un ideale concreto, un ideale cioè che trova gli elementi della sua genesi non solo nello spirito (psiche) dell'uomo, ma anche nelle condizioni naturali o di fatto. (*Pol.* Lib. VII e VIII).

Non basta. Aristotile soggiunge che la costituzione ottima in sè può essere non realizzabile, e perciò studia anche la costituzione possibile, più agevole e più comune a tutti (*Pol.* IV, 1).

Su quest'argomento si consulti il *Filomusi Gueffi*. *Op. cit.*, pag. 130 e seg.

(3) Fra i seguaci di Pitagora, Ippodamo fu il primo che, pur non essendo uomo di Stato, ideò una costituzione ottima (*Arist.* *Pol.* II, 5).

(4) Però se la repubblica di Platone, è una città edificata col pensiero, che in realtà non esiste e non può esistere, onde, interpretata alla lettera, è il naturale punto di partenza di molte utopie, considerata nel suo intimo pensiero è argomento di profonda ammirazione, poichè in essa si possono contemplare ridotte a piccole proporzioni le leggi del progresso umano. *Carle. La vita del dir.*, pag. 113.

Oltre a ciò, anche Platone, nell'atto stesso in cui studiava lo Stato ideale, non dimenticava il reale. Nella *Repubblica* (VIII, 544) difatti egli scrive che «le costituzioni non nascono dalle quercie o

narie, non furono fatti da novatori fantastici, foggiantisi una umanità diversa dal vero! « E molti si sono immaginate repubbliche e principati che non si sono mai visti nè conosciuti essere in vero; perchè egli è tanto discosto da come si vive a come si doverria vivere, che colui che lascia quello che si fa per quello che si doverria fare, impara piuttosto la rovina che la preservazione sua; perchè un uomo che voglia fare in tutte le parti professione di buono, conviene che rovini infra tanti che non sono buoni (1). »

Basti ricordare l'*Utopia* del Moore, la *Città del sole* del Campanella, le *Favole delle api* del Mandeville, il *Telemaco* del Fénelon, la *Basiliade* e il *Codice della natura* del Morelly, l'*Oceana* di Harrington, ecc. (2).

Questo erroneo concetto della potestà del legislatore era condiviso anche dal Voltaire. « Londra, egli scriveva, non è divenuta degna d'essere abitata che dopo ridotta in cenere. Le vie, dopo quell'epoca,

dalle rupi, ma si fondano essenzialmente sui costumi » e soggiungeva che tanti sono i generi di costituzione (πολιτειῶν εἶδη) quanti sono i generi degli uomini (ἀνθρώπων εἶδη). — Sulle teorie platoniche cf. Filomusi Guelfi, *Op. cit.*, pag. 41 e seg.

(1) Macchiavelli, *Op. cit.*, cap. XV.

(2) Su questi progetti fantastici, la cui fioritura più abbondante si riscontra nei secoli XVI, XVII e XVIII, si consultino Mohl, *Gesch. und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen, 1855; pag. 167 e seg. — Sudre, *Hist. du Communisme*. — Reybaud, *Études sur les réformateurs modernes*. — Kaufman, *Utopias*, London, 1879. — Frank, *Publicistes et réformateurs du XVII siècle*. — D'Ancona, *Introd. alle opere del Campanella*, ecc. — Se la memoria non ci tradisce, anche il Brunialti, qualche anno fa, dev' essersi occupato, con una speciale monografia, dell' argomento.

furono allargate ed allineate: Londra fu una città per essere stata bruciata. Volete voi delle buone leggi? Abbruciate le vostre, e fatene delle nuove (1). » È come se si dicesse, avverte il Comte, che un uomo brutto può avere una bella figura, bruciando il proprio ritratto (2).

Montesquieu stesso, nella medesima opera in cui scrisse che le leggi « devono essere talmente proprie al popolo per il quale sono fatte che è un caso straordinario se quelle di una nazione possono convenire ad un'altra (3) », a poche pagine di distanza scriveva queste altre: « Nello Stato popolare si divide il popolo in certe classi. È nella maniera di fare questa divisione che i grandi legislatori si sono segnalati; ed è da ciò che hanno sempre dipeso la durata della democrazia e la sua prosperità (4) », e in un altro libro scriveva: « Nell'origine delle società i capi delle repubbliche formano l'istituzione (5). »

Questa teoria della onnipotenza legislativa fu specialmente propugnata dal Rousseau. Egli paragonava difatti il legislatore, nientemeno che al meccanico che inventa la macchina. E soggiungeva: « Chi osa assumersi l'incarico d'instituire un popolo, deve sentirsi capace di cambiare, per così dire, l'umana natura, di trasformare ciascun individuo, che per sè stesso è un tutto perfetto e solitario, in parte

(1) Voltaire. *Dictionn. philosoph.*, voce *Lois*.

(2) Comte. *Op. cit.* II, 2. — Cf. Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 26.

(3) Montesquieu. *Op. cit.* L. I, cap. III.

(4) *Op. cit.* L. I, cap. 1.

(5) Montesquieu. *Grandezza e decadenza dei romani*, cap. I.

d'un tutto più grande, da cui questo individuo riceva in certo qual modo la vita e l'essere; d'alterare la costituzione dell'uomo per rinforzarla; di sostituire un'esistenza parziale e morale all'esistenza fisica ed indipendente che tutti abbiamo ricevuta dalla natura. Bisogna, in una parola, che tolga all'uomo le sue forze proprie per dargliene di estranee, e delle quali non possa far uso senza l'aiuto altrui. Più queste forze naturali sono morte e distrutte, più le acquisite diventano grandi e durevoli, e più eziandio l'istituzione è salda e perfetta; di guisa che, se ciascun cittadino non è nulla, non può nulla se non col mezzo di tutti gli altri, e che la forza acquistata dal tutto sia uguale o superiore alla somma delle forze naturali di tutti gl'individui, si può dire che la legislazione è giunta al più alto grado di perfezione cui possa aspirare (1). »

Perfino il nostro grande Romagnosi credette che la vera monarchia nazionale rappresentativa fosse concepimento affatto nuovo, e si diede a disegnarla nella sua *Scienza delle costituzioni*. Il Palma giustamente avverte che, per giudicare quel progetto, basta ricordare come il Romagnosi lo incominciasse: « Il governo è repubblicano nazionale rappresentativo... », aggiungendovi in nota: « Qui si ponga il nome della nazione, come, per esempio, Francia, Italia, Inghilterra... » (2)

(1) R o u s s e a u. *Contr. soc.* Lib. I, cap. VII. — Abbiamo però veduto e vedremo ancora, in altri periodi della stessa opera, che questa idea il Rousseau temperava, coll'affermare, quasi a consiglio dei legislatori, molte e grandi verità.

(2) P a l m a. *Corso di dir. cost.* Vol. I, pag. 31. — Fra gli scrittori, che ritengono onnipotenti i legislatori, viene da molti com-

Così pure vedemmo che il Thibaut e gli altri scrittori tedeschi che, primi, chiesero un codice unico, universale germanico, intendevano ch'esso fosse ispirato alle teorie del diritto naturale, allora tanto diffuse in Germania.

E il Portalis, che Laboulaye chiama il saggio, perchè disse una volta che il legislatore non inventa le leggi, ma le scrive (1), Portalis stesso pronunciava queste parole:

« Il potere legislativo è la onnipotenza umana.

« La legge stabilisce, muta, modifica, perfeziona; essa distrugge ciò che è, essa crea ciò che non è ancora. La testa d'un grande legislatore è una specie d'Olimpo da cui partono quelle idee vaste, quelle concezioni fortunate che presiedono al benessere degli uomini e ai destini degli imperi (2). »

E quest'idea il Portalis esprimeva, pur facendo omaggio al diritto naturale (3).

preso il Bentham. Ma l'hanno essi letto? Imperocchè v'ha, fra le idee di lui e quelle degli altri, una diversità sostanziale. Egli difatti non professa dei principii esclusivi in favore dell'una o dell'altra forma di governo. Anzi, non v'ha forse alcun altro scrittore che abbia meglio dimostrata la necessità di tener conto delle circostanze nel dare le leggi ad un popolo. Conservare correggendo, è la sua formola, e non attuare riforma alcuna che non risponda allo stato della nazione. Si possono progettare ed attuare riforme, ma a gradi, senza scosse, senza disordini, tenendo conto persino dei pregiudizii delle masse, senza sconvolgere infatti le abitudini e gl'interessi.

(1) Laboulaye. *Op. cit.*, pag. 49.

(2) *Second exposé des motifs du titre préliminaire du code civil* par M. Portalis, orateur du gouvernement, dans la séance du Corps législatif du 4 ventôse an XI (23 febr. 1803).

(3) Portalis. *Discours préliminaires sur le code civil.*, 1.^{er} discours, 19.

Sono due idee queste, dell'onnipotenza legislativa e del diritto naturale, che, a primo aspetto, sembrano inconciliabili. Ma quando si ricordi che, come abbiamo altrove affermato, il diritto naturale è sinonimo di volontà individuale, si comprende facilmente come il Portalis e, dopo di lui, una infinità di civilisti, anche italiani, abbiano saputo insieme conciliare l'una coll'altra.

Ciò, come vedemmo, costituisce la maggiore giustificazione per il Savigny e per i suoi seguaci, che, impauriti dalle tendenze dei fautori della codificazione, combatterono tanto vigorosamente e quelle e questa.

Quando si consideri ciò che talvolta avviene anche a' dì nostri, non si può vincere un sentimento di sconforto.

Malgrado la vigorosa lotta combattuta dal Burke nel campo politico e da quegli insigni giureconsulti nel campo del diritto privato, malgrado la dimostrazione da essi luminosamente fornita che le leggi non sono, nè possono essere, una creazione del legislatore, tuttavia la dottrina dell'onnipotenza legislativa non è ancora scomparsa.

Nella seduta del 25 settembre 1848 dell'assemblea nazionale francese, discutendosi l'art. 18 cap. III della costituzione, *Dei poteri pubblici*, il cittadino Pietro Leroux, volendo dare una vera organizzazione allo Stato, propose questo paragrafo addizionale:

« L'Assemblea nazionale,

« Considerando che esiste nella cognizione umana un principio che non è altro che la legge medesima della Vita, principio insegnato da tutte

le grandi religioni e da tutti i grandi filosofi, sotto il nome di Trinità, riconosciuto sotto la forma della fede dall'immensa maggioranza degli uomini che popolano l'universo, e in particolare dalla maggioranza degli europei e dalla maggioranza dei francesi;

« Che questo principio, benchè non sia mai stato applicato con deliberazione alle costituzioni politiche, non è meno visibile in tutte le costituzioni di cui noi ammiriamo la durata, e che è ad esso che si deve attribuire questa durata;

« Considerando, inoltre, che la conoscenza di questo principio ci fa un dovere d'applicarlo;

« Volendo sostituire la luce della ragione a un cieco empirismo, il consenso all'obbedienza, la libertà alla schiavitù;

« Decreta che la costituzione politica della Repubblica sarà organizzata secondo questo principio, affine di mettere questa costituzione in rapporto con la legge medesima della Vita, di renderla razionale e inattaccabile, e di distruggere con ciò, nel loro germe, le ambizioni che tenderebbero a distruggerla. »

In base a questa regola eterna della triade, il potere dovea dividersi in 3 parti, elette ogni 3 anni: corpo giudiziario, corpo legislativo e corpo esecutivo. Ciascuno di questi corpi, a sua volta, si doveva ripartire in 3 camere, i cui membri dovevano essere scelti, con un complicato sistema di triadi, in determinate proporzioni, fra le seguenti categorie:

Corpo giudiziario

I *Camera*. Matematici. Metafisici. Anatomici.

II *Camera*. Architetti. Letterati. Artisti drammatici.

III *Camera*. Ingegneri. Banchieri. Meccanici.
Corpo legislativo

I *Camera*. Fisici. Moralisti. Medici.

II *Camera*. Pittori. Poeti. Cantanti.

III *Camera*. Viaggiatori. Negozianti. Operai.
Corpo esecutivo

I *Camera*. Chimici. Economisti. Naturalisti.

II *Camera*. Scultori. Storici. Ginnasti.

III *Camera*. Agricoltori. Commercianti. Industriali.

Dopo esposto il suo progetto, il cittadino Leroux soggiungeva, con tutta la gravità possibile: «Così si trova costituito lo Stato.»

Questo strano progetto, nel quale forse non si trovavano a posto che gli artisti drammatici, i quali sanno imparare tutte le parti, e i viaggiatori, che possiedono la prima caratteristica dei moderni deputati, quella del viaggiare continuamente, cadde, fra le risa, le grida e i rumori assordanti dell'assemblea, malgrado che il suo autore lo proclamasse *venuto da Dio*.

Il progetto stesso, quantunque fatto sul serio, è una parodia; ma esso è sintomatico, perchè rappresenta una tendenza, perchè è il prodotto di quella politica trascendente, di cui si hanno saggi non pochi anche nel nostro tempo.

Trascendente, di fatto, essa fu, «quando, col Saint-Simon, col Fourier, col Ledru-Rollin, col Proudhon e d'ogni altra maniera comunisti e socialisti, andò fantasticando dietro esemplari impossibili di organizzazione e di reggimento sociale; o quando, con altri, si pose a cercare la essenza della libertà e ad insegnare le regole del bene ordinato. Nelle teoriche di

Sieyès, del Constant, del Royer-Collard, del Destutt-Tracy, fra le tante che si potrebbero citare, è difficile discernere se più manchi il senso pratico o la intelligenza della realtà; per cui riuscirono a fare della costituzione un sistema politico puramente formale, bene spesso contraddittorio e irrimediabilmente infecondo (1). »

E quanti governi, quanti parlamenti, quanti statisti, quanti giureconsulti non vi recano omaggio, ancora, quasi inconsciamente!

Quante volte non si sentono dei capi di Stato o dei ministri affermare, ch'essi hanno una missione da compiere, che devono guidare la società per quelle vie che ad essi sembrano più opportune! Quante volte, anzichè informare le loro deliberazioni allo spirito pubblico, al sentimento del popolo, alla coscienza collettiva, le fanno uscire tutte fatte dal proprio cervello! Quanti Guglielmi, quanti Crispi non ci sono ancora a questo mondo, che vogliono far procedere l'ordine delle cose secondo l'ordine delle idee, e non l'ordine delle idee secondo l'ordine delle cose, per dirla col Vico!

Come si può vincere quel sentimento di sconforto, quando si legge che uomini insigni e pratici, come l'Astengo, il De Foresta, il Gerra, lo Spanna e il Vaccarone, che furono non ultimi collaboratori del codice civile nostro, fecero proprie le parole del Portalis sulla onnipotenza legislativa! (2).

(1) Scolari. *Istituz. di sc. pol.*, pag. 10.

(2) Astengo, De Foresta, Gerra, Spanna e Vaccarone. *Cod. Civ. del Regno d'Italia esposto nelle fonti e nei motivi*, ecc., pag. 81. — In Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol I, pag. 6.

§ 38. « Le cose fuori del loro stato naturale, dicea il sommo Vico, nè vi si adagiano, nè vi durano. » Così le istituzioni, non adattate al carattere del popolo, non riflettenti la sua indole e il suo sentimento, ma idee astratte, passioni, pregiudizii, sono il maggior malanno che possa capitare ad uno Stato, il maggior vizio dell'organismo sociale. Non durano, chè il popolo, appena gli riesce, se le scuote di dosso; ma, intanto, ne può venire la rovina dello Stato, un impaccio al suo progresso e alla sua prosperità (1).

« Invano le legislazioni tutte e tutti i poteri umani, dicea Romagnosi, si possono lusingare di poter errare o far male impunemente. Egli avverrà sempre, come avviene, che, negli abusi di qualsiasi amministrazione, la natura legislatrice non lascerà mai di manifestare la sua disapprovazione, e di far sentire il salutare suo rigore mediante gl'inconvenienti ed i mali che indi ne sorgeranno. Per mezzo di questo magistero la natura o richiama gli uomini all'ordine o gli atterrisce dal cadere nel disordine. E se l'ignoranza o l'ostinazione giugnessero a tanto di accrescere e prolungare soverchiamente l'abuso, la natura lo toglierebbe sicuramente colla ruina dello Stato, il quale o non seppe, o non volle rimediarsi, come ne fanno fede tutti gli annali delle civili società (2). »

Il quale concetto aveva espresso anche il Rousseau con queste parole: « La costituzione di uno

(1) In proposito si può consultare B l u n t s c h l i. *Doltr. gen. dello Stato*, pag. 75 e seg.

(2) R o m a g n o s i. *Introd. allo studio del diritto pubbl. univ.* Vol. II, pag. 7.

Stato è veramente soda e durevole, quando le convenienze sono talmente osservate, che i rapporti naturali e le leggi vanno sempre d'accordo sui medesimi punti, e queste non fanno altro se non assicurare, per dir così, accompagnare e ratificare quelli. Ma se il legislatore, ingannandosi nel suo oggetto, prendesse un principio diverso da quello che nasce dalla natura delle cose; che l'uno tenda alla libertà, l'altro alla servitù, l'uno alle ricchezze, l'altro alla popolazione, l'uno alla pace, l'altro alle conquiste, allora vedrebbonsi le leggi insensibilmente indebolirsi, la costituzione alterarsi, e lo Stato non cesserà d'essere agitato finchè non sia distrutto o cambiato, e l'invincibile natura non abbia ripreso il suo imperio (1).»

Non parliamo soltanto di quei progetti fantastici, contrarii alla natura umana, coi quali si vorrebbe «correggere, come diceva il Luzzatti, il disegno del mondo sbagliato dal Creatore (2).» Già il buon senso degli uomini ha caratterizzati tutti gl'innumerevoli tentativi d'architetture giuridiche e politiche, basate sulla pura astrazione, col nome di *utopia*, voce usata la prima volta da Tomaso Moore, come nome della sua repubblica, e adoperata oggidì, in tutte le lingue, a significare qualsiasi disegno, ottimo in apparenza, ma in realtà ineffettuabile.

Provatevi ad applicarli dove che sia, quei progetti! Forse potranno essere adatti per un popolo di Dei o per gli abitatori di Giove o di Venere,

(1) Rousseau. *Contr. soc.* Parte I, cap. XI.

(2) Luzzatti. *Del metodo nello studio del dir. cost.* Padova, 1867; pag. 11.

ma non per gli uomini di questa terra, che hanno e avranno sempre, un pò meno o un pò più, gli stessi pregi e difetti.

« Ho conosciuto un paese, scriveva il Muratori, dove un ministro zelante, per frenare qualche esorbitanza negli stupri, indusse il principe a pubblicar tale editto, che facile riusciva l'accusare e costringere gli stupratori a sposare o a dotar le zitelle. Da lì a non molto si vide non calare, ma crescere questo delitto, perchè le povere fanciulle si sentivano tratte a fallare per la facilità loro somministrata di veder premiati o ricompensati i lor falli. Convenne perciò moderare quella legge, e ridurla a termini più convenevoli ed equitativi, onde non men l'uno che l'altro sesso andasse ritenuto dal cadere in sì fatti disordini (1). »

Ma come è utopistico il perseguire ideali irrealizzabili assolutamente, perchè contrarii alla natura dell' uomo, così pure è utopistico il voler conseguire fini che, in massima, possono essere raggiunti, ma che non possono esserlo da tutti.

Certamente, se non è possibile che un uomo costruisca un palazzo nel mondo della luna, è possibile che lo costruisca sulla terra. Non tutti gli uomini però possono costruirlo, nè si può costruirlo in un giorno. L'imperatore della China lo possiede, il palazzo ch'io vorrei: il mio ideale è, quindi, in massima, realizzabile. Ma possiedo io il terreno dove dovrei fabbricare, ho i denari occorrenti per pagare architetti e operai, per comperare i materiali e le mobiglie necessarie? E mi resterà poi un ca-

(1) Muratori. *Op. cit.* Cap. X.

pitale sufficiente per poter vivere signorilmente, come si conviene al padrone d'un sontuoso edificio? No. E allora io dovrò abbandonare il mio splendido ideale, la mia *utopia*, e dal regno, bello per certo e affascinante dei sogni, discendere in quello della realtà, povera e nuda, pur troppo, nel caso concreto.

All'imperatore della China il mio palazzo ideale; a me la modesta casa, che la mia fortuna consente.

Dunque ci sono degl'ideali non contrarii alla nostra natura e realizzabili da qualcuno, ma non realizzabili da tutti; ci sono cioè, oltre le utopie assolute, anche le utopie relative.

È utopia relativa il voler imporre ad un popolo leggi di altri popoli, senza tener conto della diversità d'indole, di civiltà, di costumi, di tradizioni. Quei legislatori, che commisero un tale errore, compilarono solo sulla carta degli statuti belli, se si vuole, per gli amatori del genere, ma in fatto effimeri, inefficaci.

Il Laboulaye, il Palma ed altri scrittori ricordano a questo proposito un esempio molto espressivo.

Locke, il celebre filosofo, venne incaricato, nel 1669, di scrivere una costituzione per la Carolina.

Egli prese a modello la costituzione inglese, esagerandone fino all'ideale alcuni principii.

Accordò la suprema potestà agli otto proprietarii, che costituì in Camera alta, con diritto ereditario. Divise la colonia in contee, ciascuna con due ordini di nobili, i langravii o conti e i cacichi o baroni, con lords investiti di feudi con potere giudiziario.

S'immagini questa costituzione feudale, applicata in mezzo alle foreste dell'America, fra una popolazione di emigranti inglesi e di schiavi negri, dove, in luogo di castelli, vi erano delle capanne!

Senonchè, nell'atto di applicarla, si dovette necessariamente abolirla.

Un tentativo d'altro genere, ma, in sostanza, paragonabile a questo del Locke, è quello fatto in Francia, all'epoca della rivoluzione, di sostituire alle feste religiose, radicate nella coscienza del popolo, delle cosiddette feste nazionali, che nulla ad esso dicevano o ricordavano.

Si chiamarono a raccolta i maggiori ingegni, affinchè, vivificando quelle feste colla forza della poesia e dell'eloquenza, infondessero nella nazione quell'intimo sentimento, a così esprimerci, della festività, che, lo si comprendeva bene, il solo calendario ufficiale non poteva creare. E difatti Mirabeau, Maria Giuseppe Chénier, Talleyrand e persino Boissy d'Anglas, redigettero o ispirarono, con tutta serietà, i programmi di quelle feste.

Leroy-Beaulieu (1) ricorda la liturgia o rituale, che dir si voglia, della *festa degli sposi* e della *festa della vecchiaia*. In uno di questi programmi era detto che, a un dato momento, tutte le madri avrebbero dovuto riguardare i loro figli « con occhi inteneriti. » — « Allora, soggiunge il programma, il popolo non potrà più contenere il suo entusiasmo; esso emetterà delle grida d'allegrezza, che ricorderanno il rumore delle onde d'un mare agitato, che

(1) Leroy-Beaulieu. *L'État moderne et ses fonctions*, pag. 419-20.

i venti sonori del mezzodi sollevano e prolungano in echi nelle valli e nelle foreste lontane.»

Ma le commozioni, le allegrezze, gli entusiasmi del popolo rimasero scritti sulla carta. Nè volontà di legislatori, nè ingegno di poeti o di oratori, potevano infondere vita e gaiezza a feste contrarie agli usi, ai sentimenti, alle credenze generali.

Questi tentativi infruttuosi ci fanno ricorrere alla mente un vecchio racconto, riprodotto, se non erriamo, dal Laboulaye. Si stava per celebrare un matrimonio. Tutto era concluso, regolato, deciso; ma quando il sacerdote chiese alla sposa, se accettava, per suo legittimo consorte, il fidanzato che le stava vicino, essa rispose: « Reverendo, voi siete il primo che m'abbia fatta questa domanda, e rispondo no. »

Nè il mondo delle utopie è tutto qui: è utopia voler raggiungere ideali, contrarii alle leggi assolute della natura; è utopia aspirare ad ideali, che altri potran realizzare, e noi no, perchè ci mancherà sempre il sussidio di quelle condizioni che all'uopo sarebbero necessarie. Ma è utopia eziandio il voler attuare un ideale, da noi raggiungibile, prima che i mezzi e le forze ci soccorrano.

Io non voglio il palazzo dell'imperatore della China; mi contento di una casa modesta, fabbricata di mio gusto. Se non ho tutta la somma che occorre, potrò bene, col lavoro assiduo e col risparmio, raggranellarla. Fra cinque, fra dieci anni, il mio ideale potrà essere raggiunto. Ma se io sono impaziente, se faccio costruire la casa, prima di poterla pagare, sarò costretto a fare dei debiti, ad *accendere* (è il termine tecnico) delle ipoteche, a mettermi infatti in tali imbarazzi, da obbligarmi, forse,

a vendere la casa, subito dopo averla fabbricata, e a trovarmi, poi, senza casa e con dei debiti per giunta!

Oh! se i legislatori francesi si fossero ricordati di ciò!

Uomini nuovi e senza esperienza, imbevuti delle idee del diciottesimo secolo, essi, senza preoccuparsi delle condizioni di fatto, crearono, colle loro costituzioni, pur rispondenti nell'insieme ai bisogni della civiltà nòva, così che son divenute, checchè si dica in contrario, le tavole sante della libertà moderna, essi crearono degli organismi chimerici e, d'un tratto, senza ponderazione e senza moderazione, attribuirono diritti d'ogni maniera.

Preparate un pò alla volta, senza impazienza e colla prudenza, che, secondo il Botero, consiste nel « cercare e ritrovare mezzi convenienti per conseguire il fine », quelle costituzioni avrebbero potuto, almeno in molte parti, durare; ma, improvvisate ed attuate d'un tratto, dovevano fatalmente sparire al primo soffio di vento, rendendo inferma la Francia, per la sua instabilità, per i continui rivolgimenti e mutamenti di governo, durante ottant'anni!

« Più di vent'anni or sono, Herbert Spencer scriveva che vi sarebbe un curioso libro da fare sugli spropositi dei legislatori. La curiosità di questo libro, dice il Brunialti, sarebbe adesso anche maggiore, e più dell'Inghilterra o della Francia potrebbe contribuirvi l'Italia. Basterebbe analizzare le leggi fatte negli Stati liberi durante gli ultimi cinquant'anni, e paragonarne i risultati sperati a quelli ottenuti. Per farne un volume pieno di rivelazioni e d'insegnamenti, basterebbe prendere le rela-

zioni che precedono queste leggi, e vedere quante volte i mali, che si cerca di riparare, sono effetto di leggi anteriori. Certo sarebbe difficile contenere in uno spazio ragionevole l'interminabile serie dei buoni risultati impromessi, invece dei quali non si ottennero che inattesi disastri (1). »

(1) Brunialti. *La legge nello Stato moderno*, pag. 95. — Dello Spencer si dee consultare, specialmente, il piccolo ma prezioso libro *L'individuo contro lo Stato*, ed in particolare il capitolo *Le colpe dei legislatori*. — Un libro che pure merita d'essere meditato è quello, già citato, del Leroy Beaulieu. *L'État moderne et ses fonctions*. — Rimandiamo ad essi, non potendo noi trattare dei limiti dell'azione dello Stato, tema che esorbita dal nostro compito.

C A P O I I I .

EVOLUZIONE DELLE LEGGI

39. Sviluppo organico del diritto. — 40. Pretesa irrevocabilità di certe leggi. — 41. Necessità di riforme. — 42. Legittimità delle rivoluzioni. — 43. Importanza delle tradizioni. — 44. Riforme espresse. — 45. Riforme tacite. — 46. Quali sieno preferibili.

§ 39. Non meno vero, quantunque talora meno evidente, è il principio, che il diritto di ciascun popolo è una specie di organismo, come tutti gli altri elementi della sua vita.

La coscienza di un uomo non muta; così non muta mai la coscienza di qualsiasi organismo sociale. Ma, se non muta, assume però gradatamente sempre nuovi atteggiamenti, col progredire della intelligenza, della ragione, della scienza, col mutarsi delle condizioni esteriori. Le molle, a così dire, che la facevano agire in un'epoca, restano inattive in un'altra; i beni, cui una generazione aspirava, non sono più quelli che sorridono ad un'altra generazione.

« Lo spirito de' secoli si cambia col cambiamento delle circostanze, che concorrono a formarlo, e le vicende che il tempo cagiona nel fisico, le cagiona ancora nel morale e nel politico de' popoli... Per persuadersi di questa verità, basta gittar gli occhi sull'istoria delle nazioni e de' secoli (1). »

(1) Filangieri, *Scienza delle legislaz.* Lib. I, cap. XIII.

Tutta la storia della civilizzazione è seminata, come ha detto Bagehot, d'idee e d'istituzioni, che erano eccellenti in origine e che sono divenute detestabili.

I popoli più civilizzati ebbero barbare origini: costumi feroci, religioni cupe e superstiziose, leggi, agli occhi nostri, ingiuste e crudeli. Le migliori legislazioni antiche, sono peggiori delle nostre peggiori. « Non vi sarebbe, come esclama il Bentham, alcun uomo ragionevole che scegliesse di vivere sotto tali leggi; e il ministro di Stato il più ignorante, ai nostri giorni, comporrebbe un sistema di legislazione ben superiore a quelli di Numa e di Maometto (1). »

Noi, popoli moderni e civili, ad esempio, rispettiamo certi attributi dell'anima umana: riconosciamo a tutti gli uomini il diritto di vivere e d'essere padroni del proprio destino, di operare secondo il proprio fine, di esercitare il proprio corpo e la propria anima, di svolgere le proprie facoltà morali, intellettuali e fisiche. Di quà il rispetto alla personalità umana, il diritto di proprietà, la costituzione della famiglia, la libertà dei contratti e la loro forza obbligatoria, le libertà di coscienza, di culto, di stampa, di riunione, di associazione, ecc.

Ebbene, questi stessi diritti non furono sempre riconosciuti. La personalità medesima fu negata per secoli ad esseri umani, e perfino gli uomini più insigni dell'antichità non ci trovarono nulla a ridire. E quelle istituzioni naturali, che sono la casa, la

(1) B e n t h a m. *Traité de législat.* etc. Vol. IV, pag. 55. — Si consulti, sull'influenza del tempo in materia di legislazione, tutto il cap. V (pag. 53 a 68).

famiglia, il comune, la chiesa, non resistettero sempre alla vicenda delle umane cose.

Nel diritto penale è più facile rendersi conto di questo movimento delle idee. Molti atti, ch'erano puniti come crimini, qualche secolo fa, non lo sono più oggidì, e viceversa. Certe pene, come le mutilazioni e lo staffile, sono scomparse, e la pena di morte va scomparendo anch'essa.

E la procedura?

« Andate a dire ai giureconsulti passati, dice lo Scolari, che la tortura non era un ottimo procedimento penale! Metteranno a vostra disposizione un'intera biblioteca per farvi ricredere; e, ciò ch'è più, coloro stessi, che di quel tempo erano profani alla scienza e all'arte di Temi, verranno a farvi fede che l'ordine sociale scrollerebbe senza la corda, il cavalletto e le cuffie (1). »

In causa di questo continuo e progressivo adattamento della coscienza popolare, coi fatti, colle particolari condizioni, cogli avvenimenti di qualsiasi genere, per cui il popolo passa, le leggi e i sentimenti non possono essere sempre in armonia. Per quanto una legge sia perfetta, nel momento in cui viene redatta, non lo è più subito dopo. Anzi, come avverte l'Holtzendorff, nel momento stesso in cui viene promulgata, è diggià imperfetta per molti, e la congruenza diminuisce, man mano che il tempo trascorre. La legge difatti altro non fa che fissare, col mezzo della lingua, ciò che di sua natura è mutevole. Essa può determinare la volontà sociale del tempo suo, non le fluttuazioni avvenire di questa volontà.

(1) Scolari. *Ist. di sc. pol.*, pag. 693.

Perciò caratteristiche della legge sono la mutabilità e la provvisorietà, non la stabilità e la permanenza. La sua durata potrà essere più o meno lunga; ma è sempre limitata, è sempre suscettiva di cambiamenti, man mano che cambiano le circostanze. Le riforme saranno consuetudinarie o scritte, saranno legislative o giudiziarie; ma le riforme avverranno. Che se, apparentemente, una legge rimane talora immutata, di fatto le interpretazioni la mutano; imperocchè la interpretazione delle vecchie leggi si risente anch'essa, necessariamente, del modo diverso in cui l'umanità intuisce, col progredire dei tempi, tutte le cose.

Nei varii periodi storici si segue l'una o l'altra via. Specialmente in passato la interpretazione giudiziaria aveva, come vedemmo, potente efficacia: il giudice si faceva giudice anche della legge e l'adattava. In altri momenti, e specialmente al dì d'oggi, il legislatore invece non adatta la legge, ma la muta, sostituendola con un'altra, che sia più in armonia colle nuove idee popolari (1).

Il Maiorana studiò, con acutezza, questo alternarsi dei due principii opposti d'*integrazione*, rappresentato dal legislatore, e di *differenziazione*, rappresentato dal giudice, e dimostrò l'alternarsi delle due contrarie tendenze. Egli crede anzi che quest'alternativa continuerà ancora. « Parmi chiaro, egli dice, che l'evoluzione debba condurre la magistratura ad una maggiore latitudine nella qualifica del fatto, epperò nello adattamento ad esso del diritto;

(1) Cf. HOLTZENDORFF. *Princ. de la pol.*, pag. 80 e seg., nonchè SCOLARI. *Ist. di sc. pol.*, pag. 696 e seg.

e ciò soprattutto nel senso di fare sorgere e successivamente svolgere nei giudici la potestà di prevenire i litigi, di dare maggiore efficacia e di rendere necessari in molti rapporti la conciliazione, il compromesso, l'arbitrato; di accrescere il campo della giurisdizione volontaria; di rendere elettivi, in tutto o in parte, i magistrati (1). »

Non esamineremo quì tale ipotesi, proponendoci di studiarla a fondo, allorchè ci occuperemo della funzione giudiziaria. Per ora ci basta d'averla accennata. Solo è necessario avvertire che le nuove potestà inerenti alla funzione giudiziaria, di cui il Maiorana parla, non sono tali da poterne dedurre, con sicurezza, che la giurisdizione possa invadere ancora il campo che le moderne dottrine assegnano alla legislazione.

D'altra parte, come bene avverte l'Holtzendorff, il fatto che l'autorità del giudice si limita oggidì al caso singolo e l'altro fatto che, per la procedura attuale, precisa e centralizzata, le corti supreme, non poste in contatto coi fatti e colle idee del giorno, risolvono astrattamente le questioni di diritto, costituiscono degli argini saldissimi contro ogni invasione (2).

(1) M a i o r a n a. *Ipotesi di una legge di embriologia sociale*, nell'*Archiv. di dir. pubbl.*, anno I, pag. 92-94. — Cf. anche, dello stesso autore, *La evoluz. dei rapporti fra la legislaz. e la giurisdiz.*, nell'*Arch. giur.* Vol. XLIII, fasc. 4-5.

(2) Chi non vede la differenza fra questo sistema e quello del diritto pretorio, che, *usu exigente et humanis necessitatibus* (3, Inst. I, 2), riformava periodicamente il diritto?

Uno dei più autorevoli scrittori della scuola storica, lo Schrader, pubblicò nel 1816 un libro, per caldeggiare l'idea che l'editto pretorio, adattato alle circostanze odierne, potesse essere ancora un

Ma, prescindendo da ciò, certo è che le leggi, anche ottime, sono soggette alle necessità del progresso. « Ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent (1). » Onde Washington diceva: « Il fondamento del nostro sistema politico è il riconoscimento diretto del popolo, di costituire e mutare la sua costituzione » e, s'intende, le sue leggi.

Che se Macchiavelli ha scritto in un luogo « che tiene qualche grado di infelicità quella città che non si sendo abbattuta ad un ordinatore prudente, è necessitata da sè medesima a riordinarsi (2) », ha anche scritto, e con maggiore sapienza, che sono meglio ordinate e hanno più lunga vita quelle repubbliche « che mediante gli ordini suoi si possono spesso rinnovare; ovvero che per accidente, fuori di detto ordine, vengono a detta rinnovazione. Ed è cosa più chiara che la luce, che, non si rinnovando, questi corpi non durano (3). »

Ma la coscienza del popolo restando sempre quella (4), i nuovi principii giuridici, le nuove leggi non si distaccano dal passato in modo tale, da rom-

mezzo di riforma adeguato e perpetuo. Eppure tale concetto fu vivamente combattuto, non solo dagli scrittori della scuola razionale, ma anche da quelli della storica!

(1) § 11, Inst. I, 2.

(2) Macchiavelli. *Disc. sulle Deche di Tito Livio*. Lib. I, cap. II.

(3) *Disc. Lib. III, cap. I.* — E nel cap. IX dello stesso libro dice: « Nascere ancora la rovina delle città per non si variare gli ordini delle repubbliche co' tempi. »

(4) Lo Scolari dice, in un luogo, che la coscienza giuridica è « presso ogni popolo diversa successivamente (*Istit. di sc. pol.*, pag. 693). » Trattasi, per certo, come si suol dire, di un *lapsus ca-*

pere il filo che ad esso li collega, non perdono il loro carattere essenzialmente storico (1).

La vita del diritto è, naturalmente, fatalmente, una lenta e continua evoluzione; ma evoluzione significa adattamento progressivo dei vecchi principii alle nuove necessità della vita, alle condizioni attuali della società (2).

Checchè si dica o si faccia, il passato vive in noi; anzi è il germe, è la causa immanente del presente, o, come dice lo Stahl, si contiene in questo.

Il diritto presente non è la cristallizzazione del passato; ma ne è la modificazione e il perfezionamento: è il prodotto di uno svolgimento continuo, in relazione colla nostra vita, colle modificazioni del nostro organismo, nel quale s' immedesima, seguendone le vicende.

Si potrebbe dire che il diritto odierno somiglia al diritto antico, così come la nostra fotografia d'oggi somiglia ad una fotografia pur nostra di un'epoca anteriore. Ogni legge, intrinsecamente considerata, è una constatazione, una riproduzione fotografica dell'atteggiamento della coscienza collettiva al momento in cui sorge. È una norma obbligatoria, che ha vigore fino al giorno in cui una nuova norma la sostituisca; è un punto di arrivo e

lami. Difatti, a pag. 96, egli aveva detto che la coscienza del popolo è la stessa ragione umana tenuta in rapporto ed in accordo coi fatti. Se essa mutasse, non sarebbe più il caso di parlare di rapporti e di accordi.

(1) L u z z a t t i. *Prelex. ad un corso di storia della cost. ingl.* Padova, 1877; pag. 4.

(2) Cf. H o s m e r. *Il popolo e la politica.* Lib. I, cap. I, nel terzo volume della *Bibl. di scienze pol.*

un punto di partenza, un ostacolo al regresso, un germe di futuri miglioramenti.

Una sola differenza, pur troppo, v'ha fra le leggi di un popolo e le fotografie nostre d'epoche diverse: che le leggi (parliamo in tesi generale) rappresentano un graduale miglioramento, mentre le fotografie dimostrano il nostro progressivo deterioramento.

Per tal modo, come il corpo sociale, così il corpo del diritto, malgrado le riforme introdottevi, resta intatto, « giacchè esso rappresenta (come dice l'Iona del corpo della costituzione) un tutto distinto dalle parti di cui è composto, e mutando successivamente l'una dopo l'altra queste parti, rimarrà sempre il tutto inalterato nella sua essenza, allo stesso modo che una associazione, col mutarsi degli individui di cui è composta, non altera in alcun modo sè stessa od il proprio fine, ma tutt'ora permane quale organismo autonomo (1). »

§ 40. I legislatori, adunque, per essere veraci interpreti della coscienza sociale, devono progredire con essa, devono seguirne le graduali trasformazioni, con un lento, continuo lavoro di correzione, di riforma, di emenda.

Ma non sempre la pensano così; anzi, assai spesso, pretendono che l'opera loro sia una specie di vangelo, che non si deve mutare.

Quest'idea, tutt'altro che nuova, si collega col carattere sacro che un tempo aveva la legge.

È naturale difatti che, quando si credeva la legge opera divina, regina dei re e dei popoli, la

(1) J o n a. *La riforma delle leggi costituz.* Torino, 1888; pag. 14.

si ritenesse inviolabile nella sua uniformità, e si considerasse sacrilego chi la disobbediva.

Gli stessi versi che la tramandavano di età in età, erano inviolabili. «Mutarvi una lettera, spostarvi una parola, alterarne il ritmo, sarebbe stato distruggere la legge medesima, distruggendo la forma sacra sotto la quale essa si era rivelata agli uomini. La legge era come la preghiera, che non era gradita alla divinità che alla condizione di essere recitata esattamente, e che diveniva empia se una sola parola vi fosse mutata. Nel diritto primitivo, l'esteriore, la lettera è tutto; non è da cercare il senso o lo spirito della legge. La legge non vale per il principio morale che è in essa, ma per le parole che la sua formola contiene. La sua forza è nelle parole sacre che la compongono (1).»

Soprattutto gli autori dei primi codici ritennero immutabili le leggi. Teodosio, abrogate in termini espressi tutte le costituzioni non riprodotte nel suo codice (2), dice che questo, «*omnis juris diversitate exclusa, magisterium vitae suscipiet*» e che «*nullum errorem, nullas patiatur ambages* (3)». E Giustiniano, già lo vedemmo, diceva, del codice suo, che avrebbe completamente soddisfatto alle esigenze del foro, e proibiva i commenti, le abbreviazioni e le sigle nelle copie (4).

(1) Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 224.

(2) *Nov. Cod. Theodos.*, 1.

(3) *Gesta in Senatu* etc. C. Theod. — *Const. de Theod. cod. auctoritate*, I, 1.

(4) *Const. Summa reipubl.*, § 3. — *Const. Deo auctore*, § 12, 13. — *Const. Tanta*, § 21, 22.

Anche i baroni inglesi esclamavano: « Nolumus leges Angliae mutari (1). » E il Blackstone, come il cancelliere Fortescue, che scrisse *de laudibus legum Angliae*, è talmente nemico di ogni riforma, da biasimare perfino l'introduzione della lingua inglese, nei rapporti delle corti di giustizia.

La stessa pretesa si manifestò in Francia all'epoca della rivoluzione.

Discutendosi nella Convenzione la costituzione dell'anno III, Filippo Delleville chiese « la pena di morte contro chiunque proponesse di fare dei mutamenti alla costituzione ». Questo emendamento non fu approvato; ma certo aveva del buono. La ghigliottina è un così potente argomento!

E Bigot-Préameneu, uno dei più eminenti autori del codice francese, così ne parlava dinanzi al Corpo legislativo: « E un'opera terminata: è, se io posso esprimermi così, una specie d'arca santa, per la quale noi daremo ai popoli vicini l'esempio d'un rispetto religioso. » Onde Napoleone, appena seppe del primo commento stampato, esclamò: « Il mio codice è perduto. » (2)

Anche al dì d'oggi molti civilisti ci dicono, quasi con un sentimento religioso, misto di ascetismo e di paura: *Rispettate l'antica sapienza giuridica*. Anzi gli stessi più recenti compilatori dei co-

(1) Nel parlamento di Merton, tenuto nel ventesimo anno del regno di Enrico III (1204), « omnes Comites et Barones una voce responderunt, quod nolunt leges Angliae mutari. »

(2) Bigot - Préameneu. *Exposé des motifs fait au Corps législatif* (22 août 1807). In Locré. *Op. cit.* Vol. I, pag. 112. — Las Casas. *Mém. de Sainte Hélène*, 12 mai 1816. — Saredo. *Tr. delle leggi*. Vol. I, pag. 100.

dici intendono di costituire delle regole permanenti per la condotta dei cittadini.

Ma, dopo tutto, sono abbastanza ragionevoli. Non pretendono più che le leggi sieno eterne; ma solo domandano che sieno conservate per un lungo periodo di tempo, e che si proceda alla loro mutazione, quando la necessità ne sia palese, e con quella prudenza che Ulpiano raccomandava: « In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est (1). »

Meno ragionevoli erano, fino a pochi anni fa, molti statisti e pubblicisti, i quali affermavano la intangibilità degli statuti fondamentali. La quale tesi fu propugnata anche a proposito dello statuto nostro. Anzi la medesima proclamazione che lo precede determina tale intangibilità: « Perciò (così essa conclude) di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo in forza di Statuto e Legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia, quanto segue. » (2)

(1) L. 2 D. de constit. princ.

(2) Fu detto e ripetuto molte volte che, con queste parole della proclamazione del nostro statuto, s'imitarono le carte francesi del 1814 e del 1830. Non è vero.

La proclamazione che precede la Carta del 1814 finisce così: « Noi abbiamo volontariamente e per il libero esercizio della nostra autorità reale accordato e accordiamo, fatta concessione e *octroi* ai nostri sudditi, tanto per noi, quanto per i nostri successori e per sempre, della Carta costituzionale che segue »

Ma alcuni periodi prima è anche detto: « Allorchè la saggezza del Re s'accorda liberamente col voto dei popoli, una Carta costituzionale può essere di lunga durata. »

Altri non vanno tanto in là.

Si possono e devono mutare, secondo essi, tutti i diritti, anche quelli che fissano il meccanismo minuto del governo, i mezzi e i modi d'esercizio della sovranità; ma devono rimanere immutate le basi, le fondamenta della costituzione di uno Stato, come la sua unità, l'appartenenza dei poteri, le pubbliche libertà ecc., tutto ciò, in una parola, che costituisce la individualità storica delle istituzioni.

« Certamente lo statuto, dice ad es. il Garelli, fondato, come tutte le opere umane, su principii di ragione, e su condizioni di fatto, ha alcune basi che sono in ragione od in fatto invariabili. La dichiarazione dei diritti del cittadino esprime principii acquistati dalla scienza, e che si potranno svolgere ed accrescere, ma non immutare: la costituzione dei grandi poteri dello Stato, dedotta da motivi di ragione non meno, che di convenienza, non ammette revoca; non è una combinazione casuale, ma un fatto storico, che ha la sua ragione d'essere nelle condizioni generali dell'umanità, come nella storia passata e presente del nostro paese. Ma, all'infuori di queste basi intan-

Quanto alla costituzione del 1830, non abbiamo trovati, che abbiano relazione coll'argomento, che gli articoli 66 e 68. Il primo dice: « La presente Carta e tutti i diritti ch'essa consacra restano confidati al patriotismo e al coraggio delle guardie nazionali e di tutti i cittadini francesi. » Il secondo poi dichiara che « l'art. 23 della Carta sarà sottoposto a un nuovo esame nella sessione del 1831. »

Si è, adunque, fatto dire, alla *Carta-verità*, l'opposto di quello che veramente diceva.

gibili, sufficientemente vasto è il campo ai progressi e ai miglioramenti (1) ».

Le leggi infatti che fissano il meccanismo minuto del governo devono rispondere alle contingenze temporanee, ai bisogni del momento, allo sviluppo storico del paese, alla naturale evoluzione del pensiero nazionale, e perciò devono avere in sè un germe di miglioramento continuo; devono, per necessità, di mano in mano alterarsi, correggersi ed innovarsi, così come un abito si raccorcia, si migliora e si muta, a seconda che cresce l'individuo che lo porta o che cambia la moda.

Ma se l'abito può e dev'esser mutato, l'individuo deve restare sempre quello.

Un paragone di uno scrittore svizzero, il Vogt, spiega pure questo concetto. Il corpo politico, egli dice, come un corpo umano, deve mutare di pelle, ma non mutare la sua individualità.

« Si è in tal modo, dice a questo proposito il Lampertico, che negli ordini costituzionali, come negli organismi fisici, variano gli elementi individuali, ma nel turbinio che li porta, rimane nella sua identità l'organismo. La goccia d'acqua, che mi passa davanti, sarà già perduta nei mari, e tuttavia continuerà a scorrere quel fiume, alimentato sempre dalle stesse sorgenti, sempre glorioso del suo nome. La materia continuamente muta, ma non è che depositaria delle forze che non mutano. La permanenza dei principii costituzionali, il mutamento continuo degli istituti di cui son l'anima e il moto, ci rappresentano in questo grande

(1) Garelli. *Lex. di dir. cost.* Lez. XXXV.

organismo dello Stato il rapporto stesso che passa tra le forze e la materia nei corpi viventi (1).»

Quest' opinione fu sostenuta, fra altri, dal conte di Cavour. Alludendo alle parole *perpetua ed irrevocabile*, della proclamazione dello statuto, egli affermò che gli autori di questo non intesero di dire che lo statuto stabilisca un sistema d'immobilità assoluta, contraria al buon senso e ai bisogni sociali, ma solo espressero il concetto che lo statuto, pur avendo origine dall' autorità del principe, sia non una concessione che si possa togliere, ma un patto fra principe e popolo, sacro, perpetuo, irrevocabile, nei nuovi e grandi principii proclamati, quantunque mutabile nelle sue condizioni particolari ed aperto ad ogni futuro progresso (2).

Senza indagare se questa interpretazione della praclamazione dello statuto sia esatta (locchè ci condurrebbe fuori affatto del nostro tema) ci basta adunque avvertire che anche il Cavour afferma immutabili e perpetue talune disposizioni statutarie (3).

§ 41. La pretesa d' imbrigliare comunque il diritto, di contrastarne il perfezionamento, condizione e necessità suprema della società umana, mantenendo immutate delle leggi, che alla nuova civiltà, alle nuove esigenze sociali, alla modificata

(1) Lampertico. *Lo Statuto e il Senato*. Roma, 1886; pag. 103.

(2) Cavour. Nel *Risorgimento*, 4 marzo 1848. — Cf. anche Minghetti. *Discorso agli elettori di Legnago*, 15 ottobre 1881.

(3) Quella interpretazione è comune ai costituzionalisti recenti. Ma è, secondo noi, una interpretazione larghissima, sul genere di quelle del pretore romano!

coscienza popolare più non rispondono, è una vera eresia.

« Rigettare ogni innovazione, dice il Bentham, è rigettare ogni progresso: in quale stato saremmo noi, se si fosse seguito questo principio fino al presente? Imperocchè, infine, tutto ciò che esiste è incominciato; tutto ciò che ora è *stabilito* è stato una *innovazione*. Quelli che approvano oggidì una legge come antica, l'avrebbero biasimata un tempo come nuova (1) ».

Questa teoria è contraria infatti alla fatalità storica, contraria al buon senso, poichè « è stolto di porre in qualunque guisa un argine al progresso dello spirito umano », come dice il Minghetti (2).

L'indole, il carattere, il genio, i sentimenti, le idee, i bisogni di un popolo non comportano compressione. Egli vuole e deve espandersi liberamente, secondo la natura sua. L'arbitrio, sia inteso al bene, sia inteso al male, a lungo andare non dura.

Ogni volta che un legislatore, o per presunzione soverchia, o per cura colposa di particolari o sinistri interessi, o per difetto d'intelligenza, di chiaroveggenza, di tatto, anzichè rispecchiare la pubblica coscienza, vuole imbrigliare il diritto, o neglige di mutare la legge, mantenendo per forza in vigore norme e istituti non più conformi alle nuove condizioni, fa opera dannosa e vana assai spesso.

Imperocchè, qualunque cosa si faccia, qualunque impedimento si opponga, ciò che la co-

(1) Bentham. *Traité de législ.* Vol. I, pag. 135-36.

(2) Minghetti. *Discorso* citato.

scienza popolare vuole, in un modo o nell'altro, fatalmente, irremissibilmente si attua (1).

Quante volte, perfino nei giudizi, come vedemmo, anche per interpretazioni cavillose dei giudici, la coscienza popolare non s'impone! Quante volte delle pene troppo severe non vengono corrette, regolarmente, colle grazie e cogl'indulti! La pena di morte era scritta ancora nel nostro codice; eppure, o per giudizio di giurati, o per concessione di grazia, non si applicava mai!

E in antico la sacra inviolabilità della legge era più apparente che reale.

Non si abrogavano le vecchie leggi; ma se ne facevano delle nuove, spesso in opposizione a quelle. Il codice di Dracone sussistette anche dopo quello di Solone. « Draconis leges, quoniam videbantur acerbiores, non decreto jussoque, sed tacito illiteratoque Atheniensium consensu obliteratae sunt (2). » Le dodici tavole non abolirono le leggi regie; nè le leggi successive abolirono le dodici tavole. Il codice di Manu, pur mantenendo l'antica legge, che stabiliva il diritto di primogenitura, ne scriveva di fianco un'altra, che prescriveva la ripartizione eguale dei beni tra i fratelli. Da ciò quella confusione, che caratterizza l'antico diritto: leggi diverse e talora opposte, contemporaneamente sussistenti e tutte rispettabili e rispettate (3).

(1) Si consultino le splendide pagine, che dedica all'argomento il Palma, nelle *Questioni costituzionali*. Firenze, 1885; pag. 239 e seg.

(2) Gellius. *Op. cit.* XI, 18.

(3) Fustel de Coulanges. *Op. cit.*, pag. 222-23.

V' ha di più: in Atene i tesmoteti avevano l'incarico di correggere (διορθοῦν) annualmente le leggi nel demo; nel regno d'Israele il Sinedrio, sotto forma d'interpretarle, modificava opportunamente le leggi; a Roma la storia del diritto è la storia della sua evoluzione progressiva.

Anche a Venezia esisteva uno speciale organo statutale, creato la prima volta, sotto il doge Jacopo Tiepolo, nel 1280, coll'incarico di proporre la cancellazione di quelle leggi che riconoscesse inopportune, superflue, disusate o corrette. È il magistrato *de' correttori della promissione ducale*, o, come ne' primordii si chiamò, *de' dipennatori*. Ma agli organi, pur troppo, noi qui possiamo soltanto accennare.

Quanto all'Inghilterra, il famoso grido: « *Nolumus leges Angliae mutari* », è una forma energica di rivendicazione delle antiche libertà; non l'espressione della volontà di non aumentarle. Ad ogni modo, se alla massima francese: « *tout nouveau, tout beau* », gl'inglesi rispondevano: « *novità, falsità; the new is false* », tuttavia, nel fatto, la massima s'invertiva. E forse si può dire che l'Inghilterra è il paese nel quale, da tre quarti di secolo a questa parte, le riforme furono più numerose e progressive.

E quei legislatori immodesti, che pretesero di aver segnati i confini al progresso, dovettero contraddirsi essi stessi: Giustiniano colle sue *Novelle*, Napoleone colle sue nuove leggi. Le loro opere furono poi modificate e completate ampiamente dai successori.

Specialmente la civiltà moderna ha fretta : essa non comporta impedimenti teorici. I codici di diritto privato son tanto recenti, eppure sentiamo tutti che ben presto saranno scompagnati dalle riforme sociali (1).

E i codici penali ? Dalla fine del secolo scorso ad oggi, essi sono stati mutati due o tre volte, in Francia, in Italia, in Germania, nel Belgio, dappertutto, man mano che il sentimento pubblico si è ispirato a sentimenti più umani.

In Inghilterra furono fatti talora degli statuti, che intendevano legare i Parlamenti successivi. Per es., lo statuto 11 Enr. VII, c. 1, stabiliva che nessuno potesse essere condannato (*attainted*) come colpevole di tradimento, per atto del Parlamento o in qualsiasi altro modo, per avere *de facto* dati dei soccorsi al Re. Or bene, come avverte il Blackstone, questo statuto non fu ritenuto valido che in ciò che concerneva le procedure ordinarie per crimine di alto tradimento; ma non nel senso di restringere od impedire alcun bill d' *attainder* del Parlamento, e ciò perchè il potere di questo è sem-

(1) Si vedano, come sintomi notevolissimi di questa tendenza, la prelezione di Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (Napoli, 1891), in cui l'autore fa voti che il principio della libera volontà delle parti sia temperato nel diritto contrattuale dall'idea sociale dello Stato; quella del Salvioli, *I difetti sociali del codice civile* (Palermo, 1891), con cui l'autore chiede un sano e fondamentale allargamento del diritto privato, includendolo entro l'orbita del diritto sociale, l'opera del Cavagnari, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari* (Milano, 1891), che propugna miglioramenti nei diritti che riguardano la famiglia ed in particolare nelle istituzioni pupillari.

pre uguale, onde un Parlamento precedente non può legare quello successivo (1).

Cicerone, nelle sue lettere ad Attico, dichiara un errore le disposizioni legislative che hanno per iscopo di restringere il potere dei legislatori avvenire e dice che l'abrogazione di una legge abroga anche la disposizione proibitiva che impediva di abrogarla: « *Quum lex abrogatur, illud ipsum abrogatur, quo non eam abrogari oporteat* (2). »

Questi principii, secondo noi, valgono per ogni parte del diritto, anche costituzionale, e cioè eziandio per quelle che riguardano le fondamenta della costituzione di uno Stato qualsiasi; imperocchè « tutto ciò che nasce è soggetto a decomposizione. » È una verità elementare, e non occorre, a vero dire, citare Platone, per darle autorità.

Certamente quelle modificazioni essenziali; le quali non mantengono intatte le fondamenta dello Stato, non possono avvenire in condizioni normali fisiologiche, mercè gli organi costituzionali dello Stato. Per esempio, non esistono, in alcuno Stato, organi intesi a distruggerlo, a mutarne le basi, a farne, verbigrazia, di una monarchia una repubblica o viceversa.

Ma altro è dire ciò, altro è dire che la volontà dei legislatori possa impedire quei mutamenti, quando la coscienza giuridica popolare li esiga.

Nè, d'altra parte, è possibile stabilire concretamente il limite fra i diritti che riguardano il

(1) Blackstone. *Op. cit.* Vol. I. Introd., Sez. III.

(2) I, 3, ep. 23.

meccanismo minuto del governo e quelli che riguardano le basi fondamentali della costituzione.

A mo' d' esempio, come abbiamo veduto, la forma del governo s'è mutata in Italia, senza che perciò si sia ricorsi a mezzi posti all' infuori della costituzione dello Stato.

Allo stesso modo la Svizzera ha mutata la forma dello Stato: da Confederazione di Stati s'è convertita in Stato federale.

Così si potrebbe costituzionalmente sopprimere un senato divenuto superfluo o mutare le basi della camera dei deputati.

Invece la soppressione del capo dello Stato, perfino la semplice mutazione del suo diritto ereditario in elettivo, non potrebbe normalmente avvenire.

D'altronde, se lo Stato fosse fine a sè e non mezzo, la teoria della immutabilità delle sue basi fondamentali potrebbe giustificarsi; ma poichè lo Stato invece è soltanto mezzo al bene delle parti e la sua mutazione e persino la sua soppressione, che non significa morte delle parti, ma inclusione di esse in altro Stato, può essere un bene, la teoria stessa non è in alcun modo sostenibile.

E invero talora avvenne che lo Stato medesimo manifestasse regolarmente la sua volontà, anche su ciò che, senza alcun dubbio, riguardava le fondamenta della sua costituzione e perfino la sua stessa vita.

Così avvenne quando i vecchi Stati italiani si pronunciarono, con mezzi certo adattissimi, come erano i plebisciti, per la propria soppressione e fusione nel regno d'Italia; quando la Svizzera

mutò la propria forma di Stato; quando la Francia reiterate volte mutò la propria forma di governo; quando, infine, questo o quello Stato sopresse o modificò taluno degli organi, di cui il suo governo si componeva.

Che se, per difficoltà di qualsiasi specie, lo sviluppo regolare e continuo delle istituzioni è comunque impedito, l'equilibrio turbato si ristabilisce a lungo andare medesimamente, poichè, sia o no regolare il corso degli eventi, tutti fatalmente siamo spinti innanzi da una forza, cui è vano l'opporsi.

E così il naturale sviluppo del giure, interrotto dalla conquista germanica, ricominciò, appena al turbino delle irruzioni successe lo stabilimento di un nuovo stato di pace. Nuove istituzioni e nuovi diritti sorsero, in relazione ai nuovi bisogni e alle nuove condizioni. Eppure, malgrado la lunghezza del tempo trascorso e l'imperversare degli eventi d'ogni fatta; malgrado la diversità grandissima della civiltà moderna, in confronto dell'antica, il diritto civile odierno trova ancora la sua sorgente prima nel diritto romano. Al nuovo edificio giuridico ogni generazione apportò il suo contributo, così che ogni istituto, ogni norma contenuta nei codici odierni, non è la riproduzione del diritto antico; ma su questo diritto, veramente glorioso, l'edificio si fonda, e in esso ogni istituto trova la sua origine prima.

§ 42. Qualora poi gli ostacoli non provengano da condizioni generali e storiche, ma da capricci di governanti o da interessi di classi predominanti, le forze trattenute scattano e prorompono: allo sviluppo giuridico normale sottentra la forma irregolare della rivoluzione. Alla evoluzione fisiologica-

mente sana del diritto sottentra una evoluzione patologica, convulsa, a sbalzi, a scosse, perfino a corsi e a ricorsi. Non è più un fiume regale che, maestosamente, conduce le sue acque al mare; è un torrente, che, fra i dirupi, sobbalza e tutto travolge. Ma la meta è la stessa: l'acqua va al mare.

E dicemmo: a corsi e a ricorsi, perchè, pur troppo, assai spesso, in questi casi, il popolo non si ferma al punto opportuno, ma procede al di là del necessario e dell'utile, abbattendo tutto dinanzi a sè e ricostruendo, fra l'ebbrezza dei tumulti, un nuovo edificio, cui mancano le due più solide basi, cioè la forza della tradizione e la rispondenza perfetta ai nuovi bisogni.

Non possiamo quì svolgere la teoria delle rivoluzioni. Ma è certo ch'esse, quando non sono artificiali, quando cioè manifestano la volontà collettiva, non sono contrarie al diritto. Il diritto di uno Stato, abbiám detto, è il complesso delle leggi positive dello Stato stesso, cioè delle manifestazioni della volontà collettiva. Ma se le leggi non sono tali che di nome; se esse non sono l'espressione di questa volontà, devono essere abbattute. La vera manifestazione della volontà collettiva, la vera legge positiva, in tal caso, è la rivoluzione, «rimedio violento ma unico, come dice l'Holtzendorff, d'una situazione intollerabile e dannosa nella sua persistenza (1).»

(1) Holtzendorff, *Princ. de la Polit.*, pag. 79. — Quest'autore anzi dice, nello stesso luogo: «Fino al presente noi non conosciamo alcun progresso il quale abbia fatto epoca nella vita degli Stati d'Europa, che avesse potuto realizzarsi semplicemente sotto forma di leggi positive.» — Anche Aristotile dice necessarie

Non sappiamo se questo nostro concetto, per cui la rivoluzione diventa la vera legge, in determinate circostanze, sia stato già esposto da alcuno: esso è la conseguenza logica di quel principio, che abbiamo posto a base del nostro studio, cioè che lo Stato è la società stessa e non un ente da questa distinto.

Crediamo che solo in tal modo la rivoluzione si possa, non solo giustificare, ma legittimare. Altrimenti si faranno solo delle frasi, belle per certo, ma rettoriche, o anche morali, ma non fondate in diritto.

Comunque sia, questo fenomeno della rivoluzione, questa forma eccezionale della legge, è una necessità assoluta, quando le umane passioni si contrappongono alla trasformazione regolare delle istituzioni; quando, con indegni vincoli, si vuole inceppare il progresso dello spirito umano.

« Ma se, scriveva il conte di Cavour, dopo aver proclamata la necessità della cessazione del potere temporale, questo cambiamento inevitabile si opererà senza disordini, il vecchio edificio, invece di crollare sulla testa dei suoi abitanti, sarà demolito pietra per pietra e si sarà così risparmiata alla rivoluzione la sua triste bisogna (1). »

le rivoluzioni, apparentemente da un altro punto di vista, ma in sostanza per lo stesso motivo. Indeclinabile e sicura, egli dice, è la rivoluzione, perchè tutti i sistemi di governo, per quanto giusti nel fondo, sono radicalmente falsi nei loro svolgimenti e nelle loro applicazioni (*Pol. Lib. VIII, cap. VI*).

Speriamo, per il bene dell'umanità, che ciò non sia sempre vero.

(1) *Memorandum: Que peut-on faire pour l'Italie?* Torino, febr. 1856. — Nel 1884 il Gladstone diceva alla Camera dei comuni

« Quando i Paesi Bassi, dice il Bluntschli, si sollevarono per la loro libertà religiosa contro la spagnuola tirannia dell'inquisizione, e gl'inglesi per la loro libertà popolare parlamentare e scacciarono gli Stuardi, e quando i tedeschi riscattarono la loro nazionalità dal dominio straniero contro Napoleone I; i greci contro i turchi, gl'italiani contro l'Austria; quando le colonie dell'America del Nord impresero di acquistare la già matura indipendenza, contro l'abusata tutela dei loro maggiori fratelli; quando la nazione francese scosse l'assolutismo di un governo incapace, quando la nazione italiana raccolse ed unificò le sue sparse membra; quando la Prussia aiutò la nazione tedesca a sciorre i suoi legami con l'Austria, i quali incatenavano l'un coll'altro i due grandi organismi e impedivano per ambedue l'opportuno e necessario sviluppo, ed in luogo di una insufficiente e impacciante federazione principesca si pose una libera costituzione generale del popolo tedesco, tutte queste furono al certo giustificate rivoluzioni (1). »

(seduta 30 ottobre): « Se io abborro l'impiego della forza brutale, non posso però, non voglio adottare per mio conto quelle reticenze effeminate per le quali si celano al popolo le lezioni consolanti e gl'incoraggiamenti ch'egli può dedurre dalle sue antiche lotte, dal ricordo delle grandi qualità dei suoi antenati e dalla coscienza che queste qualità egli le possiede ancora... Se nelle epoche di crisi politica, non si fosse mai consigliato al popolo del nostro paese che di amare l'ordine, di detestare la violenza e di mostrarsi paziente, le libertà nazionali non si sarebbero mai ottenute. »

(1) B l u n t s c h l i. *La pol. come scienza*, pag. 171-72. — Del diritto alla rivoluzione egli parla anche nel *Diritto pubbl. univ.* Lib. VI, cap. III. — Ivi cita queste parole del N i e b u h r: « Chi non ammette la massima - la necessità non conosce alcuna legge - prof-

Ma gli esempi più espressivi ci paiono quelli delle rivoluzioni inglese e francese.

La monarchia inglese, tentando d'impedire la continuità del diritto, rese necessario, per lo sviluppo delle istituzioni, per il ristabilimento dell'ordine turbato, il ricorso al mezzo supremo della rivoluzione, mercè la quale, contrapposta la forza alla forza, il diritto potè trionfare. E sì che si trattava di un paese in cui il rispetto alle tradizioni è quasi un culto!

E la rivoluzione francese, che cos'è se non una corsa sfrenata per mettere il diritto in relazione coll'atteggiamento che la coscienza giuridica era andata gradatamente assumendo, a incominciare dal XIV e dal XV secolo? L'Inghilterra avea potuto intanto gradatamente progredire; la Francia invece non lo avea potuto, per differenze dovute al diverso corso della sua storia e al diverso genio nazionale.

Perfino in Svizzera, dove, fino al 1848, si opponevano ostacoli d'ogni maniera alle riforme costituzionali, la rivoluzione divenne mezzo potente al diritto, e solo allora che questi ostacoli furono aboliti, il giuoco delle istituzioni diventò regolare, diminuendo la confusione e togliendo alle forze d'im-

ferisce la parola più orribile ed esecrabile. Quando un popolo è incatenato e vilipeso a sangue, senza speranza di miglioramento, come i greci sotto i turchi, ove più niuna donna era sicura del suo onore, ove niuna briciola di diritto è da ottenersi da' tiranni, allora vi è l'altissima necessità della rivoluzione, e allora la ribellione è legittima, come qualunque altro mezzo. Chi disconosce la legittimità della rivolta, colui dovrà essere l'uomo il più gretto.» (*Gesch. des Zeitalters der Revol.* Vol. I, pag. 211).

pulsione la facoltà di agire fino a scomporre la macchina, come prima avveniva.

L' unico mezzo sicuro, per evitare la rivoluzione, è la riforma a tempo opportuno. Epper ciò ormai sono assai rari gli scrittori, i quali credano nella intangibilità di una legge qualunque.

Coloro i quali oggidì ancora affermano la opportunità di mantenere immutati gli statuti fondamentali, intendono che la immutabilità sia formale, per ragioni di prudenza politica, e ammettono che, con altre leggi indirettamente, o con consuetudini, possano modificarsi. Essi, in altre parole, si limitano a preferire un modo all' altro di riforma; non negano le riforme, non intendono d' impedire ulteriori progressi.

Uno scrittore nostro, che caldamente e vigorosamente sostenne questa tesi, l' Iona, si compiace anzi al pensiero che, probabilmente, fra mezzo secolo... e forse più, molta parte ancora del nostro statuto potrà aver cessato di vivere. « Chi sa se fra qualche tempo... non rimarrà quale la legge delle 12 tavole di fronte al diritto privato romano, o come la Magna Carta di fronte all' attuale diritto pubblico inglese? (1) »

§ 43. Ma se la legislazione non è un vangelo, non può nemmeno essere un giornale, che si legge appena pubblicato e non si conserva, sostituendolo ogni dì con un altro. La legislazione, ci si passi il paragone, è un libro sempre aperto, in cui gli organi legislativi scrivono, giorno per giorno, come gli antichi cronisti, tutto ciò che osservano, senza cancellare quello che vi era scritto prima.

(1) J o n a. *Studi costituz.*, pag. 20.

« Colui che desidera o che vuole, dicea Macchiavelli, riformare uno stato d'una città, a volere che sia accetto, e poterlo con soddisfazione di ciascuno mantenere, è necessitato a ritenere l'ombra almanco de' modi antichi, acciò che a' popoli non paia avere mutato ordine, ancora che in fatto gli ordini nuovi fussino al tutto alieni dai passati; perchè lo universale degli uomini si pasce così di quel che pare, come di quello che è; anzi molte volte si muovono più per le cose che paiono, che per quelle che sono (1). »

In quegli Stati, dove la vita sociale è più sana e rigogliosa, le riforme si compiono appunto incessantemente, senza interruzioni e senza timori. Ivi gli organi dello Stato (i quali altrove non sanno decidersi alle necessarie riforme, e che soprattutto non hanno la forza di mutare sè stessi, di modificare i proprii rapporti, di rinunciare a' proprii diritti e alle proprie prerogative, non più in rispondenza colle nuove condizioni sociali), seguono gradatamente i progressi dello spirito pubblico, lasciando che si modificino e adattino, o modificando e adattando essi stessi, man mano, il vecchio edificio ai nuovi bisogni, riuscendo così, coll' indefesso ossequio alla coscienza collettiva, ad assicurare la continuità del diritto, a conservare, a rendere più stabili, mercè le perseveranti riforme, le tradizionali istituzioni.

Due esempi massimi di questa evoluzione naturale e spontanea, di questa continuità e stabilità, prodotte dallo svilupparsi, dal perfezionarsi, dal ringiovanirsi continuo delle vecchie forme, secondo

(1) Macchiavelli. *Disc. Lib. I, cap. XXV.*

le necessità dei tempi, sono quelli di Roma e d'Inghilterra.

I romani seppero conciliare mirabilmente ogni più alto ardimento col rispetto all' antico: « non profecto ignoras, dice Aullo Gellio, legum opportunitates et medelas pro temporum moribus, et pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum presentium rationibus, proque vitiorum, quibus mendendum est, fervoribus, mutari atque flecti: neque uno statu consistere; quin ut facies coeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur (1). » Al pari di Giano, protettore della città, la volontà romana sembra avere due faccie, l'una rivolta alle tradizioni, l'altra alle necessità del presente (2).

Ivi il diritto viveva della stessa vita del popolo e progrediva con essa. Onde la sua storia è non interrotta mai; ma organicamente si collega ne'suoi varii stadii e nelle sue varie forme, sempre logicamente e strettamente connesse.

La legge delle dodici tavole è la base di tutto l'edificio. Da essa si svolgono, pur rimanendo con essa legate, le successive riforme. Eccitamento a continui progressi, essa fu paragonata ad una pietra miliare, che segna al viaggiatore una tappa nella sua via.

« Fu per questo senso politico attuosso, il quale collegava il passato al presente, elevando il diritto

(1) Gellius. *Op. cit.* L. XX, c. I. — E Cicerone scriveva: « Nostra autem respublica non unius esset ingenio, sed multorum, nec una hominis vita, sed aliquot esset constituta saeculis et aetatibus (*De Republ.* Lib. XI, cap. I). »

(2) Carle. *La vita del dir.*, pag. 144.

dall'umile semplicità dei primi tempi al prodigioso sviluppo dell'epoca classica, che ai romani giureconsulti, fin dai più tardi tempi, riescì agevole di esercitare sulla materia della loro scienza quella compiuta padronanza che fa la nostra ammirazione (1). »

Così in Inghilterra.

« A quel modo che, dal diritto rigoroso delle dodici tavole, informato alle precedenti consuetudini, si perviene, come scriveva il Luzzatti, attraverso successive e lenti modificazioni, suggerite dall'equità ai pretori ed ai prudenti, fino alla codificazione di Giustiniano, così dalla *Magna Charta* del 1215, e prima ancora di essa dalle consuetudini del *Kent*, del *Wessex* e dalle ordinanze di Edgardo ed Ethelredo (dal 959 al 975), si arriva per gradi alla riforma elettorale del 1867.

« La novità di ogni idea e di ogni istituto, nel diritto privato romano, come nel diritto pubblico inglese, consiste, ad epoche diverse, nel grado diverso e relativo di perfezione. Gli elementi coi quali i secoli ordiscono la loro trama sono eguali, ma contengono una diversa dose di ricchezza e di maturità. »

E continua: « La storia costituzionale dell'Inghilterra somiglia al foglio di una macchina continua. I migliori trattati di diritto pubblico inglese, da Blackstone a May, Todd e Stubbs, sono le storie della loro costituzione, come la storia del diritto romano è l'intuito e la notizia del progresso scientifico del diritto (2). »

(1) Savigny. *Vocaz.* etc. III.

(2) Luzzatti. *Prelez ad un corso di storia della cost. ingl.*, pag. 4 e 6. — Perspicuo e splendido è l'articolo, che l'insigne no-

Onde il Macaulay, parlando appunto della costituzione inglese, diceva ch' essa è diversa dall'antica, quanto la quercia secolare dal suo germoglio, quanto l'uomo dal ragazzo; essa non s'è mai trasformata siffattamente, che in qualunque età la maggior parte delle sue leggi non fossero antiche (1).

Senonchè è giusto l'affermare che, come questi organismi, molti altri ancora si trovano nella famiglia delle istituzioni civili e politiche, i quali si sono svolti compiutamente e perfettamente.

L'Ungheria, la Svezia, la Norvegia, la Polonia, Venezia,

del senno uman la più longeva figlia,

le stesse repubbliche della Svizzera, seguirono la medesima via.

Vero è che grande, come vedemmo, è la differenza del metodo fra i romani e gl'inglesi, questi romani moderni, da un lato, e gli svizzeri dall'altro.

stro maestro dedica all'argomento, nella *Nuova Antologia* (1 febr. 1880), sotto il titolo *La embriologia e la evoluzione delle costituzioni politiche*.

(1) M a c a u l a y. *St. d'Inghil.* Cap. I. — Si consultino le mirabili pagine, palpitanti di amor patrio, ma non esagerate, che sull'argomento ha scritte il F r e e m a n. *Op. cit.*, spec. a pag. 20-23, 60-62, 70-75.

Il B l a c k s t o n e paragona il sistema inglese delle azioni giudiziarie « a un antico castello gotico costruito nei giorni della cavalleria, ma disposto per un abitante moderno: i bastioni contornati di fossati, le torri merlate, le sale ornate di trofei, sono magnifiche e venerabili, ma neglette come inutili; gli appartamenti inferiori, disposti e distribuiti per gli usi attuali, sono allegri e comodi, quantunque l'andarvi riesca intricato e difficile. » (*Op. cit.* Lib. III, cap. XVII).

Questo paragone, riferito alla costituzione inglese, si trova anche in qualche altro luogo; ma non ricordiamo più dove.

La Svizzera ha ormai codificato in gran parte il suo diritto pubblico, mercè gli statuti fondamentali, ed è sempre, o quasi, a mezzo di leggi, che vi apporta modificazioni.

Invece i romani si tennero alla consuetudine, onde il diritto romano, come diritto consuetudinario, si è organato quasi interamente per virtù d'intrinseco esplicitamento (1).

Ed anche in Inghilterra, come sappiamo, il diritto, sia pubblico, sia privato, non è codificato: esso è in gran parte consuetudinario, ed assai spesso sono le consuetudini e non le leggi scritte che lo modificano.

Ma la differenza, dal nostro punto di vista, è inconcludente: è formale e non sostanziale.

Pare sostanziale, perchè si raffrontano e confondono due cose affatto distinte, la costituzione romana o inglese e le carte costituzionali dei paesi del continente. Quelle, si dice, vivono della vita del popolo, sono il complesso dei costumi, delle tradizioni, delle credenze, dello spirito storico, della legislazione civile di esso. Queste invece sono pezzi di carta, che nulla hanno di sacro e nulla dicono al cuore della nazione. Perfettamente vero! Ma allora anche la *Magna Charta* era un pezzo di carta. Gli è che gli statuti dei popoli moderni, più o meno estesi, pur chiamandosi costituzioni, non sono la costituzione di uno Stato. È proprio vero che la Francia d'oggi non si colleghi alla Francia antica, che ogni tradizione sia rotta? Se si guarda non alla esteriorità delle cose, ma ai loro intimi rap-

(1) Savigny. *Della vocaz.* ecc., III.

porti, 'si vede che i nuovi regimi altro non fecero che riorganizzare e completare, sotto una nuova ispirazione, gli elementi precedenti (1). Le istituzioni di un popolo, malgrado le apparenze, non perdono mai il loro carattere storico: sono dei fogli staccati; ma, raccolti in libro, si leggono e si capiscono, imperocchè ciascuno di quei fogli è il prodotto necessario del genio delle singole razze e delle influenze che sopra di esse esercitarono i fatti.

Anche gli statuti che sembrano astratti, sono quasi sempre il necessario prodotto della evoluzione.

E perciò si deve esaminare, non se le massime costituzionali sieno scritte, ma se le riforme, comunque attuate, sieno creazioni contrarie alle condizioni vitali della società, non protette dal rispetto e dalla convinzione dei cittadini, o se sieno piuttosto il prodotto necessario della evoluzione del pensiero nazionale.

Ecco perchè noi diciamo che, intrinsecamente, le costituzioni (non le carte costituzionali) svizzere si assomigliano alle inglesi. Difatti il metodo seguito è identico e risponde, nel suo insieme, ai fini ed ai limiti della funzione legislativa: le riforme, scritte o no, sono nella generalità dei casi la manifestazione e la consacrazione del diritto e dei nuovi bisogni del paese, il prodotto schietto e genuino del graduale sviluppo storico delle istituzioni, il portato necessario della naturale evoluzione, della progredita coscienza popolare. Esse segnano sempre gradatamente lo sviluppo del pensiero nazionale; la loro

(1) Si veda, in proposito, una perspicua nota del D e h a y e alla già citata opera del F r e e m a n, pag. 72.

fonte viva è sempre quella coscienza, la loro *ratio* è la continua conformità alle condizioni sociali.

Oggi questa evoluzione, la quale, soprattutto in diritto pubblico, fu molto deficiente in passato, è incominciata e persevera anche negli altri Stati civili. Il Belgio, la Germania, l'Austria e perfino la Francia, vanno sovrapponendo gradatamente le nuove norme giuridiche, rese necessarie dal progresso dei tempi, alle leggi anteriori, anche costituzionali.

Così pure avviene, come abbiám visto, in Italia, dove, in poco più di quarant'anni, al nostro statuto, che fu tanta parte delle presenti fortune d'Italia, si sono apportate man mano, senza interruzioni e senza convulsioni, notevoli riforme, le quali altro non sono che uno sviluppo progressivo e necessario della vita italiana (1).

§ 44. Poichè la evoluzione continua delle leggi è una necessità storica, chiaro è che la riforma di queste non costituisce un fatto eccezionale, ma un fatto regolare. Anzi si può dire che la legislazione, specialmente ai dì nostri, in cui lo Stato vuol prevedere e regolare tutte le manifestazioni della vita sociale, altro non sia che una continua riforma. Anche le leggi, che sembran nuove di pianta, non sono che correzioni, complementi, coordinamenti, unificazioni di diritti preesistenti. Lo studio delle leggi è perciò, in fondo, nè più nè meno, che lo studio delle riforme legislative.

E poichè le riforme avvengono, se non sempre formalmente, certo sostanzialmente, a gradi, e l'abolizione di una legge non è altro che una mo-

(1) J o n a. *Studii cost.*, pag. 19.

dificazione di essa, la sostituzione cioè di un diritto ad un altro, chiaro è ancora che la distinzione romana fra l'*abrogazione* o distruzione completa di una legge, la *derogazione* o abolizione di una parte di essa, la *surrogazione* o aggiunta di qualche norma, e la *obrogazione* o modificazione di una parte (1), è, se si considera la essenza delle cose e non l'apparenza, scientificamente inesatta.

Perciò la più moderna dottrina attribuisce alla parola abrogazione il significato generale di qualsiasi totale o parziale riforma della legge.

Le riforme sono espresse o tacite, e quelle non possono essere che scritte: il legislatore le dichiara esplicitamente. Le riforme tacite invece avvengono quando una nuova legge scritta od una consuetudine regola diversamente dal passato determinati rapporti.

Tratteremo brevemente dapprima delle riforme espresse e poi di quelle tacite.

L'abrogazione espressa può essere singolare e indicativa, oppure complessiva e generica; può designare cioè tassativamente le leggi cui si riferisce, o può, con una formola generale e comprensiva, designarle non particolarmente.

Il primo sistema è adoperato in quelle leggi, le quali si riferiscono a materie che prima erano contemplate da una o da poche leggi. Gli autori citano molti esempi di abrogazione singolare: la

(1) « Lex aut rogatur, id est, fertur; aut abrogatur, id est, prior lex tollitur; aut derogatur, id est, pars primae tollitur; aut subrogatur, id est, adiicitur aliquid primae legi; aut obrogatur, id est, mutatur aliquid ex prima lege. » (Ulpiano. Frag. 3 de legib.)

legge 20 marzo 1865 sulla pubblica sicurezza, che abroga tassativamente la legge 13 novembre 1859; il codice penale militare 28 novembre 1869, che abroga espressamente il codice del 1° ottobre 1859; la legge transitoria commerciale, la quale abroga categoricamente le disposizioni delle leggi 3 luglio 1871 e 2 aprile 1882 sui magazzini generali, ecc.

Il secondo sistema, quello dell'abrogazione complessiva, è invece adoperato nel caso in cui le leggi da abrogare sieno molte.

L'art. 81 dello statuto dice: « Ogni legge contraria al presente statuto è abrogata. » E l'art. 48 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile dispone che, « nelle materie che formano soggetto del nuovo codice, cessano di aver forza, dal giorno dell'attuazione del medesimo, tutte le altre leggi generali e speciali, come pure gli usi e le consuetudini a cui il codice stesso espressamente non si riferisce. »

Il primo sistema è certamente più consigliabile, perchè toglie ogni dubbio; ma se esso è possibile nel caso dell'abrogazione di poche leggi, non lo è nel caso che le leggi da abrogarsi sieno molte, così che non agevolmente possano essere enumerate. Col volerle indicare tutte singolarmente, si correrebbe il rischio di dimenticarne qualcuna. Di quà conflitti, dubbii, antinomie, indubbiamente dannose. S'immagini se era possibile che nell'art. 81 dello Statuto si enumerassero tutte!

Però quando si tratta di leggi che riguardano la libertà personale (penali o di polizia), il legislatore deve, con uno studio attento, mettersi in grado

di adoperare il metodo tassativo, come, a giusta ragione, avvertono il Saredo e il Fiore (1).

§ 45. L'abrogazione tacita si manifesta anch'essa in due modi: 1° allorchè una nuova legge scritta regola l'intera materia ch'era regolata da una legge anteriore o da una parte di essa; 2° allorchè, o per consuetudine o per disposizione di legge scritta, una nuova norma giuridica sorge, la quale è incompatibile con una norma anteriore.

Quando la nuova legge è manifestamente in opposizione alla vecchia; quando l'una e l'altra sono infatti incompatibili; quando il principio cui la prima s'inspirava è opposto o diverso da quello su cui si fonda la seconda, è evidente che ambedue non possono mantenersi in vigore e che la promulgazione dell'una significa abrogazione dell'altra. *Leges posteriores priores contrarias abrogant* (2).

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 498. — F i o r e. *Op. cit.* Parte II, pag. 600.

Il Saredo, fra le forme di abrogazione espressa, dice che si può annoverare quella delle leggi di cui sia stato fissato il termine. « Accade spesso che si promulghino leggi per un tempo determinato: di alcune poi è determinato, per la stessa indole loro, in modo preciso, la durata: così le leggi del bilancio scadono di pien diritto col termine in esse fissato: e il governo non può riscuotere imposte o redditi, nè far pagamenti, se non ne riceve facoltà dalla nuova legge. È chiaro che queste leggi portano in sè medesime l'espressa abrogazione pel giorno in cui scade il termine fissato alla loro durata. » S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 499.

Quest'opinione ci pare errata: nel concetto di abrogazione è implicita l'idea di una legge o norma qualsiasi che venga sostituita da un'altra.

(2) Una legge delle dodici tavole diceva: « Quod populus postremum jussit, id jus ratum esto. »

La prima forma di abrogazione tacita è quella riguardante una legge che, con un sistema generale e completo, regola tutta la materia già regolata da una o più leggi. Ma effettivamente questo caso quasi mai non si verifica, chè, quando si fa una nuova legge di questo genere, si dichiara anche espressamente l'abrogazione delle precedenti. Tant'è vero ciò che il Fiore, per dimostrare con un esempio questa forma di tacita abrogazione, adduce quello del codice civile, soggiungendo però subito dopo: « Codesta abrogazione generale sarebbe stata implicita; ma, come notammo, fu espressamente sancita (1). »

L'altra forma di abrogazione tacita è quella che riguarda la incompatibilità delle vecchie disposizioni colle nuove, scritte o consuetudinarie che sieno.

Esempi classici di questa forma di abrogazione sono la legge delle XII tavole romana e la *Magna Charta* inglese. Esempi sono eziandio quelli da noi citati, a proposito della consuetudine, della costituzione degli Stati Uniti e dello statuto italiano.

Ma oltre alle tacite riforme ivi accennate, e consuetudinariamente avvenute, parecchie altre devonsi ricordare, che sono il prodotto di leggi successive.

Per limitarci allo statuto italiano, ricordiamo che furono indirettamente mutati, corretti o completati (e il complemento è una riforma) gli articoli 1, 3, 7, 8, 36, 49, 55, 67, 76 e 77.

L'art. 1 dice: « La religione cattolica, apostolica e romana è la sola religione dello Stato. Gli altri culti ora esistenti sono tollerati conformemente

(1) Fiore. *Op. cit.* Parte II, pag. 604.

alle leggi.» Or chi non sa che, per effetto della nostra legislazione ecclesiastica, non v'ha più nel regno una religione ufficiale, ma tutti i culti esistenti, anzichè tollerati, sono eguali al cattolico? (1)

L'art. 3 dice: «Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato e quella dei deputati.» Questa disposizione è assoluta e non ammette eccezioni. Eppure l'art. 251 del Codice penale militare dispone che «il generale comandante in capo, ovvero il comandante di un corpo d'esercito o di una fortezza assediata, che non sia in comunicazione col comandante in capo, potranno pubblicare bandi militari che avranno forza di legge nella periferia del proprio comando.» Nè certo l'art. 3 consentiva la pubblicazione di decreti legislativi, resi obbligatorii sotto riserva della futura approvazione delle Camere.

L'art. 7 non fissa un termine entro il quale il re deva promulgare le leggi. Questo termine fu fissato dall'art. 3 della legge 23 giugno 1854.

L'art. 8 accorda al re il diritto di grazia. L'art. 830 del codice di proc. civ. gli accorda anche il diritto di amnistia.

L'art. 36 investiva, in modo assoluto, il Senato, costituito in alta Corte di giustizia, con decreto del Re, del giudizio sui crimini per attentato alla sicurezza dello Stato. Invece l'art. 9 n. 1 del codice di proc. pen. dice appartenere alla Corte d'assise la cognizione di questi reati, «salvo che il Senato

(1) In U g o. *Delle leggi incostit.*, pag. 135 a 139, sono ricordate le varie leggi, le quali sono in aperta opposizione con questo articolo.

fosse stato costituito in alta Corte di giustizia, ai termini dell'art. 36 dello statuto.» Infatti, in opposizione alla lettera e allo spirito di questo articolo, la competenza dell'alta Corte di giustizia è divenuta sussidiaria a quella del magistrato comune (1).

Nè si può dire che la legge 30 dicembre 1882, sul giuramento politico dei deputati, sia una semplice conferma dell'art. 49.

L'art. 55 determina che le leggi si devano discutere articolo per articolo. Invece per i codici e per molte leggi amministrative, troppo estese, questo articolo, dal 1865 in poi, non trova più applicazione. Il governo del Re è autorizzato a pubblicare e rendere esecutorie, con decreti reali, le leggi stesse, non discusse, nè approvate dalle Camere, articolo per articolo.

L'art. 67 prescrive, per la validità delle leggi e degli atti del governo, la controfirma di un mini-

(1) Il Lampertico afferma che « non formano già una violazione dello statuto, ma un'applicazione, una determinazione, i codici che regolano la competenza ordinaria de' reati pe' quali l'articolo 36 dello statuto prevede che il Senato si costituisca in Alta Corte di giustizia... Tale costituzione segue con decreto del Re. Qui non ci troviamo di fronte ad una competenza che al Senato appartenga *ipso jure*, come per quanto concerne il giudicare de' suoi membri, ovvero per necessità di cose... Intervenedo un decreto del Re e perciò sotto la responsabilità de' ministri, rimane sempre invulnerato il principio costituzionale che i ministri debbano rispondere del non aver provocato nel caso concreto il decreto reale di costituzione del Senato in Alta Corte di giustizia. Nessun codice ha scemato la forza di questo principio, e se ciò fosse, il codice avrebbe usurpato sullo statuto. E come il codice non ha menomato il principio costituzionale quanto alla responsabilità dei ministri in relazione alla costituzione del Senato in Alta Corte di giustizia, così

stro. Or bene, la firma del ministro proponente non basta più. Per l'art. 2 della legge 23 giugno 1854, occorre anche che la legge sia « munita del *visto* del guardasigilli, che vi apporrà il sigillo dello Stato. » E l'art. 13 della legge 14 agosto 1862 sulla Corte dei Conti prescrive, per la validità dei decreti e dei regolamenti, il visto della Corte stessa e la relativa registrazione.

L'art. 76 istituisce la milizia comunale o guardia nazionale, che dir si voglia. Fu abolita, perchè proprio aveva fatto il suo tempo; nè si può dire che la milizia territoriale, creata su altre basi e con altri fini, l'abbia sostituita.

L'art. 77 infine prescrive: « Lo Stato conserva la sua bandiera; la coccarda azzurra è la sola nazionale. » Invece un proclama del 26 marzo dello stesso anno 1848 ordinava che l'esercito porterebbe lo scudo

non ha menomamente scemato efficacia all'atto dei ministri per cui il Senato sia stato effettivamente costituito in Alta Corte di giustizia. Poichè, quando ciò sia, il procedimento davanti al Senato, davanti all'Alta Corte di giustizia, segue il suo corso, nè l'autorità giudiziaria avrebbe pretesione o virtù di arrestarlo. Si è dunque solo pel caso che ciò non abbia avuto luogo, solo pel caso che il governo del Re non abbia stimato necessario nè opportuno il dare forma più solenne al procedimento, solo allora e per ciò solo, quando altrimenti il crimine resterebbe impunito, che ha valore la statuizione del codice di procedura penale ed ha corso di procedimento davanti all'autorità giudiziaria (*Op. cit.*, pag. 85-86). » E in sostegno di questa sua tesi il Lampertico cita due sentenze e quattro libri.

Ma com'è possibile negare che, autorizzando indirettamente il governo del Re a non sottomettere i reati, di cui trattasi, al giudizio dell'Alta Corte, ed anzi determinando che ad altri corpi possa talvolta questo giudizio essere affidato, il codice corregge lo statuto, che investiva di quella giurisdizione soltanto l'Alta Corte?

di Savoia sovrapposto alla bandiera tricolore italiana; e i decreti dell'11 e del 28 aprile successivo imponevano che tale bandiera venisse assunta dalle navi da guerra e mercantili e dalla guardia nazionale.

§ 46. S'è disputato, e si disputa ancora, specialmente in diritto costituzionale, sulla opportunità di preferire le riforme espresse o quelle tacite.

A Roma l'abrogazione espressa si considerava con grande diffidenza. Catone, facendosi interprete di questa ripugnanza, diceva, a proposito della legge Oppia: « quam accepistis, jussistis suffragiis vestris legem, quam usu tot annorum et experiendo comprobastis, hanc ut abrogetis, idest, ut unam tollendo legem, coeteras infirmetis? Quid attinebit universos rogare leges, quas mox abrogare, in quos latae sint, possint? (1). »

Rarissime volte difatti si ricorse, in Roma, all'abrogazione espressa; e rare volte la si adottò anche nell'epoca intermediaria. Però, col procedere dei tempi, quella forma d'abrogazione è andata gradatamente aumentando.

Ed oggi, in massima, si riconosce, che quella è preferibile a questa. Difatti, coll'abrogazione espressa, si sa, in modo assoluto, che quelle determinate leggi, quelle determinate disposizioni, non esistono più. Un codice ne sostituisce tassativamente un altro, e questo per ciò non è più, in alcun modo, parte del diritto positivo. Un articolo nuovo deve espressamente surrogare un articolo vecchio, e la legge, che questo conteneva, si ripubblicherà colla relativa correzione.

(1) Tito Livio. L. XXIV.

Col sistema moderno dei codici, inteso specialmente ad assicurare la precisione del diritto, la riforma espressa è la sola che ad esso si confà. Da questo punto di vista, anzi, anche l'abrogazione tacita di una legge, col mezzo di un'altra legge, regolante l'intera materia in quella compresa, costituisce una specie di abrogazione espressa. Se si pubblica una legge elettorale o un codice o una legge mineraria, qualunque legge, insomma, e si dimentica di scrivervi che con essa s'intende abrogata la precedente legge elettorale o mineraria o il precedente codice, non è tuttavia possibile il dubbio che implicitamente ciò non sia detto. Infatti si può dire che se, formalmente, una legge cosiffatta costituisce un'abrogazione tacita, sostanzialmente è una vera e propria abrogazione espressa.

Per ciò, quando si disputa sull'opportunità dell'abrogazione espressa o di quella tacita, si può ritenere che, per abrogazione tacita, s'intenda soltanto quella, che avviene per semplice incompatibilità di nuove norme con norme anteriori.

Difatti soltanto in tal caso la materiale sicurezza dell'abrogazione non si ha. La disposizione abrogata sarà abrogata, per così dire, nella sua obbligatorietà, non nella sua espressione. Le riforme introdotte nel nostro statuto, per esempio, rendono non obbligatorii gli articoli cui si riferiscono; ma questi articoli restano tuttavia scritti nello statuto.

Di quà tre conseguenze: la coesistenza di leggi contraddittorie; la possibilità di dubbiezze d'applicazione; la possibilità che leggi già abrogate possano essere, quando che sia, richiamate in vigore.

Quanto alla coesistenza di leggi contraddittorie, è superfluo dimostrarla. Vero è che la legge posteriore abroga l'antecedente; ma, formalmente, abrogare significa mutare e sostituire. Ora, quando la prima legge resta immutata, l'abrogazione è reale, ma non è apparente.

Quanto alla possibilità di dubbiezze, basta consultare gli scrittori, per persuadersi della sua gravità. Si può dire che i giuristi, in questo argomento, si convertono in casisti.

Una legge generale, per esempio, può abrogare una legge speciale? In massima, *legi speciali per generalem non derogatur*. Ma questa massima, in certi casi, non è applicabile; tant'è vero che, talora, si è dovuto, intorno a simili argomenti, disputare dinanzi ai Tribunali (1).

Così pure si domanda: quando una legge, per un uso lunghissimo ad essa contrario, non è di fatto applicata, può tuttavia avere ancora efficacia giuridica, se qualcuno si pensa di eseguirla o di farla eseguire?

E taluni scrittori, malgrado la esplicita dichiarazione dell'art. 5 delle disposizioni preliminari del nostro codice civile, la quale esclude tassativamente, come modo di abrogazione delle leggi, la consuetudine, tuttavia trovano modo di affermare, tirando in campo l'*error comunis*, il quale, come si diceva una volta, *facit jus*, che la legge non è abrogata, ma ha perduta la sua efficacia! (2)

(1) Questi casi sono considerati ampiamente, fra gli altri scrittori, dal Fiore. *Op. cit.* Parte II, pag. 602 e seg.

(2) Cf. Fiore. *Op. cit.* Parte II, pag. 60 e seg. — Borsari. *Op. cit.*, § 45. — Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 512 e seg.

La quale tesi fu sostenuta anche in qualche sentenza di Cassazione. « Si può, diceva la Cassazione di Firenze, accordare impunità per la violazione di una legge, quando circostanze estrinseche e speciali abbiano potuto generare la credenza abbastanza ragionevole e comune, che la legge non riceva applicazione in un dato caso... Che nella specie il gerente di un giornale non poteva essere punito a causa della pubblicazione di annunci di estrazioni a premi di lotterie estere, e dichiarato responsabile per contravvenzione alla legge ed al regolamento sulla pubblica lotteria del 15 agosto e del 5 novembre 1863, perchè era invalso comunemente l'uso di tale pubblicazione, senza che fosse stato mai oggetto di proibizione e di procedimento penale a carico di alcuno (1). »

Ma chi non vede che, in tal modo, la suprema Corte s'è ispirata a principii di equità? E che mai sarebbe avvenuto di quel povero gerente, se i magistrati si fossero limitati a riprodurre il già citato articolo 5 delle disposizioni premesse al codice: « Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizioni con le precedenti, o perchè la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore » ?

Per farsi un'idea delle questioni che sorgono, quando si deve decidere se una legge sia o no tacitamente stata abrogata, basta citare alcune parole

(1) Cassaz. di Firenze, 2 luglio 1870. Nella *Giurispr. ital.* XX, 1, 694. — Così, a un dipresso, anche la Cassaz. di Milano, 13 maggio 1864.

del Fiore, alle quali, è superfluo dirne le ragioni, noi certamente non ci associamo.

L'atto *contra legem*, egli dice, può avere valore giuridico, quando non « sia stato diretto contro quelle leggi ordinate alla tutela dei principii della giustizia naturale e del diritto sociale, la violazione dei quali essendo sempre riprovevole, non può mai essere il caso di ammettere, che la frequenza degli atti, che li violino, possa far nascere uno stato di cose giuridico. » E soggiunge: « Qualora si trattasse invece di atti in opposizione a leggi di opportunità, come ad esempio sarebbero i reati di contravvenzione, nei quali non si può al certo ravvisare l'immoralità assoluta (essendochè essi siano illeciti solo perchè vietati dal legislatore) si può a riguardo dei medesimi ammettere, che una serie di atti pubblici, non equivoci, e per lungo tempo tollerati in opposizione del divieto, possano valere a togliere ogni efficacia al divieto stesso, facendo nascere la convinzione giuridica che la legge non abbia più forza obbligatoria per volontà dello stesso legislatore (1). »

Fatto sta ed è che, in questi casi, ed altri analoghi, i Tribunali non devono solo applicare la legge, ma devono anzitutto decidere qual sia la legge!

La terza conseguenza, cui noi abbiamo accennato, come derivante dalla coesistenza formale di più leggi, è che delle leggi già abrogate possono essere d'un tratto richiamate in vigore.

L'art. 1° dello statuto è abrogato, ma esiste ancora. Se domani i clericali, per dannata ipotesi,

(1) Fiore. *Op. cit.* Parte II, pag. 607-8.

diventassero maggioranza nel Parlamento, crede il lettore che si adatterebbero a considerare come abrogato quell'articolo? Basta leggere i loro giornali per persuadersi che a quella, cui noi diamo il nome di abrogazione, essi danno il nome di violazione!

Ad ogni modo, la esistenza, in un numero più o meno grande di cittadini, di un simile convincimento, convincimento basato sulle testuali parole di una legge, anzi della *lex legum*, non è per certo una cosa opportuna.

Un egregio nostro scrittore, l'Ugo, ha detto che la mancanza di assoluta abrogazione degli articoli statutari è non un male, ma un bene, e ciò perchè, « quando le condizioni della cosa pubblica domandassero che si facesse qualche passo indietro nelle riforme compiutesi, perchè l'esperienza dimostrasse che queste sieno per avventura fonte d'inconvenienti, si potrà sempre ritornare sull'antica strada quanto è necessario. Succederà quello che avviene in Inghilterra, ove di molti istituti non si fece e non si fa uso da tempo più o meno remoto, e che tuttavia, siccome ci attestano gli scrittori di quel paese, possono richiamarsi in vigore quando un grave bisogno lo richieda (1). »

(1) Ugo. *Sulle leggi incostituz.*, pag. 17-18.

È un concetto che, con splendore di forma e acutezza di mente, aveva sviluppato anche il Savigny, combattendo i codici e propugnando la consuetudine.

La consuetudine, riassumiamo le parole dell'eminente giurista, essendo sempre necessariamente collegata al vario atteggiarsi della coscienza popolare, varia, si estende e si restringe secondo le circostanze, come una lingua, la quale si presta a tutte le esigenze della conversazione, arricchendosi di nuovi vocaboli, quando la sfera delle

Se i clericali adunque riammettessero in onore l'art. 1°, potrebbero dimostrare, colle parole di un professore di diritto costituzionale, ch'essi non farebbero cosa contraria alla costituzione!

Sappiamo che le oscillazioni, le reticenze, le indeterminatezze della costituzione inglese, sono, per molti, uno dei maggiori pregi di questa. « Tuttavia, domanda il Boutmy, queste reticenze e lo stato d'indeterminatezza ch'esse perpetuano, non sono forse una fonte aperta di gravi pericoli? Che cose avete fatto, si potrebbe dire agl'inglesi, per impedire che quel tale privilegio, il quale data dal medio evo, si rianimi d'un tratto col favore d'una circostanza critica e si sostituisca al diritto moderno? Che direste voi se, un dì o l'altro, la nazione, essendo stanca d'un parlamento ciarliero e inattivo, un re energico s'avvisasse di congedare il suo gabinetto e di governare col controllo illusorio dei soli consiglieri che la legge comune autorizza, cioè i duecento membri circa del consiglio privato, tutti di nomina regia? Che direste voi se egli si avvisasse di creare come una volta dei nuovi borghi elettorali con una semplice carta reale, o di snaturare la Camera ereditaria, non nominando più che dei pari a vita, in nome del suo antico privilegio? Alcuo testo non ha privata la corona di questi diritti e privilegi. Non si può invocare contro di essi che una lunga inter-

cognizioni e delle idee aumenta; purificandosi e assumendo un carattere di stabilità, quando le idee, ch'essa esprime, si precisano e chiariscono; delineandosi più energicamente, quando il popolo sviluppa le sue forze; snervandosi, quando questo declina; impoverendosi, quando è raramente adoperata, e diventando infine lingua morta. (S a v i g n y. *Vom Beruf*, etc. Ediz. 1827; pag. 23 e seg.)

ruzione (1). — Non si è visto nel 1860 la Camera dei lords stendere bruscamente la mano sul privilegio di emendare le leggi d'imposta, sospettosamente custodito dai Comuni da secoli? Nella specie, l'ultima parola restò alla Camera alta; la Camera dei comuni non potè che riservare il principio e l'avvenire. Non si è visto, nel 1872, la prerogativa reale intervenire nella questione della compera dei gradi, privarne la Camera dei lords esitante, e imporre alteramente la sua propria decisione? Più minacciante ancora sarebbe una risurrezione di quei terribili privilegi della Camera dei comuni, che, un secolo fa, mettevano in pericolo la libertà e la vita dei cittadini, servivano d'istrumento a tutti i rancori di partito e annullavano l'azione tutelare delle corti di giustizia. Tutti sono ancora intatti e alla mano per il giorno in cui una maggioranza passionata avrà il capriccio di opprimere i suoi avversarii (2). »

Certo, è rimedio potente, a questi pericoli, il vigore dello spirito pubblico inglese, sempre attivo e vigilante. I costumi, le tradizioni, l'impero dell'opinione, l'amore della patria sostituiscono i testi scritti.

Ma non tutti i paesi, pur troppo, somigliano all'Inghilterra.

E perciò (lo diciamo quasi con esitanza, perchè sappiamo di sostenere un'opinione opposta a quella che oggi è invalsa generalmente), noi crediamo che, anche in diritto costituzionale, sia assai miglior

(1) Ciò, a vero dire, non è del tutto esatto.

(2) B o u t m y. *Op. cit.*, pag. 35 e seg.

consiglio, soprattutto nei paesi latini, quello di procedere a riforme, non solo scritte, ma espresse e tassative, per tutte quelle parti di esso che lo comportano, essendo già divenute.

Abbiamo altrove riconosciuta la difficoltà attuale di concretare in modo preciso ciò che riguarda i rapporti fra il re, il gabinetto e le camere; ma per tutti quegli articoli, già specificatamente mutati, o con consuetudini o con altre leggi scritte, questa difficoltà non sussiste: non sussiste appunto, perchè si tratta di cose già *divenute*, per dirla ancora una volta con una espressiva formola tedesca.

Ma, dice il Lampertico, « colla abrogazione (espressa, s'intende) di un principio statutario, le nuove leggi rimangono divelte dalla loro radice, non portano più con sè la loro storia, corron rischio di andare al di là di quello ch'esse medesime si propongono. È il pensiero espresso nella relazione di Ruggero Bonghi, presentata alla Camera dei deputati nella tornata del 16 gennaio 1871, sulla legge così detta delle guarentigie pontificie: quando pone in sull'avviso, che quell'opinione, la quale ha pur tanta forza, abbia però a estrinsecarsi in maniera che, per il suo avanzare lento e progressivo, proceda sicura in ogni passo che muove e non anticipi nè posticipi sul sentimento comune della nazione, in materie nelle quali, se è male lo starne indietro, non è meno pericoloso e meno fecondo di regressi il precorrerle (1). »

Le quali cose, con parole più o meno diverse, furono dette anche da molti altri, per esempio dal Boncompagni e dal Minghetti.

(1) Lampertico. *Op. cit.* pag. 95.

E noi, pure, di tali cose riconosciamo la giustezza; onde senz'altro diciamo che quella prudenza, la quale è necessaria per ogni legge, dev'essere maggiore di gran lunga, quando si tratta di riformare una legge fondamentale. « Con tutto ciò, diceva il Boncompagni, troverei strana l'opinione, per per cui si facesse tanto a fidanza cogli articoli dello statuto, da mutarli così come si muterebbe un articolo di una tariffa postale o doganale. Il giorno in cui i grandi poteri dello Stato risolvessero di modificare un articolo dello statuto, essi entrerebbero in una deliberazione molto grave, nè si avrebbe da muover passo senza pensarci molto e poi molto; una deliberazione la quale non potrebbe essere assennata se non in quanto si fosse spalleggiati dalla grande potenza della pubblica opinione (1). »

Ma la necessità di prudenza, nelle riforme costituzionali, non dimostra la opportunità di procedervi tacitamente, anzichè espressamente.

La ragione precipua che, se non erriamo, fu addotta in favore di un tal metodo, è questa: - Le riforme statutarie sono, chi ben guardi, la esplicazione dei principii potenziali contenuti nello statuto. Onde è opportuno che trovino in questo l'addentellato (2).

E noi la opportunità politica di non abrogare espressamente un articolo di statuto, allorchè la riforma non è in opposizione, ma in continuazione, per così dire, di esso; quando, in altre parole, è lo

(1) Camera dei deputati, seduta 12 marzo 1874.

(2) Così il Minghetti, nella seduta ora ricordata della Camera. Così il Lampertico. *Op. cit.*, pag. 94 e 95.

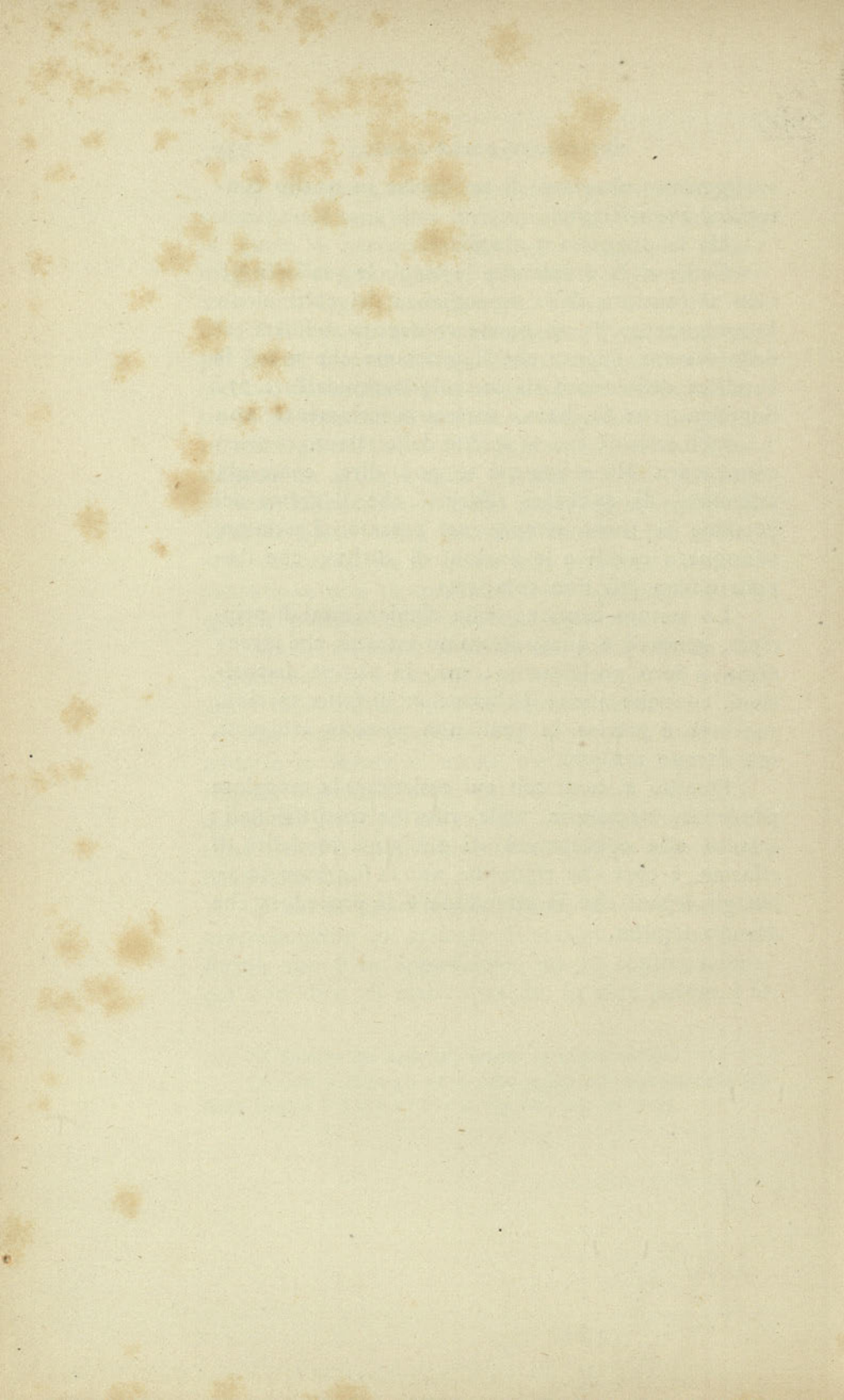
svolgimento ulteriore di un germe in quello contenuto, ammettiamo.

Ma la premessa è sbagliata.

Come si fa a dire che le leggi, le quali s'ispirano al concetto della uguaglianza dei culti, sieno lo svolgimento di un germe contenuto nell' art. 1° dello statuto, oppure che il proclama che mutò la bandiera dello Stato sia lo svolgimento dell'art. 77? Sappiamo che fu detto e sostenuto seriamente: non i singoli articoli, ma lo spirito dello statuto convien considerare. Ma allora ciò si può dire, come già vedemmo, di qualsiasi riforma, chè il germe del presente si trova sempre nel passato. Lasciamo, adunque, i cavilli e le finzioni di diritto, che l'epoca nostra più non comporta.

Lo statuto contiene delle dichiarazioni di principio, generali e quasi diremmo astratte, che attendono il loro svolgimento; ma, in alcune disposizioni, contiene anche dichiarazioni di fatto, speciali, concrete e precise, le quali non possono svolgersi, ma devono mutarsi.

Quanto a' modi con cui assicurare la maggiore prudenza, necessaria nelle riforme costituzionali; quanto alla opportunità di più gravi modalità di riforma, è còsa che riguarda, non la funzione in sè, ma gli organi che vi attendono e la procedura che devono seguiré.



CAPO IV.

IRRETROATTIVITÀ ED INTERPRETAZIONE AUTENTICA DELLE LEGGI

47. La questione dell'irretroattività. — 48. Necessità di determinarne i limiti. — 49. Che cosa sia una legge retroattiva. — 50. Quando il legislatore possa rendere retroattiva una legge. — 51. Interpretazione autentica.

§ 47. Una legge non può impedire che i fatti, avvenuti anteriormente alla sua promulgazione, sieno effettivamente avvenuti. Se uno si è ammogliato soltanto in chiesa, quando il matrimonio civile non esisteva; se un altro non fu condannato, per un'azione che non era, mentre ora è, contemplata dal codice come reato; se un terzo era senatore per diritto di nascita, mentre oggi non potrebbe esserlo, mettiamo, che per elezione, come mai sarebbe possibile, con una nuova legge, volere che i fatti stessi si fossero verificati in modo diverso?

Ma se non è possibile volere che un fatto avvenuto non sia avvenuto e non abbia avuta, in quel momento, l'importanza giuridica, che la legge vigente gli attribuiva, è nell'ordine del possibile invece che si vogliano ad esso applicare i precetti di una nuova legge, sia spogliandolo d'ogni efficacia giuridica, sia attribuendogliene una, che prima non aveva.

A un atto, infatti, in origine invalido, si può attribuire validità giuridica; come uno valido si può colpire d'invalidità, o il valore suo può essere mutato, sia in sè, sia nelle conseguenze che ne derivano.

È forse impossibile che il legislatore, con una nuova legge, determini che al matrimonio religioso, quantunque valido in origine, sia tolta ogni efficacia giuridica, e che i figli, nati o nascituri, sieno da considerarsi illegittimi? Oppure che colui, il quale compì un fatto qualsiasi, mentre non era ritenuto un reato, sia condannato in base al nuovo codice, che reato lo dichiara? O che le deliberazioni, cui concorse un Senato ereditario, oggi soppresso, sieno nulle?

Parliamo, ben inteso, di possibilità materiali. Ed è appunto nel caso che le cose sieno materialmente possibili, che le facoltà legislative possono esplicarsi.

Or bene, è lecito ai legislatori di dare efficacia alle nuove leggi, nel senso che ai fatti giuridici avvenuti e ai loro effetti, sieno applicati principii che, quando quei fatti avvennero, non erano in vigore?

Considerate le cose in modo complessivo e sintetico, la risposta che la coscienza umana ha sempre data è una sola. « Omnia constituta non praeteritis faciunt calumniam sed futuris regulam imponunt », era scritto nel codice Teodosiano (1), e nel codice di Giustiniano è detto: « Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari (2). » Questo principio, ripetuto

(1) L. 3, C. Th. de const. I, 1.

(2) L. 7, C. de legib.

anche in altri luoghi del codice (1) e nel diritto canonico (2), è affermato da Macchiavelli (3) e da Bacone (4); è riprodotto dalla costituzione degli Stati Uniti d'America (art. 1), da quella della Norvegia (§ 97) e da quelle francesi del 24 giugno 1793 e del 22 agosto 1795; è affermato nell'introduzione del *diritto territoriale prussiano*, nel codice civile austriaco (§ 4), nel titolo preliminare del codice Napoleone (art. 2) e negli altri codici che a quello s'ispirarono (5); è dichiarato dall'art. 2 delle disposizioni premesse al nostro codice civile, colle parole: «La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo.»

La legge infatti, essendo un precetto, un comando, una norma obbligatoria di condotta, non può, per l'indole sua, avere efficacia pel passato, pei fatti già avvenuti. La non retroattività è il suo carattere, è la condizione precipua della sua autorità morale.

È questo uno dei principii più elementari, più chiari, più semplici del diritto pubblico; è un principio veramente intuitivo, cui il legislatore è legato.

Vi è legato, naturalmente, non nel senso che gli sia tolta la possibilità legale di fare diversamente; ma nel senso che la giustizia, la morale, il suo interesse medesimo lo consigliano di fare così.

(1) L. 66 *de decurion.* — L. 29 *de testam. ecc.*

(2) Cap. II, cap. XIII, J. *De Const.*, c. 3, C. 32, quaest. 4.

(3) «La legge non deve riandare le cose passate, ma sibbene provvedere alle future.»

(4) Aph. XLVIII.

(5) Cod. Alb., art. 11. — Parmense, art. 7. — Estense, art. 5. — Due Sicilie, art. 2, ecc.

Anche in questa materia, infatti, vale, come norma di condotta pel legislatore, la massima, ch'egli non possa sostituire il proprio arbitrio alla volontà collettiva, ch' egli quindi non possa regolare il passato, ma deva regolare unicamente il futuro, poichè ciò solo è conforme alla coscienza sociale, poichè solo in tal modo la legge può avere autorità vera e non solo presunta.

Ma le leggi, che questo principio sanciscono, non hanno che il valore di un semplice consiglio, di una massima, di « un principio di diritto e di morale, non di una disposizione legislativa », come diceva il tribuno Andrieux (1); hanno lo stesso valore di quelle altre leggi, che impongono al legislatore d'inspirarsi al bene della Patria, alla giustizia, all'equità.

La possibilità adunque che i legislatori non ubbidiscano a quella massima, sprovvista com'è di ogni diretta sanzione, è immanente. Per quanto sia vero che il legislatore non possa moralmente estendere la sua autorità sulle cose che più non sono, certo è, ad ogni modo, che la possibilità materiale di fare, anche in questo campo, ciò che più gli piace, non è meno reale.

Anzi, per questo motivo, al corpo legislativo francese, nella discussione dell'art. 2 del titolo preliminare del codice civile, lo stesso tribuno Andrieux affermava, dell'articolo stesso, la inutilità. A che scopo dar nella legge un consiglio al legislatore, se poi egli non è obbligato a seguirlo?

Al che il Portalis rispondeva: « Vi sono delle massime che non si rammentano mai abbastanza,

(1) Seduta del Corpo legislat. 24 frim., anno X.

soprattutto quando si è alla vigilia di pubblicare un gran corpo di leggi nuove. Le massime della non retroattività è rammentata nel Digesto e nel Codice; è confermata in tutte le legislazioni; possiamo dunque sancirla nella nostra... Questa verità, dite voi, non è che pel legislatore... E quando fosse pel legislatore, che pericolo vi sarebbe di vederlo consacrare una massima, alla quale è già legato dalla sua coscienza, e alla quale si legherebbe colle sue proprie mani? (1) »

E il rammentarla non è male, soprattutto in questa materia, nella quale il pericolo di arbitrii è maggiore che in altre, e ciò perchè il principio stesso della non retroattività, apparentemente così semplice e chiaro, è, nelle sue esplicazioni ed applicazioni, tanto difficile, quanto, forse, nessun altro del diritto pubblico.

Difatti « il passaggio da una legislazione all'altra, diceva il Demolombe, non si compie mai senza un conflitto, senza un urto, che scuote più o meno molti interessi e molte posizioni: e le questioni transitorie sono nel numero delle più celebri e delle più delicate. Onde il Demolombe stesso dice « temeraria la pretesa di chiedere alla scienza una regola fissa, che serva sempre di guida sicura all'applicazione (2). »

Anzi non si è nemmeno d'accordo sul significato della formola: retroattività delle leggi.

(1) Seduta del Corpo legislat. 23 frim., anno X.

(2) Demolombe. *Op. cit.* Vol. I, pag. 37 e seg. — Saredo. *Tratt. delle leggi.* Vol. I, pag. 275-76.

§ 48. La questione da risolvere è questa: che cosa è il passato rispetto alla legge nuova?

L'argomento è soprattutto importantissimo nell'epoca nostra, in cui le riforme legislative sono tanto numerose.

Sovra di esso, insigni giureconsulti si sono intrattenuti: Chabot, Allier, Weber, Merlin, Mailher de Chassat, Savigny, Lassalle, ed altri. Fra le opere italiane è notevolissima, per la dottrina e l'acume, la *Teoria della retroattività delle leggi* (1) del Gabba, nella quale sono sviluppate ampiamente ed egregiamente (qualunque possa essere l'opinione che si abbia sul modo in cui sono risolte) le molte ed ardue questioni attinenti all'argomento (2).

Che cos'è adunque una legge retroattiva?

Certo è che retroattiva dee dirsi una legge, la quale estende il suo imperio su fatti già avvenuti o sugli effetti giuridici che ne sono, anteriormente ad essa, derivati. Ma è retroattiva, se estende tale imperio sugli effetti giuridici del fatto antico, allorchè questi effetti si verificano, quando essa è già in vigore?

Ogni fatto giuridico si collega al passato, è una conseguenza diretta o indiretta del passato; quindi, se il regolare, con nuove norme, i fatti presenti e avvenire, che sono una conseguenza di fatti anteriori, costituisce una deroga al principio della

(1) Torino, 1884.

(2) Nel libro del Bergmann. *Das Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze in Privat-Recht*. Hannover, 1818, si trova una completa enumerazione delle più vecchie opere sulla questione. — Landucci, in Aubry e Rau (pag. 292-93), ricorda, a sua volta, le più recenti.

non retroattività, si dovrebbe dire che tutte le leggi sono retroattive.

Nel 1828, discutendosi nella Camera francese un progetto di legge sulla libertà di stampa, il quale imponeva certi obblighi nuovi ai giornali ed agli stabilimenti di tipografia e di litografia già esistenti, si disse che il progetto stesso era, per ciò, retroattivo. Rispose il Pardessus: « L'articolo del progetto non è punto retroattivo, perchè, non occupandosi che dei rapporti degli stabilimenti esistenti collo Stato e col pubblico, ha per oggetto di assoggettarli alle misure di guarentigia, che gl'interessi, di questo medesimo Stato e di questo medesimo pubblico, rendono necessarie. Ciò non si chiama retroagire... Una legge di polizia, una legge che crea delle misure di guarentigia, nell'interesse dell'ordine pubblico, è necessariamente retroattiva, nel senso grammaticale della parola: perchè si rivolge a persone, a stabilimenti già esistenti al momento in cui è fatta, a persone e a stabilimenti nati e creati sotto un ordine di legislazione, che non esigeva codeste guarentigie. Ma codesto non è ciò che si chiama, nel linguaggio legale, retroagire. E se il legislatore non avesse il diritto d'imporre, nell'interesse del pubblico, delle nuove obbligazioni a persone, che prima non vi erano tenute, il governo, la polizia generale della società, sarebbero impossibili. Tutte le leggi politiche retroagiscono, perchè sostituiscono alle istituzioni esistenti altre istituzioni, alle quali sono soggetti gli uomini nati sotto l'impero delle antiche (1). »

(1) *Moniteur* del 14 giugno 1828, pag. 852, col. 2. — In Sarr e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 300.

Ciò che il Pardessus diceva per questo caso, ci pare valga per tutte le leggi. Quando vennero abolite la schiavitù romana e la servitù della gleba, quando si soppressero i feudi o si svincolarono i fedecommissi o si disciolsero le fraterie, si è forse dato effetto retroattivo alle leggi, che contenevano queste mutazioni di leggi o consuetudini antiche?

Se, per esempio, prima che un contratto sia eseguito, si muta la legge che lo regola, e questa accorda al creditore nuovi diritti, pel caso che diminuiscano le sue garanzie; oppure dichiara che certi fatti hanno efficacia di operare la novazione, queste nuove disposizioni sono, per certo, applicabili anche a quel contratto. Ed applicabile sarebbe pure, dal giorno in cui entrasse in vigore, una nuova legge, che limitasse l'interesse convenzionale. « Non si potrebbe quindi dire che tutti gli effetti di un contratto devano essere regolati dalla legge, vigente la quale, le parti si obbligarono, essendochè gli effetti che derivano da avvenimenti eventuali, da fatti nuovi, devono essere retti dalla legge vigente nel momento in cui i detti effetti si verificano (1). »

Ma ammesso anche che, grammaticalmente, per dirla col Pardessus, tutte le leggi sieno retroattive, allora a che discutere di retroattività? È chiaro quindi che, quando si parla di leggi retroattive, si parla di certe leggi, non di tutte le leggi. Perciò una legge, pel solo fatto che regola, con nuove norme, i fatti presenti e avvenire, che sono una conseguenza di un fatto antico, non è retroattiva.

(1) Fiore. *Op. cit.* P. I, pag. 92-93, 101.

Ma sarebbe un errore generalizzare: vi sono tuttavia delle leggi, le quali, pur non toccando ai fatti trascorsi e alle loro conseguenze passate, sono retroattive, per ciò solo che regolano di quei fatti le conseguenze non ancora avvenute.

Tutti ammettono difatti « che non è condizione indispensabile, per ritenere una relazione giuridica come passata, che essa sia anteriore al cominciato vigore della legge nuova, essendochè certe relazioni giuridiche, che sono effetti legali e conseguenze di un negozio giuridico anteriore, tuttochè si svolgano dopo il cominciato vigore della legge nuova, devono essere considerate come passate rispetto a questa, nel senso cioè che le dette relazioni non possono essere assoggettate alle disposizioni della legge nuova.

« Poni ad esempio che, vigente la legge antica, l'individuo abbia acquistato il diritto di dedurre certi effetti e certe conseguenze in conformità delle regole stabilite dalla legge stessa, e se tale diritto sia stato integralmente acquistato prima del cominciato vigore della legge nuova, questa non potrebbe assoggettare al suo impero e alla sua autorità le relazioni suddette, che sono come effetti e conseguenze del diritto anteriore, nonostantechè i detti effetti vengano a svolgersi dopo il cominciato vigore della nuova legge (1). »

Il matrimonio religioso, fatto quando non esisteva il matrimonio civile, era un matrimonio legalmente valido; anzi non si poteva ammogliarsi in modo diverso. Da un matrimonio, così fatto, nasce un figlio, dopo la istituzione del matrimonio civile.

(1) Fiore. *Op. cit.* P. I, pag. 92.

La nascita di questo figlio è una conseguenza del matrimonio... non lo sarà, ma si presume che lo sia: è la conseguenza diretta del fatto antico. Or bene, se il legislatore dichiarasse illegittimo quel figlio, perchè non nato da un matrimonio civile, non darebbe forse effetto retroattivo alla legge?

Il codice attuale dichiara indissolubile il matrimonio. Una legge nuova ammette il divorzio e lo autorizza, anche per matrimoni avvenuti precedentemente. Non sarebbe forse retroattiva?

Se sì, ne viene che, anche nel caso che una legge tocchi alle conseguenze avvenire di un fatto successo sotto l'impero di una legge antica, può essere retroattiva.

E allora, il quesito che ci resta da risolvere è questo: Quand'è che una legge cosifatta è retroattiva e quando no?

È il punto più difficile e controverso; ma l'indole e l'economia del nostro lavoro non ci consentono di esporre tutte le opinioni degli scrittori intorno ad esso: per lo scopo che noi dobbiamo proporci, basterà che indichiamo quale ci sembri la più giusta risoluzione.

§ 49. La legge stabilisce le norme che devono regolare le relazioni sociali, attribuendo ai cittadini determinati poteri o determinati obblighi, costituenti la loro capacità di diritto.

Nei limiti di questa capacità, i cittadini possono liberamente agire, per acquistare, secondo le circostanze, tutti quei vantaggi che la legge consente. Questi vantaggi, quando sieno conseguiti, diventano diritti concreti, diritti, a così dire, incar-

nati nella persona; diventano, come dice il Savigny, « un oggetto d'indipendente signoria individuale. »

Or bene, questi diritti, acquistati nei limiti della capacità individuale, stabilita dalla legge, sono il patrimonio, morale o materiale, dell'individuo. Toccare a questo patrimonio, modificare o distruggere il diritto già personificato, sia pure nelle sue esplicazioni avvenire, è dare alla legge effetto retroattivo.

Ma quando i cittadini non abbiano ancora esercitata la propria libertà, quale era dalle leggi determinata; quando la capacità sia rimasta una semplice potenza e non si sia estrinsecata nei fatti, di diritti individualmente conseguiti non si può parlare: si può parlare solo di facoltà astratte, di aspettative, di diritti possibili, non di diritti esistenti e concretamente spettanti ad una persona.

Onde, quando una nuova legge regola le relazioni sociali in modo diverso dalla precedente, modificando il contenuto delle capacità individuali, nulla toglie agl'individui, i quali ancora non hanno conseguiti diritti; ma solo determina le nuove condizioni, con cui potranno in avvenire acquistarne: sarebbe in altre parole una legge non retroattiva.

Se si dicesse che il solo fatto di una legge, la quale accorda determinate facoltà o le regola in un determinato modo, incarna nei cittadini il diritto di acquistare sempre e in quel modo quelle facoltà, si pronuncierebbe una eresia giuridica, rendendo impossibile lo sviluppo del diritto, chè, come abbiamo detto, ogni legge, per ciò solo che è legge, agisce sulle persone.

Infatti, qualora un individuo abbia fatto tutto ciò che occorreva, secondo la legge vigente, per acquistare un diritto; oppure quando si sia trovato nelle circostanze di fatto, dalla suddetta legge contemplate, per acquistarlo, e una nuova legge muta o distrugge tale rapporto, la legge ha effetto retroattivo. Se, invece, dalle circostanze suddette il diritto, che è il risultato finale della legge, non era ancora nato, ma era nel divenire, se era per nascere, la legge nuova, che assoggetti l'acquisto di tale diritto alle sue disposizioni, non è retroattiva (1).

Le conseguenze di questo principio sono innumerevoli e si applicano ad ogni parte del diritto.

Sarà bene addurre un esempio, per spiegarci ancora più chiaramente.

Prendiamo una legge d'indole politica, quella che determina, in uno Stato rappresentativo, le condizioni dell'elettorato.

Il potere che la legge accorda, a determinate classi di cittadini, di eleggere i deputati, è un oggetto d'indipendente signoria individuale?

No. La legge attribuisce quella facoltà, con quelle determinate condizioni; ma questa facoltà, finchè non si presenti l'occasione di esercitarla, è puramente astratta. Solo allora che questa occasione si presenti, la facoltà stessa si concretizza, diventa un diritto individualizzato: il diritto, per quel cittadino, di concorrere alla elezione di uno o più deputati, in quel collegio e con quelle forme, che la legge determina.

Ma perchè un elettore ha quella facoltà, non ne viene ch'egli abbia conseguito il diritto di es-

(1) Fiore. *Op. cit.* P. I, pag. 93 e seg.

sere sempre elettore, di quel determinato numero di deputati, con quel determinato sistema di scrutinio, e via dicendo. La sua facoltà si mantiene, finchè la legge vige, e si estrinseca concretamente ad ogni elezione che, durante il dominio di quella legge, si fa; mutata la legge, la facoltà stessa cessa o si modifica.

La cosa ci pare così logica ed evidente che, proprio, non ci parrebbe possibile sostenere il contrario. Eppure un insigne uomo, il Saredo, cade in questo errore.

« Non è ora il luogo, egli dice, di ricercare se vi sia e quale sia, una vera differenza intrinseca fra l'indole dei diritti civili e quella dei diritti politici: non volendo iniziare una discussione troppo ampia, mi limito a dire che non si può riconoscere alcuna efficacia retroattiva alle leggi politiche, quando privano un cittadino de' suoi diritti acquisiti. Senza dubbio, può il legislatore toglierli espressamente: non mancano gli esempi di simili iniquità: e la storia è ricca di atti e di fatti che provano con che facilità i governi spogliano un popolo della sua libertà e de' suoi diritti. Ma che la scienza venga a giustificarli, che se ne faccia complice, è ciò che non mi pare nè bello, nè morale. »

E continua: « Si cita l'esempio delle leggi che restringessero la capacità elettorale: e si dice che avrebbero effetto retroattivo, perchè toglierebbero a molti cittadini la qualità che avevano di elettori. E chi lo nega? Non solo si potrebbe restringere la capacità elettorale, ma negarla affatto, sostituendo il governo assoluto al governo libero. Ma allora non si parli più di diritto, e alla ipocrisia delle dottrine

illiberali si sostituisca apertamente l'apologia della forza (1). »

Egli combatte, come si vede, coloro i quali sostengono che le leggi elettorali devono avere effetto retroattivo. Noi siamo andati ancora più in là, affermando ch'esse hanno piena efficacia per l'avvenire, e che questa efficacia loro non include nemmeno effetto retroattivo. Quindi l'argomentazione del Saredo è ancor più contraria alla nostra tesi, che a quella di coloro ch'egli combatte.

A che si riduce tutto lo squarcio rettorico del Saredo? A questo solo: che quando fu data a dei cittadini la qualità di elettori, il diritto di restar tali non si può più togliere ad essi; il diritto elettorale, per il passato, per il presente e per l'avvenire, s'incarna in chi ne viene investito.

Certo, se si volesse che alla legge elettorale vigente venisse sostituita un'altra legge più ristretta, il Saredo avrebbe ragione di rispondere: Siete illiberali; siete complici del despotismo; siete (sarebbe veramente un po' troppo) immorali. Ma così si sposta la questione; di una questione giuridica se ne fa una politica, la quale si risolve in ciò: è opportuno, è giusto, è morale, è conveniente, nelle condizioni attuali della società italiana, restringere il suffragio?

Ma che ci ha da far ciò coll'argomento nostro? L'argomento è questo: « Le istituzioni politiche si possono mutare? E quando le istituzioni nuove sieno introdotte, i diritti politici, derivanti da quelle antiche, devono essere conservati? »

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 301-2.

Ebbene, il Saredo, al primo quesito, risponde: sì (1), e al secondo risponde: no. Ma è una contraddizione in termini. Se le istituzioni si possono mutare, è possibile mantenere tutti gli organi politici, che dalle precedenti istituzioni erano fissati?

Che cosa sono le istituzioni di uno Stato? Sono appunto il complesso degli organi statuali, così come sono costituiti, così come funzionano. Ogni organo ha dei diritti, ogni individuo componente un organo ne ha la sua parte. Quando create delle nuove istituzioni, i vecchi organi cessano, e con essi necessariamente cessano anche i diritti che avevano acquisiti; quando cessano questi organi, gl'individui, che li componevano, non hanno più nemmeno essi i diritti che ne conseguivano. I loro diritti erano eventuali, erano subordinati alla condizione di un possibile mutamento nel governo.

Alla monarchia succede la repubblica, e il re non è più tale. È soppresso un senato ereditario, e il senatore per diritto di nascita cessa di essere senatore. Al suffragio censitario e per classi si sostituisce il suffragio universale e senza distinzione di classi; un elettore che, pel suo censo, aveva diritto, mettiamo, di eleggere, insieme a pochi altri, una quota parte dei consiglieri comunali o dei deputati al parlamento, perde questo suo diritto.

Per la stessa ragione, una legge restringe il diritto a suffragio; e naturalmente molti, che prima erano elettori, dopo non lo sono più.

Ecco una quantità di diritti politici, subordinati alla esistenza di determinati organi. L'organo cessa:

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 301.

cessano i diritti individuali che ne derivavano. Cosa c'è d'illecito, d'ingiusto, d'immorale? Quali diritti acquisiti si turbano?

A un re spodestato, il quale pretende di ritornare sul trono, perchè afferma d'essere stato privato d'un diritto acquisito, noi ridiamo in faccia.

Ma ad un elettore? Caspita, il caso è diverso!

Gli è che, quando si voglion decidere le questioni giuridiche con criterii politici, nel senso più volgare di questa parola, non si vedono mai le cose quali sono realmente.

Il quesito, sul quale ci siamo tanto indugiati, convien rammentarlo, è questo: Quand'è che una legge, la quale leda gli effetti avvenire di una legge antica, è retroattiva? Meglio è però che, riassumendo, in una formola, tutto quanto finora abbiam detto, allarghiamo la risposta così, da comprendere in essa anche i fatti e le loro conseguenze passate.

Retroattiva è adunque, secondo noi, una legge, la quale modifica l'importanza giuridica di fatti precedentemente avvenuti e delle conseguenze che ne sono già derivate, o quando tocca a diritti individualmente già acquisiti, in virtù delle disposizioni di una legge prima in vigore.

§ 50. Determinato così il senso che, a nostro avviso, si deve dare al concetto della retroattività, noi non abbiamo fatto altro che porre una premessa, imperocchè la questione fondamentale che ci preoccupa è questa: « In quali casi il legislatore può dare effetto retroattivo a una legge? »

Anche qui convien distinguere e classare. Però, siccome noi parliamo soltanto delle facoltà dei legislatori in argomento di retroattività, il campo no-

stro è assai limitato: le innumerevoli questioni d'applicazione, che possono sorgere, data la varia e complessa natura degl' istituti e la diversità dei casi, non sono materia di questo studio.

La risoluzione, secondo i principii generali da noi posti, è facile assai. I legislatori non hanno diritto che di fare una cosa sola: esprimere la volontà collettiva, di cui sono gli organi. La collettività crede che una legge deva avere effetto retroattivo? Ed essi devono darglielo. Non lo crede? Ed essi devono astenersi dal darglielo.

Perciò lo studio, cui devono applicarsi, non è già quello delle teorie scientifiche sulla retroattività, ma quello della coscienza che la collettività, in ogni singolo caso, manifesta. Non già ch'essi devano essere agenti del tutto passivi, ma la loro libertà d'azione sta nei limiti che abbiamo segnati, in massima e per ogni caso, nei precedenti capitoli.

Nè il chiarire qual sia il pubblico sentimento, rispetto alla retroattività delle leggi, è cosa difficile. Eccolo: « Una legge può avere effetto retroattivo, quando si propone non un male, ma un bene generale o particolare, purchè da essa non ne venga nocumento ad alcuno. »

Dopo che la legge ha soppressi i feudi, Tizio ne acquistò uno. Viene una legge che li ripristina; e questa legge non può obbligar Tizio a restituire il feudo, senza indennizzarlo del danno conseguente.

Cajo, finchè la legge consente la libertà di fissare l'interesse, che più piace, sui capitali che si prestano altrui, dà a mutuo, al 10^o‰, una certa somma. Una nuova legge proibisce l'interesse supe-

riore al 6 °₁₀. Cajo non può essere costretto a restituire al debitore la differenza fra la somma d'interessi già riscossa e quella che, in base alla nuova legge, sarebbe autorizzata.

Sempronio compie un fatto che la vecchia legge non considera reato. Il nuovo codice invece lo classifica fra i reati. Sarebbe giusto colpire di condanna Sempronio? No, perchè « nulla poena sine lege. » Ed è perciò che il nostro codice penale dice: « Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato (art. 2). »

Invece una legge retroattiva, che si proponga il bene, non ripugna alla nostra coscienza, ed anzi talora è da essa domandata.

« Gli interessi sociali, le considerazioni politiche, e varie ragioni di pubblico interesse, possono giustificare in certi casi la retroattività della legge nuova... In certi casi questo potrebbe essere giustificato coi principii medesimi sui quali si fonda la regola della non retroattività.

« Supponi ad esempio, che la legge nuova modifichi certe istituzioni giuridiche, e che regoli in maniera più conforme alla giustizia e agl' interessi stessi dei privati tutti i rapporti che da tali istituzioni derivano, e se in questo caso il legislatore disponesse che la legge nuova dovesse applicarsi anche alle conseguenze giuridiche di rapporti anteriori alla sua promulgazione, provvederebbe in tal guisa al meglio delle persone, essendo che l' applicazione della legge nuova sarebbe a vantaggio non a pregiudizio dei privati, concedendo ai medesimi di pro-

fittare delle nuove disposizioni più conformi a giustizia e ai loro stessi interessi (1). »

La legge antica ammetteva la schiavitù. Una legge nuova non solo la sopprime, ma indennizza gli schiavi liberati, dei danni loro recati colla privazione della libertà. Chi ci troverebbe a ridire, salvo il ministro delle finanze?

In base ad una legge antica, Tizio vien condannato: il fatto pel quale fu messo in prigione non è più considerato come un reato dalla legge nuova o è punito con pena minore. Tizio vien liberato o gli è mitigata la pena, di conformità alla nuova legge.

A un condannato politico furono dall' Austria o da uno qualunque dei tirannuoli che governavano l'Italia, prima del 1860, confiscati i beni. Chi non approverebbe una legge, che questi beni restituisse, che indennizzasse il condannato patriota dei danni a lui conseguiti dalla condanna, che cancellasse dai registri tribunalizzii ogni traccia della condanna stessa?

E chi mai vorrebbe che un fatto, consumato sotto la vecchia legge, e da essa considerato come reato, fosse punito, anche dopo attuata la nuova legge, che più non lo comprendesse fra i reati?

I codici penali sono espliciti.

Già nella introduzione del *diritto territoriale universale prussiano*, che primo tentò di ridurre questa materia a un sistema di principii, si contengono disposizioni in questo senso.

« La diminuzione d'una pena, stabilita da una legge anteriore, giova anche a quel delinquente sul

(1) F i o r e. *Op. cit.* Parte I, pag. 90-91.

quale quella pena, al tempo della pubblicazione della nuova legge, non è ancora stata eseguita (§ 18).

« Ove sia dubbio se un reato sia stato commesso prima o dopo la pubblicazione della nuova legge, devesi, nel commisurare la pena, aver riguardo alla legge più mite (§ 20). »

Questo principio è pure ammesso dal codice penale francese e da quelli dei varii Stati italiani.

Quello nostro del 1859 dice: « Se la pena che era imposta dalla legge al tempo del commesso reato, e quella stabilita dalla legge posteriore fossero diverse fra loro, sarà sempre applicata la pena più mite. Se la nuova legge cancella dalla classe dei reati un'azione considerata come reato dalla legge anteriore, cessano di diritto tutti gli effetti del procedimento e della condanna (art. 3). »

E il codice vigente: « Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisca reato; e, se vi sia condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali. Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato (art. 2). »

Ma può avvenire che una legge, per recare vantaggio a qualcuno, porti pregiudizio a qualche altro.

Uno schiavo vien liberato: è il suo vantaggio. Ma il di lui padrone deve perdere il capitale, che quello schiavo gli rappresentava?

Al condannato politico si restituiscono i beni confiscati. Ma se questi beni sono stati acquistati da un altro? Se quest'altro ci ha rimesso del suo per migliorarli?

In questi casi non è forse doveroso tener conto di tali diritti, indennizzando, per es., il padrone degli schiavi o il compratore dei beni confiscati?

Si certamente: il bene dell'uno non deve produrre il male dell'altro.

Anzi nell'introduzione al *diritto territoriale prussiano* ciò è categoricamente prescritto: « Che se da un'azione illecita provengono diritti privati, devesi aver riguardo alle leggi che vigevano al tempo dell'azione (§ 19). »

Conciliando così i diritti degli uni col vantaggio degli altri, la legge potrà essere sempre utilmente retroattiva.

Il Gabba non ammette la retroattività per ragioni d'ordine pubblico. Chi per tal modo la crede giustificata, egli dice, « o dimentica essere un forte interesse pubblico anche il rispetto dei diritti acquisiti, oppure deve ammettere che l'esistenza dei diritti di questa natura possa fare ostacolo alla retroattività, ed allora deve dare per oggetto alla ricerca dei limiti dell'effetto retroattivo, non già l'interessare una data legge o no l'ordine pubblico, ma l'esservi o no in presenza della medesima diritti acquisiti che si devono rispettare, abbandonando così il punto di vista adottato da principio (1). »

Ci pare un errore: il rispetto dei diritti acquisiti è certamente un interesse pubblico; ma essi non sono un ostacolo alla retroattività, quando sia richiesta da alte ragioni d'ordine pubblico. Sarebbero un ostacolo, se non potessero conciliarsi con queste ragioni; ma quando mai tale conciliazione è impossibile?

(1) G a b b a. *Op. cit.* Lib. II, p. I, cap. II.

Certo « molto elastico è il concetto dell'utilità e dell'ordine pubblico », come pur dice il Gabba; ma questa elasticità riguarda non il concetto in sè, ma la sua applicazione. E ciò toglie forse ch'esso sia vero? Spetterà alla prudenza dei legislatori il decidere quando il bene pubblico esista, ricordandosi che bene pubblico è praticamente quello, che alla coscienza collettiva par tale.

Queste, a noi pare, le massime cui il legislatore deve ispirarsi nell'applicazione del principio della non retroattività. Pur troppo però non sempre egli le segue. Anzi son molte le leggi, dall'antichità ad oggi, che non le rispettano.

A Roma non poche costituzioni imperiali ebbero, per espressa disposizione in esse contenuta, effetto retroattivo (1). Persino l'ebbe, quantunque parzialmente, la stessa legislazione giustiniana: « *Leges nostrae suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu... in omnibus causis, sive quae postea concesserint, sive quae in iudiciis adhuc pendent, nec eos judicialis, vel amicalis forma composuit* » (2).

(1) L. 8 e 9 C. de incertis et inut. nuptiis. — L. un. § 4 C. de contr. judic. — L. 23, § 2, C. de S. S. Ecclesiis. — L. 27, C. de usuris. — L. ult. C. de pact. pign. — L. 3, § 4, in fin. C. de quadern. praescript. — — L. 17 C. de fide instrum., ecc.

(2) L. 2, § 23 C. de ret. jur. enuncl. — Gabba, *Op. cit.* Cap. II, § 1. — Saredo. *Tratt. delle leggi*. Vol. I, pag. 304. — Il Landucci spiega e dimostra, però, che, in molti casi tassativi di retroattività, i diritti esistenti e fondati, che si distrussero, non erano ancora acquisiti al patrimonio dei loro titolari. (In Aubry e Rau, § 71 e 75). Anche in questa parte del suo commento, il Landucci si dimostra dotto ed acuto; anzi ci duole di non poter consentire in tutte le di lui opinioni. Ma soprattutto ci duole di non

Nella storia di Francia poi, all'epoca della rivoluzione, il principio della retroattività fu assai poco rispettato. Celebri sono gli esempi delle leggi 17 nevoso e 12 brumaio anno II: la prima annullava le donazioni fra vivi posteriori al 14 luglio 1789, le istituzioni contrattuali, le disposizioni *mortis causa*, fatte ed effettuate o da effettuarsi dal 14 luglio 1789 in poi; la seconda ammetteva i figli naturali alle successioni dei genitori, aperte dal 14 luglio 1789 in poi (1).

Ma vedi la forza del diritto!

La Convenzione medesima, con suo decreto del 5 floreale, dovette sospendere la legge del 17 nevoso, e, con un decreto del 9 fruttidoro, la dichiarò non avvenuta. E la legge del 5 vendemmiale anno IV tolse l'effetto retroattivo a quella del 12 brumaio. Anzi, come ben dice il Gabba, «tali enormità contribuirono non poco alla reazione del 9 termidoro (2).»

§ 51. Colla questione della retroattività si collega quella della interpretazione autentica.

Avviene spesso che una legge sia oscura. In tal caso, sorgendo contestazione, lo Stato vi provvede giudizialmente, rischiarando e precisando i punti ambigui od eliminando le contraddizioni.

poterle discutere qui, per la brevità che ci è imposta, onde non si alterino le proporzioni del nostro lavoro, e per la necessità in cui ci troviamo di considerare l'argomento, soltanto in ciò che ha rapporto colla funzione legislativa.

(1) D a l l o z. *Rép.*, voce *Lois*, 184. — L a u r e n t. *Op. cit.* I, 142. — G a b b a. *Op. cit.* L. I, cap. 3. — S a r e d o. *Op. cit.* I, pag. 280-81. — F i o r e. *Op. cit.* P. I, pag. 90.

(2) G a b b a. *Op. cit.* L. I, cap. 3.

Però questo rimedio è soltanto parziale: vale cioè per il caso concreto, sottoposto a giudizio; ma non per i casi analoghi, che in avvenire potessero verificarsi.

Straordinariamente invece, nel caso di controversie gravi, importanti e molteplici, si può ricorrere ad un rimedio più generale, interpretando legislativamente, cioè con una nuova legge, quella il cui senso o la cui estensione riescono incerti.

Una legge, per esempio, stabilisce che una norma giuridica sia applicabile a determinati casi e li enumera. Sorge il dubbio se un altro caso vi sia o no compreso virtualmente, quantunque non sia scritto. Una nuova legge risolve il dubbio: ecco la interpretazione di una legge, fatta con altra legge; ecco cioè un caso d'interpretazione autentica.

Leggi interpretative adunque son quelle che non creano nuove norme, ma solo chiariscono il senso e la portata di norme contenute in leggi anteriori; che ne rivendicano cioè la vera intelligenza (*vis ac potestas Legis*).

Una legge che abroghi e sostituisca od anche solo ne completi un'altra, non è una legge interpretativa, ma una legge nuova (1).

A Roma era indiscusso il principio, che chi ha fatta la legge, ha solo la facoltà d'interpretarla in modo generale. «Eius est interpretari legem, cuius est condere (2).» Abbiamo già visto che gl'imperatori, assai spesso, mercè i rescritti, interpretavano appunto

(1) Bianchi. *Op. cit.*, pag. 37-38.

(2) L. ult. C. *De leg.*, I, 14.

le leggi (1). « Manifestavano, dice Montesquieu, i romani imperatori, come i nostri monarchi, i loro voleri per decreti e per editti: ma, ciò che i nostri sovrani non fanno, permisero che i giudici o i privati, nelle loro vertenze, li interrogassero con lettere; e le loro risposte chiamavansi rescritti (2). » Giustiniano anzi riservò a sè solo, come sappiamo, il diritto d'interpretazione delle sue leggi (3).

In Francia, la rivoluzione fece suo ed esagerò questo concetto, ispirandosi alla ormai vieta teoria della separazione dei poteri.

Allora ebbe origine l'istituto della *interpretazione autentica obbligatoria*. Si permise ai giudici di sottoporre agli organi legislativi i dubbii sorti e di chiedere ad essi qual fosse la interpretazione vera, autentica, della legge. Anzi, nel caso che, dopo cassate due sentenze uniformi, date nella medesima causa, fra le medesime parti e sopra identici mezzi, il Tribunale di rinvio avesse pronunciata una sentenza conforme a quelle cassate, la interpretazione autentica era necessaria (4).

Lo stesso sistema fu attuato nel regno delle Due Sicilie. Quando la sentenza di un Tribunale

(1) Questi rescritti, per le decisioni che contenevano, sopra punti di diritto controversi o dubbiosi, servendo quasi sempre di norma per gli analoghi casi avvenire, tenevano, così si diceva, *legis vicem*.

(2) M o n t e s q u i e u. *Spir. delle leggi*. Lib. XIX, cap. XVI.

(3) Anche le decretali dei Papi sono lettere, che decidono sopra argomenti di disciplina ecclesiastica, rispondendo a domande di vescovi o di semplici privati. Si chiamano *decretali*, perchè la Chiesa riconosce ad esse forza di legge.

(4) Legge 27 nov. 1790 e costituz. dell'anno III, art. 256.

o di una Corte veniva annullata dalla Corte suprema, la causa doveva essere rinviata a un altro Tribunale o ad un'altra Corte, i quali però, non essendo vincolati dalla decisione superiore, potevano risolvere la controversia allo stesso modo del primo Tribunale o della prima Corte, la cui sentenza era stata cassata. Qualora la nuova sentenza fosse stata impugnata ancora, la Corte suprema poteva o elevare un cosiddetto dubbio di legge o decidere a Camere riunite. In questo secondo caso, venendo nuovamente annullata la sentenza e rinviata la causa ad altro Tribunale o ad altra Corte, e pronunciandosi da questa una sentenza conforme alle annullate, per la risoluzione della lite occorreva la interpretazione legislativa, qualora fosse stato presentato un nuovo ricorso (1).

Questo sistema era difettosissimo. Con esso difatti gli organi legislativi, nell'atto in cui dichiaravano qual fosse la interpretazione da darsi ad una legge, definivano anche la causa pendente, a proposito della quale la necessità della interpretazione autentica era intervenuta. Lo stesso scopo che con questa si era voluto raggiungere, cioè la divisione dei poteri, non si raggiungeva affatto. Anzi si raggiungeva lo scopo opposto: quello cioè che i legislatori si sostituissero ai giudici.

Perciò dal codice Napoleone la interpretazione autentica obbligatoria fu abbandonata, per far luogo, al caso, alla interpretazione autentica facoltativa.

(1) Decr. 3 aprile 1812. — Legge organica del 1817-18. — Anche in Prussia si era nominata una commissione legislativa, col l'incarico d'interpretare ogni oscurità della legge (S a v i g n y. *Vom Beruf* etc. Ediz. 1827; pag. 88).

Così nelle altre legislazioni; così in quella italiana, per la quale ogni causa dev'essere risolta sempre dai competenti organi giudiziarii, ai quali spetta la definitiva interpretazione delle leggi applicabili (1), però nei limiti e per gli effetti della causa stessa, imperocchè « l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo (art. 73 dello statuto). »

Molti scrittori sostengono che la interpretazione autentica non è possibile, affermando che l'origine di questa disposizione statutaria, prima contenuta, sotto altra forma, nell'art. 16 del codice civile albertino (2), dimostra come essa fosse intesa non già a dare agli organi legislativi potestà d'interpretare le leggi, ma a sradicare l'abuso dei Senati, che consideravano obbligatorie le interpretazioni da essi date (3).

Ma è una disputa che non s'intende. « Negare la possibilità di leggi interpretative, dice benissimo il Landucci, ci sembra un assurdo; si pensi come si voglia della provenienza storica del citato articolo

(1) « Quando, dopo la cassazione di una prima sentenza, la seconda, pronunciata dall'autorità a cui fu rinviata la causa tra le stesse parti che agiscono nella stessa qualità, sia impugnata per gli stessi motivi proposti contro la prima, la Corte pronunzia a sezioni riunite.

« Se la seconda sentenza sia cassata per gli stessi motivi per cui fu cassata la prima, l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto, sul quale essa ha pronunciato. » *Cod. di proc. civ.*, art. 547.

(2) « Le sentenze dei magistrati non avranno mai forza di legge. »

(3) Ugual genesi ha l'art. 5 del codice Napoleone: « È proibito ai giudici di pronunziare in via di disposizione generale o di regolamento nelle cause di loro competenza. »

dello statuto, non si potrà mai superarlo in modo da opinare il contrario in diritto positivo. D'altro lato, anche se l'art. 73 volesse considerarsi inesistente per il nostro tema, a causa della ricordata sua origine storica, rimarrebbe sempre libero al potere legislativo d'interpretare con nuove leggi il suo pensiero espresso in leggi precedenti... Del resto, anche in Italia, nell'ultimo periodo della sua vita politica, non mancano esempi di leggi interpretative, per esempio la seconda legge Crispi sull'ordinamento dell'amministrazione centrale, ecc. (1).»

Ammissa adunque la possibilità delle leggi interpretative, convien considerarne gli effetti.

La legge interpretativa, appunto perchè tale, se ben si considera, è nuova solo formalmente; intrinsecamente essa è tutt'uno con quella cui si riferisce. Perciò le leggi interpretative regolano, per loro natura, non solo il futuro, ma anche il passato; si considera cioè che la legge interpretata sia stata promulgata così come la nuova legge la interpreta. «Ea quae per interpretationem adjiciuntur, in illis obtinere debere, in quibus legibus interpretatis locus est (2).»

E invero il legislatore, come diceva Ulpiano, con queste leggi, «non dat, sed datum significat (3).»

Beninteso che questo principio si applica a tutti i casi non ancora decisi, che la legge interpretata

(1) Landucci, in Aubry e Rau, pag. 672-73. — Sull'argomento è importante la discussione fatta dinanzi alla commissione coordinatrice del nostro codice civile, a proposito dell'art. 2 delle disposizioni transitorie.

(2) Nov. 19. *Praef.*, in fine.

(3) L. 21 § 1, 2. D. *Qui test. fac. poss.*

contempla, e non a quelli per i quali i relativi giudizi o le transazioni o decisioni arbitramentali intervenute, sono già definitive.

Questa eccezione, ammessa indiscutibilmente in diritto romano, sancita dal *diritto territoriale prussiano* (1), proposta in aggiunta all'art. 2 del codice Napoleone (2) ed esclusa solo perchè ritenuta superflua, è indiscutibile, poichè, come avverte il Savigny, « la sentenza non è nulla, in quanto certamente non contravviene ad una legge chiara (3). »

Questo il senso e i limiti di applicazione delle leggi interpretative.

Sono esse opportune?

Certo, l'ufficio d'interprete è più opportunamente esercitato dal giudice: lo ammettono oggidì tutti gli scrittori. Ma ciò esclude forse la convenienza, in qualche caso, della interpretazione autentica?

Chi può negare, dicono gli uni, che non sia un bene di stabilire, in modo obbligatorio per tutti, con una semplice spiegazione, qual sia il significato preciso di una disposizione legislativa? E chi meglio del legislatore, che questa disposizione formulò, può conoscere lo spirito di una legge e risolverne le dubbiezze? In certi casi, sia pure rarissimi, il ricorrere a questo mezzo eccezionale non può essere di sommo interesse pubblico?

(1) « L'interpretazione di una legge anteriore trovata necessaria e debitamente pubblicata dal legislatore, dev'essere osservata in tutti i casi giuridici non ancora decisi (*Introd.*, § 14). »

(2) Progetto del Libro preliminare al Cod. civ. franc., preparato dalla Commissione presieduta dal Tronchet. Tit. IV, art. 2.

(3) Savigny. *Sist. del dir. rom. att.*, § 397.

Sul senso vero di una legge si verifichino una quantità di decisioni contraddittorie, che lascino incerte le parti e moltiplichino le liti. Vero è che in alcuni Stati, dove esiste un unico magistrato supremo, questo risolverà in definitiva i dubbii; ma chi non vede che allora egli usurperà l'ufficio legislativo? Già la tendenza a dare autorità quasi di legge alle decisioni delle Corti supreme è naturalmente così diffusa, che sarebbe un errore non mantenere nei legislatori la facoltà dell'interpretazione.

Ma gli altri obietrano: Se fosse vero che il legislatore si limitasse, colla legge nuova, ad interpretare la legge vecchia, certo il vantaggio sperato si conseguirebbe. Ma chi ci assicura di ciò?

Specialmente nei governi rappresentativi moderni, la legge è opera di più organi, costituiti diversamente, e ne' quali, per mutarsi di maggioranze, manca assai spesso lo spirito di tradizione. Onde è da temere che, sotto la veste di una interpretazione, si faccia una legge nuova, che contraddica la vecchia. V'ha di più: anche se gli elementi, di cui quegli organi si compongono, non mutassero, il pericolo stesso sarebbe immanente. Gli organi legislativi sono costituiti per deliberare, in vista di considerazioni generali, ciò ch'è bene, nel momento preciso in cui deliberano. A ciò sono adatti; non lo sono invece assolutamente per determinare ciò ch'essi avevano ritenuto esser bene in un'epoca anteriore.

Queste le principali ragioni che si adducono contro le leggi interpretative. Ci pare però che, per quanto gravi, non abbiano tal forza da escludere, in modo assoluto, la convenienza di queste; imperoc-

chè, se è vero che, colla interpretazione autentica, si può effettivamente modificare o mutare una norma giuridica, è pur vero che il legislatore, se vuole innovare, può farlo con una legge qualunque, senza bisogno di darle apparenza d'interpretazione.

L'unico pericolo è questo: che il legislatore, per semplice errore di giudizio, innovi e non interpreti; nel qual caso si applicheranno, a mo' d'interpretazione, delle disposizioni legislative completamente nuove, cui si darà per ciò ingiustamente forza retroattiva.

La teoria che le leggi d'interpretazione sieno retroattive è errata, dice il Landucci (1). Ed ha certamente ragione, pel caso che le leggi nuove sieno veramente ed esclusivamente interpretative. Ma se la interpretazione del legislatore è errata? Allora avremo una legge dopo i fatti (*Ex post facta lex*).

Ma in tal caso, soggiunge il Landucci, nel caso cioè che « la legge interpretativa contenga del nuovo », « essa non potrebbe considerarsi, anche nei rapporti della retroattività delle leggi, che quale una legge nuova qualsiasi (2). »

Non lo crediamo. Quando il legislatore dichiara interpretativa una legge, il giudice non può e non deve considerarla diversamente. Era incerto che cosa il legislatore avesse voluto dire; il legislatore dichiara qual'era stata la sua volontà. Sbaglierà, se volete; ma questo sbaglio il giudice non può rilevare. E non rilevandolo, non può considerare nuova la legge.

(1) Landucci, in Aubry e Rau, pag. 675.

(2) *Loco citato*.

C A P O V.

REDAZIONE DELLE LEGGI

52. Contenuto. — 53. Forma. — 54. Motivazione.

§ 52. Ci siamo intrattenuti finora a parlare delle condizioni intrinseche, che sono necessarie alla bontà delle leggi. Ci resta a dire delle condizioni estrinseche, le quali appunto si compendiano nella formola: *redazione delle leggi*. Ne parleremo però assai brevemente, la materia essendo, nella sua essenza, politica.

Noi sappiamo che le leggi sono manifestazioni della volontà sociale, cioè della volontà imperante, e quindi norme obbligatorie d'azione.

Ora è evidente che una norma non può essere obbligatoria, se non è precisa, concreta, assoluta, se non costituisce un comando, un precetto. Le astrazioni, i consigli, le professioni di fede, le definizioni generali, i programmi, potranno essere ottimi nella scienza, che insegna, coordina, sintetizza e deduce; ma sono pessimi elementi di una legge.

Il Portalis, nella discussione del codice civile francese, sostenne vigorosamente, quantunque parzialmente, questo concetto.

« Le definizioni generali, egli diceva, non contengono, per la maggior parte, che espressioni vaghe

ed astratte, la cui nozione è sovente più difficile a fissare che quella della cosa stessa che si definisce.. Se vi sono definizioni delle quali il legislatore debba rendersi l'arbitro, sono quelle che appartengono a quella parte mobile e puramente positiva del diritto, che è tutta intiera sotto la dipendenza del legislatore medesimo: ma avviene altrimenti delle definizioni attinenti alla morale e delle cose che hanno una esistenza indipendente dalle volontà arbitrarie dell' uomo (1). »

E giustamente avverte il Savigny, che la difficoltà delle definizioni apparisce, quando si pensi che perfino quelle dei giureconsulti romani sono nella maggior parte assai poco esatte (2).

Bacone, con brevità quasi tacitiana, chiari splendidamente quale dev'essere il contenuto delle leggi: « *Leges non decet esse disputantes, set jubentes.* »

Questo consiglio di prudenza i legislatori non sanno sempre seguire.

Già nelle *Pandette* e nel *Codice giustiniano*, ed anche in parecchie *Novelle*, si riscontrano molte definizioni generali (3).

E il celebre Cocceio, nel codice di Federico II, da lui compilato (1750), disputa continuamente. Vi si trovano ad ogni passo formole come queste: « Si è messo in questione ». - « Alcuni giureconsulti hanno preteso ». - « Gli uni l'hanno negato, gli altri l'hanno affermato, ma noi vogliamo e ordiniamo ». - « Noi

(1) P o r t a l i s. *Disc. prél. sur le projet de code civile etc.*, 19 e seg. — L o c r é. *Op. cit.* Vol. I, pag. 246.

(2) S a v i g n y. *Vom Beruf etc.*, Ediz. 1827; pag. 29.

(3) Non parliamo delle *Istituzioni*. Quantunque avessero forza di legge, non erano, come sappiamo, che un libro didattico.

aboliamo, colle presenti, queste distinzioni del tutto destituite di fondamento », ecc. (1).

Ma i saggi più splendidi di questa maniera di legiferare ci sono forniti dalla Francia, nell'epoca rivoluzionaria. Celebri sono le dichiarazioni dei diritti dell'uomo e del cittadino, premesse alle prime costituzioni di Francia.

« Gli uomini nascono e restano liberi ed eguali in diritto. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune.

« Lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza, e la resistenza all'oppressione.

« Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione; nessun corpo, nessun individuo può esercitare dell'autorità che non ne emani espressamente.

« La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad alcuno: così l'esercizio dei diritti naturali di ogni uomo non ha altri limiti oltre a quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi medesimi diritti. Questi limiti non possono essere determinati che dalla legge.

« La legge non ha il diritto d'impedire che le azioni nocevoli alla società. »

Così incomincia la dichiarazione della costituzione del 1791, la quale continua poi, con una quantità d'articoli, quasi tutti della natura dei primi.

(1) B e n t h a m. *Traité de légis.* Vol. IV, pag. 272.

Le dichiarazioni premesse alle costituzioni del 1793 e dell'anno III sono, press'a poco, dello stesso genere. Le differenze sono minime e formali; ma le affermazioni in esse contenute sono sostanzialmente identiche.

La nomenclatura dei diritti riconosciuti in esse, se non erriamo, è questa: eguaglianza, libertà, proprietà, sicurezza, resistenza all'oppressione, sovranità della nazione intera, legge espressione della volontà generale, libertà delle opinioni, libera comunicazione dei pensieri, ammissione di tutti i cittadini a tutte le funzioni; libertà di parlare, di scrivere, di stampare e di pubblicare i proprii pensieri; libertà di riunione, di petizione, dei culti, dell'industria; libertà religiosa e diritto all'istruzione.

È nota la parodia che ne fece il De Sismondi: « Tutti i francesi sono liberi; tutti i francesi sono felici. » (1)

(1) Abbiamo designate, come tipi di un sistema di legislazione condannabile, le dichiarazioni francesi dei diritti, riprodotte allora, e quà e là ancora ed a torto imitate, specialmente nelle repubbliche dell'America latina; ma con ciò non intendiamo disconoscere la necessità storica di esse e la loro benefica influenza. « I primi tempi della rivoluzione francese, dice benissimo il Meyer, furono fertili di grandi idee, e produssero molte innovazioni talmente felici, che il tempo le ha consacrate, e che i più grandi mutamenti, la restaurazione stessa, le ha adottate e confermate: soltanto esse erano soggette all'esagerazione, e tutto quello che ne è rimasto ha dovuto essere determinato e maturato dai tempi e dall'esperienza (*Op. cit.*, pag. 163). »

Se la rivoluzione inglese fosse scoppiata nel 1789, è proprio certo che non avrebbe ecceduto in astrattezze?

Anche in Inghilterra si trova una dichiarazione dei diritti: il *bill* del 1688; ma essa non ha affatto il carattere filosofico e umanitario, che il suo titolo farebbe presentire. Essa parla di tradizioni, di

Il cittadino Leroux, persuaso che questa ripartizione non fosse metodica e scientifica, ritenendo che nel 1848 si potesse meglio conoscere la natura umana e quindi redigere una migliore dichiarazione, ne propose una di nuova, basata, s'intende, sul concetto della trinità :

« *Art. 1.* I principii della società risultano dalla natura dell'uomo.

« *Art. 2.* L'uomo, considerato come individuo, è fatto all'immagine del suo Creatore ; egli è *triplo* ed uno: Sensazione - Sentimento - Cognizione.

« *Art. 3.* L'uomo manifesta la sua esistenza riguardo alla natura e ai suoi simili con un *triplo* bisogno, senza la soddisfazione del quale l'uomo è nella sofferenza

« *Art. 4.* Questo triplo bisogno dell'uomo si esprime con queste *tre* parole: Proprietà - Famiglia - Patria. »

E via di questo passo, per cento articoli, che, se non sapessimo vincere la tentazione di riprodurli, ci farebbero finire troppo allegramente l'opera nostra.

Però il lettore che, per quanto sussiego abbia in apparenza, in sostanza è sempre ghiotto di queste cose, ci consentirà volentieri che noi riproduciamo il penultimo articolo, il quale, diceva il Le-

« vere, antiche e indubitabili libertà » dei soggetti, non di principii di diritto naturale od assiomatici. Vi è parola, veramente, di un contratto originario; ma è un contratto immemorabile fra il re e il popolo, non un contratto fra la società e i suoi membri. Cf. B o u t m y. *Op. cit.*, pag. 59 e seg.

Lo stesso carattere conserva la dichiarazione dei diritti della costituzione degli Stati Uniti.

roux, aveva per iscopo « di conformare la bandiera nazionale alla scienza e di distruggere il germe di collisioni funeste » :

« *Art. 99.* La bandiera nazionale è indivisibilmente bianca, oro, azzurro e porpora. Il corpo della rappresentanza nazionale, nell'esercizio delle sue funzioni, si ripartirà così i suoi colori: L'amministrazione (*Gérance*) o l'unità, avrà per colore il bianco. Il corpo scientifico avrà l'oro; il corpo legislativo, l'azzurro; il corpo esecutivo, la porpora. Questi tre corpi, le sezioni che li compongono, e i comitati fra i quali queste sezioni si dividono, troveranno in questi colori, e nelle loro combinazioni semplici, il mezzo facile di distinguersi nell'esercizio delle loro funzioni. Fuori dell'esercizio delle loro funzioni, i cittadini non spiegheranno alcun colore separatamente dagli altri, tutti i cittadini dovendo essere indistintamente riuniti sotto la bandiera nazionale. »

Ecco la spiegazione che il Leroux dava di quest'articolo: « Il raggio di luce è triplo ed uno ad un tempo, come l'uomo, come la società, come lo Stato. L'unità del raggio è il bianco, la sua triplicità produce i tre colori, oro, azzurro e porpora. Tutto il simbolico prova che l'uomo, per un sentimento istintivo, ha riferito costantemente i tre colori primitivi alle tre facoltà indivise che costituiscono la sua natura, in questo modo: il colore d'oro alla cognizione, l'azzurro al sentimento, la porpora all'attività. »

Ma questo cittadino Leroux, dirà il lettore, è un pazzo. D'accordo; ma intanto egli, quando l'assemblea l'interrompeva, poteva rispondere: « Io sono

stato inviato qui da circa 100.000 cittadini; io non rispetterei quelli che m'hanno eletto, se cedessi vigliaccamente dinanzi a dei clamori (1).»

Non contenti delle loro dichiarazioni dei diritti, i francesi stavano per darsi il lusso anche di un'altra professione di fede. Nel progetto di codice, formulato dalla commissione presieduta dal Tronchet, il libro preliminare, *Del diritto e delle leggi in generale*, conteneva molte definizioni generali e nozioni astratte sulla legislazione.

Queste definizioni e queste nozioni, però, conven dirlo, erano prese a prestito, quasi letteralmente, dal *corpus juris* di Giustiniano.

Nel titolo primo si affermava anzitutto l'esistenza di « un diritto universale ed immutabile, fonte d'ogni legge positiva », il quale « regge la ragione naturale, nel mentre governa tutti gli uomini (art. 1). » Poi si distingueva il diritto delle genti dal diritto interno (art. 2), e quello veniva ripartito in diritto delle genti naturale, fondato sull'equità generale, e in diritto delle genti positivo (art. 3). Anche « il diritto interno o particolare di ciascun popolo, soggiungevasi, si compone in parte del diritto universale, in parte delle leggi che gli sono proprie, ed in parte degli usi e delle consuetudini che formano il supplemento delle leggi (art. 4). » Infine, più o meno esattamente, erano definite la consuetudine (art. 5) e la legge (art. 6), ed erano fissati i fini di questa e determinati i suoi limiti (art. 7).

(1) Seduta 25 settembre 1848 dell'Assemblea nazionale.

E, come se ciò non bastasse, nel titolo secondo, si trova la teoria della partizione delle leggi. Distinguevansi cioè le leggi in costituzionali e politiche, civili ecc., con criterii, a noi pare, completamente sbagliati e incompleti (art. 1); si definivano pure erroneamente il diritto pubblico e il privato (art. 2) e si stabiliva questa differenza fra leggi e regolamenti, che abbiamo già criticata: «Le leggi differiscono dai regolamenti: questi sono variabili, e quelle intendono alla stabilità (art. 3).»

Nel titolo IV (*Degli effetti delle leggi*) si trova un articolo così concepito: «La legge regola le azioni; essa non viola il santuario del pensiero, e ritiene lecito tutto ciò che non è da lei vietato. Nondimeno non è sempre onesto ciò che non è contrario alle leggi (art. 8).»

E nel titolo V (*Dell'applicazione e dell'interpretazione delle leggi*) si trovano le dichiarazioni seguenti: «Il ministero del giudice sta nell'applicare le leggi con discernimento e fedeltà (art. 1).» - «È spesso necessario d'interpretare le leggi. V' hanno due specie d'interpretazione: la dottrinale e quella per via d'autorità. La prima consiste nell'afferrare il vero senso di una legge ecc. (art. 2).» - «Nelle materie civili, il giudice, in difetto di legge precisa, è un ministro di equità. L'equità è il ritorno alla legge naturale o agli usi ricevuti nel silenzio della legge positiva (art. 11).»

Infine l'art. 1 del Titolo VI (*Dell'abrogazione della legge*) è concepito così: «Le leggi non devono essere mutate, modificate od abrogate senza gravi considerazioni: la loro abrogazione non si presume mai.»

Infatti il libro, meno poche eccezioni, era un complesso, non di precetti, ma di definizioni, di proclamazioni e di raccomandazioni; era un libro didattico, propedeutico, che molto opportunamente fu ridotto a poche norme veramente concrete e legislative; poichè, come avvertiva il tribuno Andrieux, quegli articoli non contenevano « delle disposizioni espresse, proibitive, imperative, o anche semplicemente facoltative », ma « dei principii enunciati, degli assiomi di morale o di giurisprudenza (1) »

Tuttavia, anche nel testo del codice, si trovano molte definizioni, delle quali ben poche reggono alla critica.

Anche le leggi tedesche, conforme l' indole di quel popolo, indicano generalmente il loro scopo ed accompagnano il precetto col consiglio e colla raccomandazione. E le definizioni abbondano. Questi difetti si riscontrano, ad esempio, nel codice civile austriaco (2).

Apriamo, a caso, questo codice:

« § 15. I diritti delle persone in parte riguardano le qualità, e le relazioni personali, ed in parte si fondano in relazioni di famiglia. »

« § 16. Ogni uomo ha dei diritti innati, che si conoscono colla sola ragione, perciò egli è da considerarsi come una persona... »

« § 22. Anche la prole non nata ha, dal momento ch' è concepita, un titolo alla protezione delle leggi... »

(1) *Rapport fait par M. Andrieux dans la séance du Tribunat du 12 frimaire an X. — Loc. cit. Op. cit. Vol. I, pag. 418*

(2) *Sclöpis. Op. cit. Vol. III, P. I, L. III, l. I.*

« § 44. I rapporti di famiglia si stabiliscono col contratto di matrimonio. Nel contratto di matrimonio due persone di differente sesso dichiarano ecc. »

« § 137. Se nascono figli dal matrimonio, incomincia un nuovo rapporto legale, d'onde derivano i diritti e gli obblighi tra i genitori e i figli legittimi. »

« § 139. I genitori sono obbligati in generale ad educare i loro figli legittimi, vale a dire: ad aver cura della loro vita e sanità, a somministrare loro un decente mantenimento, a coltivare le facoltà del loro animo e del loro corpo, ed a porre il fondamento della loro prosperità coll'istruirli nella religione, e nelle utili cognizioni. »

Son così poco legislative queste disposizioni, che i commentatori furono costretti a nulla aggiungergli od a farvi una chiosa come questa: « I genitori non sono obbligati a dare direttamente l'istruzione (1). »

Il difetto delle definizioni è notevole anche nel codice civile italiano, e, com'è naturale, poche assai, come fu giustamente avvertito, sono esatte.

Eccone un esempio:

« *Art. 477.* L'usufrutto è il diritto di godere delle cose, di cui altri ha la proprietà, nel modo che ne godrebbe il proprietario, ma coll'obbligo di conservarne la sostanza tanto nella materia quanto nella forma. » Se la definizione fosse giusta, l'usufruttuario dovrebbe conservare la sostanza, nella materia e nella forma, anche delle cose fungibili. L'er-

(1) B a s e v i. *Op. cit.*, pag. 58-59.

rore dipende dall'aver incluso nell'usufrutto, senza ampliarne la definizione, che i giureconsulti romani ci hanno lasciata, anche il quasi-usufrutto.

Nè esatte sono le definizioni della rappresentazione, della vendita, della società, della proprietà... Oh! se i legislatori ricordassero sempre l'aurea massima: « Omnis definitio in jure est periculosa, parum est enim ut non subverti possit (1). »

§ 53. Nè alla perfezione della legge basta che essa costituisca veramente e soltanto un comando. Occorre che questo comando sia chiaro e preciso nello stile, così da evitare dubbiezze nella esecuzione.

Non parliamo solo della eleganza della forma. Se un Tommaseo o un Fanfani venissero incaricati di dare eleganza italiana agli articoli delle leggi, sopprimendo i barbarismi, gl'idiotismi, i francesismi e simili brutture, noi applaudiremmo. Ferdinando Martini, che scrive tanto bene, dovrebbe studiare l'argomento e valersi della sua autorità di ministro-letterato, per conseguire un fine così nobile e degno.

Ma la eleganza della forma, se è cosa lodevole, non è cosa necessaria; necessarie invece sono la perspicuità e la precisione. Per poter imporre l'obbedienza, bisogna farsi intendere. Invano si comminerebbero le più severe pene, se i cittadini non potessero sapere ciò che ad essi si chiede.

Per una legge, la quale ammetta spiegazioni diverse, e che possa essere invocata in significati opposti, è necessaria l'interpretazione. Ora l'inter-

(1) L. 202. D. de reg. juris.

pretare, l'afferrare cioè il vero senso di una legge, è cosa difficile in sè e gravissima nelle sue conseguenze.

Anche quando una legge è chiara, spesso la si elude, con sottigliezze o con falsi ragionamenti, sotto pretesto di penetrarne lo spirito. Immaginarsi se il legislatore non ha avuto cura, nei limiti del possibile, di prevenire ogni occasione di dubbiezze! Allora chi deve eseguire, è costretto a presumere, a distinguere, a conciliare. Di quà dispute, incertezze, errori, divergenze d'opinioni e di giudizi (1).

Puffendorff cita una legge, la quale si esprimeva così: « Chiunque avrà fatto spargere del sangue per le vie, sarà punito di morte. » Un chirurgo trovò in una via un uomo svenuto e gli fece un salasso. Quasi quasi gli mozzavan la testa!

La grandezza dei giureconsulti romani deriva anche dalla loro concisione, congiunta alla purezza e alla chiarezza del linguaggio. Essi erano maestri della loro lingua, tanto che un grammatico, il Valla, ha affermato che, se fossero andati perduti tutti i classici latini, i frammenti delle opere dei giureconsulti sarebbero sufficienti per apprenderci la loro lingua.

Certo i giureconsulti romani ebbero il vantaggio di scrivere in una lingua interamente fissata, che si prestava ad esprimere le idee concisamente, nettamente e senza doppii sensi; la più propria quindi a trasmettere le norme di diritto e d'obbligazione;

(1) Noi non possiamo dire di più; ma chi vuole approfondire l'argomento può consultare B e n t h a m. *Traité de législat.* Vol. IV, pag. 273-282, nonchè M e y e r. *Spirito, origine e progressi delle istituz. giur.* Vol. V. Prato, 1839; pag. 48-58.

vantaggio che non avevano i greci. « *Faciam autem, dicea Modestino, quoad possibile erit, de his doctrinam manifestam, enarrans legalia Graecorum voce, etsi cognovero inepta ea ad transferendum esse* (1).

Questa cagione e l'altra della decadenza della lingua latina negli ultimi tempi dell'impero, spiegano la forma tanto inferiore, gonfia, orientale, dell'opera di Giustiniano e dei suoi successori.

Anche le leggi promulgate ne' primi tempi della formazione delle lingue moderne, sono necessariamente diffuse. Esse cumulano le espressioni sinonime, per riescire a determinare il senso delle singole disposizioni (2).

Fra le leggi moderne, quelle inglesi e, quantunque in minori proporzioni, quelle olandesi, sono, per questo difetto del cumulo de' sinonimi, meno precise e meno chiare. Anche ciò dipende dall'indole di quelle lingue, meno formate, meno determinate, meno atte al linguaggio giuridico. La noiosa enumerazione di denominazioni corrispondenti è, anche in esse, una necessità, per supplire il difetto di una parola semplice che caratterizzi, in modo sicuro, la idea.

La lingua tedesca poi, combinando parecchie idee, in una sola parola, colla composizione di

(1) L. 1, § 1. D. *de excusationibus*. — Certamente in nessun'altra lingua, che non fosse la latina, Tacito avrebbe potuto scrivere i suoi periodi, inarrivabili per la concisione, spesso anche soverchia. E in quale altra lingua Cicerone stesso avrebbe potuto, senza imbarazzo, raccogliere tanti accessorii, tante perifrasi, tante parentesi, quante ne raccolgono talora i suoi splendidi periodi?

(2) « *Voulons, ordonnons et nous plait* », dicevano i re di Francia.

questa, o in una sola frase, colla cumulazione degli aggettivi, dei participii e delle parentesi, riesce meno perspicua e sicura di quelle lingue, in cui le parole significano una sola idea e i periodi sono più tagliati e distinti.

Di quà i difetti delle leggi tedesche. « Lo stile, diceva lo Sclopis del codice austriaco, lascia soventi desiderare quella franca precisione che esclude il dubbio dell'interpretazione (1). »

Più atte al linguaggio delle leggi sono naturalmente, più o meno, le lingue derivate dalla latina, chè alla chiarezza, alla precisione, alla brevità di questa più si avvicinano (2).

Onde il codice Napoleone, nel suo insieme, è così chiaro e preciso, che Troplong lo paragona « ad una carta geografica che vi fa vedere tutto d'un tratto la fotografia di un paese (3). »

Abbiam detto: nel suo insieme, perchè anch'esso non sfugge, ne' particolari, ad accuse non lievi.

Quanto alla legislazione italiana... ci sarebbe troppo da dire. Certo noi, per le nostre condizioni politiche, non abbiamo potuto incominciare che tardi a formarci una lingua legislativa. Ma un po' di cura non sarebbe soverchia!

Il nostro codice civile, così lungamente meditato, e al quale cooperarono tanti giureconsulti insigni, che, per il loro amore della lingua natia e per l'eleganza dello stile, meriterebbero il nome di *Jurisconsulti elegantiores*, meglio assai di quei giuristi, specialmente olandesi, che, sotto altra forma

(1) Sclopis, loco citato.

(2) Meyer. *De la codific.*, pag. 52 e seg.

(3) Troplong. *De la vente*. Préf.

e con intenti in parte diversi, preconizzarono la scuola storica, malgrado ciò, diciamo, il nostro codice civile è, nella forma, assai difettoso: il linguaggio vi è spesso imperfetto e vi sono mantenuti equivoci che nulla giustifica.

Abbiamo già detto delle definizioni. Ma anche alcuni vocaboli furono adoperati in sensi diversi e talora confusamente e a sproposito, ad es. *possesso, erede, condizione, patto*. E, come avverte il Saredo, « la verbosità, la lunghezza e le ripetizioni sono infinite: si poteva ridurre il codice di un buon terzo, senza che perdesse menomamente dal lato della chiarezza (1). » Questa prolissità, era già stata avvertita da Pellegrino Rossi per il codice francese. Pur troppo i legislatori non ricordano l'aurea massima del Bentham: « Le parole della legge si devono pesare come i diamanti. »

Ma altri gravi difetti, oltre a quelli linguistici, il nostro codice civile contiene. Gravi appunti gli furono mossi per il disordine nella ripartizione delle materie, disordine pure ereditato, senza beneficio d'inventario, dal codice Napoleone. Ad esempio, « il primo libro tratta delle persone e dei diritti di famiglia; e perciò dovrebbe contenere logicamente le norme del matrimonio, del contratto che ne regola le condizioni pecuniarie, e delle successioni legittime, essenzialmente fondate sul diritto domestico. Invece queste diverse materie sono sparpagliate in parti diverse del codice (2). »

E la prescrizione? Il titolo ventottesimo del libro terzo prende il nome da essa; ma, chi la

(1) S a r e d o. *Tratt. delle leggi*, pag. 118.

(2) S a r e d o, *loco citato*.

vuol conoscere, deve cercarla un po' per tutto, chè essa, quantunque vecchia, essendo nata dal «decorso del tempo», come dice l'art. 2105, si diverte, come se fosse ancora una ragazzina, a correre di qua e di là, e a nascondersi sotto tutti i possibili titoli. Poveri civilisti, costretti a correrle dietro, giuocando a gatta cieca!

Così è a dire delle regole d'interpretazione. Perchè non riunirle e coordinarle tutte nel titolo preliminare?

§ 54. « Io vorrei, milord, che il legislatore non si contentasse di esporre vagamente in testa alla sua legge il bene ch'egli ne attende; io vorrei ch'egli rendesse conto delle riflessioni che l'hanno guidato, ch'egli dimostrasse la necessità del suo regolamento per reprimere l'abuso ch'egli combatte, e facesse sentire a quali pericoli si sarebbe esposti, cessando di obbedirvi. Oltre che con questo metodo si guadagnerebbe necessariamente la confidenza dei cittadini, ne verrebbe anche che in breve tempo i preamboli delle leggi formerebbero il trattato più completo e del diritto naturale e del diritto politico. Io ne sono dolente, ma ho in questa occasione da fare un rimprovero a Licurgo.. »

Ma il povero Licurgo era già morto da tanti secoli, quando l'abate de Mably (1) gli muoveva questo rimprovero, che, proprio, non poteva aver-sene a male.

(1) M a b l y. *De la législat. ou principes des loix.* Lib. III., cap. III. Nella *Collection complète des oeuvres.* Vol. IX. Paris, an III; pag. 298.

Dunque il reverendo abate, così celebre a' suoi tempi e così poco giustamente, rimproverava a Licurgo di non aver motivate le sue leggi.

Quest'idea, che, fra gli elementi costitutivi della legge, si devano comprendere i motivi di essa, fu sostenuta da molti e veramente insigni scrittori, fra cui eminente Il Bentham.

Una legge, per poter essere obbedita, dev'essere conosciuta; per poter essere conosciuta, dev'essere promulgata. Ma è proprio vero che promulgare significhi soltanto chiamare la gente a suon di tromba o di tamburo e leggere ad essa, sulla pubblica piazza, gli articoli di cui la legge si compone, o affiggere il testo per le vie o inserirlo in un *Bollettino ufficiale*?

Mezzi utili tutti, anzi necessari; ma semplici mezzi. È lo scopo cui si deve mirare, e lo scopo è che la legge s'imprima nell'animo di coloro che devono eseguirla.

Ma non s'imprime nell'animo una legge, di cui si conosca soltanto la lettera: è lo spirito che se ne deve comprendere. Anche se la si fosse mandata a memoria, non si potrebbe dire di averla imparata. È la persuasione della sua necessità, o, per lo meno, il sentimento della sua morale autorità, che ne costituisce la vera cognizione e che la rende efficace, formando nei cittadini l'abito di obbedirla. « Scire leges, diceva Celso, non hoc est verba legum tenere, sed vim ac potestatem (1). »

La legge è un'espressione di volontà assoluta: *sic volo, sic jubeo, stet pro ratione voluntas; e*

(1) L. 17 D. de legibus.

perciò appunto, come abbiamo già detto con Bacon, il legislatore comanda e non disputa. Ma altro è disputare, altro è spiegare e persuadere: le leggi non vivono di obbedienza cieca; vivono di fede e di mutuo consenso, vivono di quella comunione intellettuale e morale, di quel concorso di sentimenti e di volontà, che costituisce l'anima delle repubbliche.

« Le leggi sono una forma austera, non s'indirizzano che all'obbedienza, che è triste per sè stessa. » Esse devono « deporre la loro severità, per parlare agli uomini come un buon padre parla ai suoi figli (1). » Allora si forma una specie di *memoria tecnica*, che sintetizza, colle ragioni, i frammenti sparsi. Allora le leggi non sono una lingua morta; allora sono studiate ed intese e conquistano l'affetto e la confidenza dei cittadini. Gli uomini percepiscono bene soltanto « le cose di cui si comprende il perchè (2). »

Varii, secondo i governi, sono i modi che s'adoperano, per motivare le leggi. Ne' governi non rappresentativi, ed anche in questi, per quelle manifestazioni di volontà statale, alla cui esistenza non occorre il concorso della rappresentanza, le leggi sono accompagnate, quando ciò sia ritenuto necessario, dalla loro motivazione, o proclamazione, nell'atto in cui si pubblicano, e talora anche precedentemente. A tutti ricorrono, per certo, alla mente non pochi esempi, dall'antichità ad oggi, di tale sistema, unico possibile in quelle condizioni e in quei casi.

(1) B e n t h a m. *Traité de législat.* Vol. III, pag. 277.

(2) B e n t h a m. *Op. cit.* Vol. III, pag. 278.

Invece nei governi rappresentativi, per le leggi in senso stretto, una diretta e specifica motivazione, fatta in qualunque forma, sarebbe superflua e dannosa.

Superflua, perchè le relazioni con cui i progetti di legge vengono presentati alle Camere, le relazioni parlamentari e le discussioni susseguenti, che tutti i giornali riassumono e commentano, sono più che sufficienti e talora, ahimè, esuberanti, per illuminare i cittadini.

Dannosa, perchè la legge è, non solo nella sua essenza, ma anche nella sua redazione, opera collettiva; ond'è dal complesso delle ragioni, nella collettività stessa sviluppate, che i motivi si deggiono ricercare e trovare, non dall'opinione individuale del capo dello Stato o de' suoi consiglieri, i quali, facilmente, possono, colle loro spiegazioni, alterarne lo spirito.

Certo, chi s'addossasse un tal compito, potrebbe sintetizzare i motivi svolti nelle precedenti discussioni. Ma come farebbe egli a conoscere le ragioni varie e complesse, che persuasero a votare, in favore di una legge, i singoli membri dei corpi legislativi? Imperocchè non sono le discussioni, ma i voti, che creano le leggi. E questi, quantunque, in massima, determinati da quelle, son muti; anzi talora sono perfino sordo-muti!

Che se, per eccezione, i codici sono preceduti da una relazione, del ministro proponente, al capo dello Stato, relazione che costituisce appunto quella *promulgazione delle ragioni*, che il Bentham diceva necessaria, ciò avviene, perchè i codici, come sappiamo, sono approvati dai parlamenti soltanto nel

loro complesso, mentre la definitiva coordinazione e redazione ne è affidata a commissioni speciali, sotto la direzione e la responsabilità dei ministri.

E se non si è sempre fatto così... « io ne sono dolente, ma ho in questa occasione da fare un rimprovero a Licurgo. »

INDICE

INTRODUZIONE

§ 1. Gli organismi sociali	Pag.	1
§ 2. Lo Stato	»	5
§ 3. Funzioni ed organi statuali	»	11
§ 4. Metodo di trattazione	»	1
§ 5. I poteri dello Stato secondo Aristotile, Locke e Montesquieu	»	17
§ 6. Adesioni alla ripartizione del Montesquieu	»	20
§ 7. Altri poteri accennati dagli scrittori	»	22
§ 8. I poteri come organi	»	26
§ 9. Funzioni e diritti	»	28
§ 10. Pretesi poteri che sono invece diritti	»	31
§ 11. Altri errori in cui caddero gli scrittori nel determinare i poteri	»	33
§ 12. Criterio organico di ripartizione delle funzioni	»	36
§ 13. Limiti fra le funzioni di volontà e d'azione	»	41
§ 14. Opportunità di precisare questi limiti	»	43
§ 15. La funzione di volontà o legislativa	»	48
§ 16. Le funzioni d'azione secondo molti scrittori	»	49
§ 17. Opinione nostra	»	53

LIBRO I. — Forme

CAPO I. — LA LEGGE

§ 1. La volontà sociale	Pag.	60
§ 2. Leggi positive e leggi naturali	»	66

§ 3. Erronea distinzione delle leggi in proprie ed improprie	Pag. 71
§ 4. Leggi scritte e leggi consuetudinarie	» 76

CAPO II. — LA LEGGE NELL' ANTICHITÀ

§ 5. Le prime costumanze	Pag. 83
§ 6. Passaggio dal costume alla legge scritta	» 91
§ 7. La legge a Roma	» 97
§ 8. Gli editti dei magistrati e i responsi dei prudenti	» 101
§ 9. Le compilazioni romane	» 107

CAPO III. — LA LEGGE PRIMA DEL NOSTRO SECOLO

§ 10. Varietà delle leggi	Pag. 115
§ 11. Condizioni giuridiche di alcuni popoli	» 120
§ 12. Inconvenienti che ne conseguivano	» 123
§ 13. Tentativi di nuove forme di legislazione	» 128

CAPO IV. — LA LOTTA PER LA CODIFICAZIONE

§ 14. Le costituzioni francesi e il codice Napoleone	Pag. 135
§ 15. Obiezioni della scuola storica	» 141
§ 16. Vero ufficio dei codici	» 146

CAPO V. — LA LEGGE SCRITTA NEGLI STATI CIVILI MODERNI

§ 17. Distinzioni	Pag. 155
§ 18. Leggi in senso stretto	» 157
§ 19. Ordinanze	» 160
§ 20. Trattati e deliberazioni di guerra	» 168

CAPO VI. — IMPORTANZA ODIERNA DELLA CONSUETUDINE

§ 21. La <i>common law</i>	Pag. 175
§ 22. Le consuetudini costituzionali in Inghilterra	» 180
§ 23. La consuetudine negli altri paesi	» 184
§ 24. Sua importanza in diritto costituzionale	» 188
§ 25. Consuetudini di diritto privato	» 195

LIBRO II. — Stadii e condizioni

CAPO I. — STADII DELLA LEGGE

§ 26. Stadii della legge secondo gli scrittori	Pag. 205
§ 27. Opinione nostra	» 208
§ 28. Deliberazione della legge	» 210
§ 29. Momenti della promulgazione	» 215
§ 30. Atto di promulgazione	» 221
§ 31. Pubblicazione	» 227
§ 32. Termini alla obbligatorietà delle leggi	» 235
§ 33. Conservazione delle leggi	» 241

CAPO II. — RELATIVITÀ DELLE LEGGI

§ 34. Condizioni diverse dei singoli popoli	Pag. 245
§ 35. Ufficio della legislazione	» 249
§ 36. Limiti di essa	» 260
§ 37. Teoria dell'onnipotenza legislativa	» 266
§ 38. Inefficacia delle leggi non rispondenti alle concrete condizioni dello Stato	» 276

CAPO III. — EVOLUZIONE DELLE LEGGI

§ 39. Sviluppo organico del diritto	Pag. 285
§ 40. Pretesa irrevocabilità di certe leggi	» 292
§ 41. Necessità di riforme	» 298
§ 42. Legittimità delle rivoluzioni	» 305
§ 43. Importanza delle tradizioni	» 310
§ 44. Riforme espresse	» 317
§ 45. Riforme tacite	» 320
§ 46. Quali sieno preferibili	» 325

CAPO IV. — IRRETROATTIVITÀ ED INTERPRETAZIONE AUTENTICA
DELLE LEGGI

§ 47. La questione dell'irretroattività	Pag. 337
§ 48. Necessità di determinarne i limiti	» 342

§ 49. Che cosa sia una legge retroattiva	Pag. 346
§ 50. Quando il legislatore possa rendere retroattiva una legge	» 352
§ 51. Interpretazione autentica	» 359

CAPO V. — REDAZIONE DELLE LEGGI

§ 52. Contenuto	Pag. 369
§ 53. Forma	» 379
§ 54. Motivazione	» 384

28