

Rocco Favale

## La lezione di Vincenzo Simoncelli: il nuovo compito del civilista

*Vincenzo Simoncelli and the new task  
of the civil law scholarship*

SOMMARIO: 1. Il percorso accademico di Vincenzo Simoncelli – 2. La prolusione camerte – 3. Il nuovo programma di Kohler sull'interpretazione della legge – 4. Le note critiche di Polacco – 5. Il problema delle obbligazioni naturali quale parte speciale della prelezione di Simoncelli. La voce di Polacco – 6. L'eredità scientifica delle prolusioni.

The speech by the new full Professor, holder of the “Roman Law and Civil Code” Chair at the Law Faculty of the University of Camerino, shows the limits of the *École de l'Exégèse* while simultaneously taking the view that the science of civil law can play a decisive role, if it broadens its sphere of investigation to embrace history of law and comparative law as well. The reconstruction of the legal system, pursuant to the idea that positive law does not exhaust the whole of law, acquires solid foundations from an adequate activity of legal interpretation, exercised in accordance with Kohler's new theory. This programmatic line is pursued as part of the peculiar phenomenon of natural obligations, a legal concept subsequently destined to attract a lot of attention from legal theory and from the legislator himself, not just the Italian one.

KEYWORDS: Legal science, legal interpretation, natural obligation

### 1. Il percorso accademico di Vincenzo Simoncelli

Allievo Emanuele Gianturco, nel 1887 Vincenzo Simoncelli non ha neanche trent'anni<sup>1</sup> quando succede a Giacomo Venezian come professore di *Diritto romano e codice civile*, nella Facoltà giuridica dell'Ateneo camerte<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Lo studioso di Sora (FR) nasce nel 1860 e muore a Frascati nel 1917.

<sup>2</sup> Egli resterà a Camerino fino al 1890 e la chiamata a Camerino si deve a Vittorio Scialoja, al quale Simoncelli resterà affettivamente legato, tanto che nel 1911 ne sposerà la figlia Giulia. Fra i professori straordinari vi era anche Pietro Bonfante, che insegnava *Storia del diritto romano*.

Il percorso accademico del neoinsediato sarà fulgido, in quanto successivamente sarà chiamato nell'Ateneo pavese e poi alla Sapienza di Roma. Non intendiamo ripercorrere tutte le tappe della sua carriera universitaria, in quanto già delineata e ben illustrata in passato da illustri suoi Colleghi<sup>3</sup>. Vogliamo soltanto sottolineare il significativo percorso scientifico compiuto, dove il triennio camerte ha contribuito sicuramente alla già solida formazione scientifica dello studioso che, negli anni a seguire, toccherà il culmine in altri prestigiosi Atenei.

La prima monografia consiste nella rielaborazione della sua tesi di laurea ed è caratterizzata soprattutto da una profonda indagine di carattere storico. Emanuele Gianturco mette in evidenza questa peculiarità metodologica nella recensione all'opera: «muovendo dalle fonti romane, interpretate con molta indipendenza e sicuro acume critico, il Simoncelli ne seguiva passo a passo tutto lo svolgimento ulteriore, sicché nelle opinioni dei glossatori e nella pratica dei Tribunali medioevali egli trovava la chiave per intendere a fondo il diritto moderno»<sup>4</sup>.

Nella sistemazione operata da Alfredo Ascoli, le opere di Simoncelli possono essere divise lungo tre traiettorie, partendo *in primis* dai numerosi lavori sulla figura dell'enfiteusi, distribuiti in diverse riviste, che viene esplorata con grande padronanza sotto i profili giuridico, storico, economico-sociale<sup>5</sup>, secondo una visione metodologica sistematica che culminerà nell'opera fondamentale inserita nel *Trattato di diritto civile* di Pasquale Fiore<sup>6</sup>.

Un altro versante è composto da una serie di commenti e annotazioni alla giurisprudenza, quali «scritti di valore altamente scientifico in cui il caso

<sup>3</sup> A. ASCOLI, *Vincenzo Simoncelli*, in *Riv. dir. civ.*, 1917, I, p. 561 ss.; L. MUSSELLI, *Il civilista Vincenzo Simoncelli docente di diritto ecclesiastico a Pavia (1893-1900)*, in *Bollettino della Società pavese di Storia Patria*, 1988, p. 321 ss.; L. GULIA, *Il giurista Vincenzo Simoncelli e Sora. Un cittadino probo e la sua città*, Sora, 2010; L. GULIA, *Vincenzo Simoncelli: "quale il maestro tale l'uomo"*, in *Il sorano Vincenzo Simoncelli (1860-1917). Dottrina e pratica del diritto tra Ottocento e Novecento*, (Quaderni Giuridici) 3, Anno 17, Dicembre 2018, Associazione Giuristi "Marco Tullio Cicerone", Sora, pp. 9-24; M. NARDOZZA, *Diritto privato e codificazione civile nell'Ottocento italiano: le Istituzioni di Vincenzo Simoncelli*, *ivi*, pp. 25-45; M. FERRI e B. LA PIETRA, *Vincenzo Simoncelli e il suo tempo*, s.l., 2019.

<sup>4</sup> E. GIANTURCO, *Recensione a V. SIMONCELLI, La destinazione del padre di famiglia come titolo costitutivo di servitù prediali*, Napoli, 1886, in *Riv. it. sc. giur.*, IV, 1887, p. 504.

<sup>5</sup> V. SIMONCELLI, *L'enfiteusi – Esame critico dell'enfiteusi secondo il codice civile italiano*, Milano, 1888; ID., *L'indole economica del contratto d'enfiteusi del codice civile italiano*, in *Arch. giur.*, XL, 1888, p. 285 ss.; ID., *Le costruzioni giuridiche dell'enfiteusi e le moderne leggi di affrancamento* in *Arch. giur.*, XL, 1888, p. 429 ss., XLI, 1888, p. 3 ss.; ID., *Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici*, in *Riv. it. sc. giur.*, VI, 1888, p. 65 ss. (questi saggi sono contenuti tutti sotto il titolo *Studi sull'enfiteusi*, in V. SIMONCELLI, *Scritti giuridici* raccolti ordinati curati da D. Simoncelli, I, Roma 1938, p. 131 ss.).

<sup>6</sup> V. SIMONCELLI, *Della enfiteusi*, vol. I, in *Il diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza* per cura di P. Fiore, Napoli-Torino, 1910. A questo lavoro fondamentale va aggiunto, ID., *Trattato delle locazioni dei predi urbani e rustici*, vol. I, Lanciano, 1891, limitato purtroppo alle locazioni urbane.

deciso non serve che come la manifestazione concreta, viva e reale di un istituto»<sup>7</sup>. Questo genere di letteratura era coltivato e sviluppato da giuristi di alta fama nella dottrina del calibro di Vittorio Scialoja, Nicola Coviello, Ferdinando Bianchi. Quali esempi, vanno menzionate le note in tema di locazione, legati, fiducia testamentaria e appalti di opere pubbliche<sup>8</sup>.

Infine le opere di conio didattico e formativo che rispecchiano il contenuto dei corsi tenuti a Pavia e a Roma, un genere letterario che sicuramente è risultato di fondamentale ausilio per la preparazione dei futuri giuristi<sup>9</sup>. Il coronamento di questo genere di pubblicazioni si ha con la stampa della sua *Introduzione alle scienze giuridiche*, non solo base della formazione del civilista ma anche fucina di numerose e indispensabili avvertenze di stampo metodologico<sup>10</sup>. L'opera costituisce l'esito e la dimostrazione del grande impegno che Simoncelli riversa nella sua carriera accademica nei confronti del grande problema – mai sopito e ancora oggi più che vivo – del rapporto fra teoria e pratica e sul ruolo degli studi universitari.

La teoria – secondo Simoncelli – «è l'aiuto più potente della pratica», per cui costituisce «un curioso vezzo quello di raffigurarsi la teoria come un'estasi contemplativa di mistici anacoreti»<sup>11</sup>. La base del pensiero teorico è il codice ed è dalle sue disposizioni che si parte per risalire ai principi generali. Lo studio dei casi in seno ai corsi universitari è sollecitato e attuato dal nostro studioso, in scia al metodo di Jhering e Gianturco<sup>12</sup>, dal quale si

<sup>7</sup> A. ASCOLI, *Vincenzo Simoncelli*, cit., p. 563.

<sup>8</sup> V. SIMONCELLI, *Locazione di cave o miniere*, in *Foro it.*, 1896, I, c. 390 ss. (in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 539 ss.); ID., *Sulla responsabilità del conduttore per l'incendio*, in *Foro it.*, 1893, I, c. 376 ss. (in *Scritti giuridici*, I, cit., p. 521 ss.); ID., *Sui legati di culto*, in *Foro it.*, 1898, I, c. 959 ss. (in *Scritti giuridici* raccolti ordinati curati da D. Simoncelli, II, Roma 1938, p. 3 ss.); ID., *Ancora sui legati di culto*, in *Foro it.*, 1900, I, c. 130 ss. (in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 115 ss.); ID., *Accessione, superficie e diritti dei terzi*, in *Foro it.*, 1900, I, c. 56 ss. (in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 89 ss.); ID., *Le istituzioni fiduciarie e la capacità di succedere dei religiosi e della Chiesa cattolica*, in *Foro it.*, 1901, I, c. 307 ss. (in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 187 ss.); ID., *Ancora sulla pretesa nullità delle donazioni e delle disposizioni testamentarie fatte a favore dei religiosi riuniti in associazione*, in *Foro it.*, 1908, I, c. 554 ss. (in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 495 ss.); ID., *La rappresentanza delle società negli appalti delle opere pubbliche*, in *Foro it.*, 1907, I, c. 63 ss. (in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 447 ss.).

<sup>9</sup> V. SIMONCELLI, *Dei diritti reali*, anno 1893-94, Università di Pavia, Pavia, 1894; ID., *Negozi giuridici ed obbligazioni*, anno 1894-1895, Università di Pavia, Pavia, 1895; ID., *Diritto successorio*, anni 1895-96; 1896-97, Università di Pavia, Pavia, 1897; ID., *Trascrizione, privilegi ed ipoteche*, anno 1897-98, Università di Pavia, Pavia, 1898. Vanno aggiunti anche i corsi di *Diritto giudiziario*, anno 1901-02, Università di Roma, Roma, 1902; e di *Diritto ecclesiastico*, anno 1907-08, Università di Roma, Roma, 1908.

<sup>10</sup> V. SIMONCELLI, *Introduzione alle scienze giuridiche ed istituzioni di diritto privato*, Roma, 1914.

<sup>11</sup> V. SIMONCELLI, *L'insegnamento del diritto civile e G.D. Romagnosi*, (1899), in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 55, ove più avanti avverte che «un codice ben fatto di leggi non può offrire né una teoria, né un trattato, ma rassomigliare deve ad una collezione di regole e precetti» (p. 61).

<sup>12</sup> Così, E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, (1884), ristampa anastatica, Bologna, 1989, p. 14, richiama il pensiero di Jhering: «i casi giuridici danno al

discosta, tuttavia, sotto il profilo del processo di selezione dei casi: «per essi [Jhering e Gianturco] bastano dei casi finti, escogitati con abilità, io credo invece più acconci i casi concreti veri, quali, ad esempio, si hanno dalle sentenze dei magistrati. Lo studio, la critica delle sentenze, con casi dati dalla vita reale, offrono un campo più interessante per i giovani, i quali oltre l'attrattiva della verità vi trovano anche una cultura molto utile per la vita del foro»<sup>13</sup>.

## 2. La prolusione camerte

Al tramonto degli anni Ottanta dell'Ottocento, il discorso di Simoncelli letto nell'Ateneo camerte si propaga in un clima metodologico nel quale aleggia Scuola dell'esegesi francese<sup>14</sup>. Paolo Grossi puntualizza, con la sua maestria, che il fenomeno delle codificazioni separa, in maniera definitiva, nel linguaggio dei giuristi i concetti di interpretazione ed esegesi: «mentre “interpretazione” [...] continua a connotarsi come vocabolo improntato a grosse polivalenza e disponibilità, “esegesi” ha – al contrario – subito nella recente vicenda continentale europea un clamoroso risecchimento», ossia come «interpretazione servile d'un testo legislativo»<sup>15</sup>.

---

maestro l'opportunità di mettersi coi suoi discepoli in una immediata relazione, ugualmente utile per entrambe le parti, di conoscere il successo delle sue lezioni teoretiche, di correggere gli equivoci, di riempire le lacune ecc. Essi obbligano d'altra parte gli ascoltatori a chiarire i principii del loro sapere, mentre si rendono conto dell'estensione e della solidità di esso, a ricapitolare contemporaneamente le diverse dottrine, a orientarsi su tutti i punti e a guardare con occhio sicuro tutto il sistema, poiché spesso, in un solo caso conviene applicare i più disparati principii giuridici: tali esercitazioni accrescono inoltre l'interesse, con cui essi apprendono e si appropriano gl'insegnamenti teoretici, aguzzano il loro sguardo per intendere anche le più fine *nuances* di certi astratti concetti; fortificano e accrescono la loro memoria, poiché gli astratti principii non sono facilmente accessibili al principiante, né s'imprimono fortemente nella memoria di lui, se non appunto in occasione e a proposito di un caso concreto».

<sup>13</sup> V. SIMONCELLI, *La teoria e la pratica del diritto*, (1899), in *Scritti giuridici*, II, cit., p. 38.

<sup>14</sup> Secondo G. TARELLO, *La «scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, 1969, p. 243, *l'école de exégèse* indica «i civilisti francesi e belgi che insegnavano, nell'ottocento, il Codice Napoleone con la tecnica del commento articolo per articolo; designa, inoltre, il metodo o la tecnica di cui quei giuristi si avvalevano, e le idee generali o ideologie che erano loro proprie». La denominazione del metodo risale paradossalmente ad uno dei più forti critici, J. BONNECASE, *La science du droit privé en France au début du XIX<sup>e</sup> siècle. La Themis 1819-1831. Son fondateur Athanase Jourdan*, Paris, 1914. L'avvento e la fortuna della scuola dell'esegesi si devono a molteplici ragioni, quali l'evento stesso della codificazione, il principio di autorità del legislatore, la teorica della separazione dei poteri, il principio della certezza del diritto nonché le forti pressioni del regime napoleonico per lo studio esclusivo del diritto positivo (N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, p. 86 ss.). Per un'illustrazione esauriente di siffatto movimento metodologico v. P. CHIASSONI, *Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un «Vademecum» giuridico*, in *Mat. storia cult. giur.*, 2003, p. 335 ss.

<sup>15</sup> P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 33. Sul ruolo del giurista come mero soggetto passivo del fenomeno giuridico, utili chiarimenti sono offerti da P. GROSSI, *Epiciedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli “Atti” di un Convegno milanese, e alla ricerca di*

Simoncelli, in qualità di professore ordinario di Diritto civile dell'Ateneo camerino, legge il suo Discorso all'esordio dell'anno accademico, domenica 17 novembre 1889, dal titolo: "Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile". Il giovane professore, non ancora trentenne, approva la tradizione secondo cui la festa degli studi debba essere la festa dell'inizio: «ogni opera altamente civile merita la festa del principio»<sup>16</sup>. Festa, che riunisce gli studiosi di tutte le discipline, «operai tutti – matematici, medici, giuristi – d'un solo immenso edificio, che è la scienza»<sup>17</sup>. E tutte le discipline hanno la loro "tecnica", la quale rappresenta la chiave di accesso che può essere posseduta solamente da chi l'ha studiata. In questo senso, deve superarsi in seno al diritto quel «volgare pregiudizio», secondo cui sia sufficiente «la cosiddetta sana ragione umana»<sup>18</sup>.

La scienza del diritto civile non può trovare ausilio in chi esercita la pratica, coinvolto dal caso sottopostogli dal cliente e sollecitato – quale ricercatore di difese e non di verità – piuttosto a coltivare la vittoria in giudizio che non gli argomenti scientifici<sup>19</sup>.

Superati i convenevoli con due stoccate severe dirette ai pratici e ai profani, evidentemente per motivi diversi, il giovane professore entra nel vivo del problema della scienza giuridica del diritto civile, le cui difficoltà intrinseche in realtà non hanno trovato soluzione con il codice civile unitario emanato soltanto più di vent'anni prima.

La collocazione della prolusione alla fine degli anni Ottanta dell'Ottocento riflette senz'altro lo spirito dei tempi: il codice civile unitario ha già esaurito del tutto l'effetto metodologico della Scuola dell'esegesi e la scienza giuridica è ormai pronta ad abbandonare la tecnica dei commentari<sup>20</sup>, ma altresì ad «accogliere la ricchezza del materiale esegetico francese per costruire la

---

*segni*), in *Quad. fiorentini*, 17, 1988, p. 517 ss., ove sottolinea i rischi che «il giurista ritorn[i] nel suo cantuccio d'ombra lasciando che sia intieramente affare altrui la costruzione del giuridico» (p. 528). Le peculiarità del metodo della Scuola dell'esegesi si sviluppano intorno alle idee dell'inversione del rapporto fra diritto naturale e diritto positivo, dell'osservanza del principio di autorità della legge, della concezione esclusivamente statualistica del diritto, dell'interpretazione della legge fondata sull'intenzione del legislatore, dell'esaurimento del diritto alla legge.

<sup>16</sup> Così, V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, in *Annuario dell'Università di Camerino*, 1889-1890, p. 17 (anche in *Scritti giuridici*, I, Roma, 1938, p. 415 ss.).

<sup>17</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 18.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>20</sup> La tipologia del commentario garantiva di ricostruire il testo del codice civile seguendo pedissequamente l'ordine delle materie e degli articoli del codice: precisamente la forma del "Commentario" quando si segue l'ordine dei titoli e degli articoli, invece del "Trattato" quando si segue soltanto l'ordine dei titoli (cfr., in proposito, G. TARELLO, *La «scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia*, cit., p. 251 ss.; N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, p. 7). Gli studiosi di siffatto movimento metodologico adoperavano anche la veste letteraria denominata "Elementi" o "Principi".

teoria»<sup>21</sup>. Una teoria, che rappresenta la dogmatica del diritto civile, attenta al carattere dinamico in cui «non v'ha istante di assoluto riposo»<sup>22</sup>.

La linea programmatica della prolusione è chiara: la scienza del diritto civile deve essere liberata da ciò che non è esclusivamente giuridico e il compito del civilista deve distendersi lungo gli studi della storia del diritto e del diritto comparato<sup>23</sup>.

L'avvento della nuova codificazione, a seguito dell'unità d'Italia<sup>24</sup>, non esclude, anzi incoraggia la storia, quale laboratorio atto a rivelare il percorso di sviluppo degli istituti giuridici accolti; in particolare, la ricerca abbraccia i diritti romano, germanico, canonico, statutario e francese.

La dimensione giuridica, in altri termini, si distende oltre lo steccato del *de iure condito*, avvolgendo i diritti trascorsi del diritto attuale nonché i diritti allogeni aventi stretti rapporti con il modello giuridico interno. In siffatta guisa, il diritto interno vigente viene visto in una prospettiva copernicana<sup>25</sup> – certamente estranea alla cultura tolemaica del giurista che volge lo sguardo dell'indagine prevalentemente, se non esclusivamente, al diritto positivo interno – alla luce della quale diritto domestico e istituti devono essere ricostruiti secondo le coordinate normative (vigenti o meno) espresse dai principi che hanno alimentato la piattaforma normativa attuale<sup>26</sup>.

<sup>21</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 26.

<sup>22</sup> F.C. SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, Verona, 1857, p. 104.

<sup>23</sup> Qui è evidente il richiamo al saggio fondamentale di J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 30, 1886, pp. 1 ss., spec. 37, secondo cui uno dei mezzi più potenti per conoscere gli interessi perseguiti dalla legge è la storia del diritto, precisando altresì «und zwar die Geschichte des eigenen wie des fremden Rechts, und so ist insbesondere die Rechtsvergleichung einer der mächtigsten Hebel der Gesetzesinterpretation».

<sup>24</sup> Va ricordato che alla vigilia del nuovo codice civile unitario erano vigenti cinque codici civili: il codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, il codice civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla del 1820, il codice civile per gli Stati di Sua Maestà il Re di Sardegna del 1837, il codice civile per gli Stati Estensi del 1851, il codice civile per il Regno Lombardo Veneto del 1816 che introduce nei relativi territori l'ABGB. Il quadro pre-codificazione è bene illustrato dal saggio di G. ASTUTI, *Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, in Atti del Convegno sul tema *Napoleone e l'Italia* presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1973, p. 175 ss. (riprodotto dalla Giappichelli nel 2015); v. altresì, ID., *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, in Atti del terzo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Firenze, 1977, p. 847 ss.

<sup>25</sup> Sul ruolo tolemaico del diritto e della scienza giuridica e sulla successiva e progressiva trasformazione secondo una visuale copernicana, preziose le osservazioni di L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, Torino, 1996, p. 7 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Prefazione*, a L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. XXXII, precisa che «le vicende dei fenomeni giuridici nel loro divenire, nell'ambito di quel processo di allargamento degli orizzonti storici e scientifici [...] impone l'abbandono della visuale tolemaica del diritto a favore di una prospettiva radicalmente e irreversibilmente copernicana».

L'individuazione dei principi di base delle leggi spetta ai civilisti, i quali sono consapevoli che la legge non esaurisce il diritto e che «quel che si manifesta è parte organica di quel che si nasconde» e dove «la sua interpretazione non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale»; interpretazione della legge non «rivolta a stabilirne il senso delle parole [...], ma a completare la legge»<sup>27</sup>. Il salto oltre il principio della perfetta aderenza fra legge e diritto è chiarissimo e si disconosce il diritto positivo inteso quale insieme di leggi emanate dal legislatore.

Proprio nella dimensione della interpretazione della legge sta la lezione di Simoncelli, dove la presenza del codice non assicura la stabilizzazione del diritto: il diritto positivo vive nel suo sviluppo, quale elemento endogeno, in armonia con le esigenze e le richieste della società. Il compito del civilista non si può ridurre «alla interpretazione, strettamente intesa, della legge [ma] deve cominciare dall'accertare il principio fondamentale d'una regola giuridica, il suo rapporto con tutto il sistema giuridico; se si contentasse d'una interpretazione superficiale della regola, farebbe opera tanto poco scientifica»<sup>28</sup>.

Alla base dell'attività del giurista v'è il metodo sistematico, prospettiva che consente effettivamente la costruzione dell'ordinamento, come sistema giuridico, secondo le coordinate della *Begriffsjurisprudenz*, tuttavia nel senso nuovo delineato da Jhering di concetti a servizio della vita e non il contrario. In questo modo, «attendere a fissare i concetti giuridici, in base alla loro storia ed alla loro posizione logica di fronte a tutto il sistema, è dunque l'essenza della scienza del diritto civile»<sup>29</sup>.

Il giurista edifica con i principi fondamentali il sistema giuridico, secondo una concezione olistica, e vive nello stesso, secondo le dinamiche della vita e le coordinate di interpretazione e applicazione compatibili con la coscienza sociale presente. Per cui «quel che il legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e quel che avrebbe prescritto se lo avesse preveduto, possono essere due cose diverse, ché ci corre in mezzo un periodo di tempo, che può aver mutato l'ambiente sociale e scientifico»<sup>30</sup>.

Nella visuale del prolusore l'interpretazione preferita non può essere che quella aderente al tempo presente della legge, fino al punto in cui il testo pone una resistenza insuperabile a una diversa interpretazione e con l'annesso dovere del legislatore di intervenire.

In questo quadro Simoncelli configura il problema del caso nuovo che non ha regola nella legge nello strumento dell'analogia di casi simili o di principi, in quanto fondati nel tempo presente e non al momento dell'emanazione. Principi e idee – e qui lo studioso termina la parte generale della prolusione –

<sup>27</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 27.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 37.

che devono trovare aggancio, spiegazione e alimento nel diritto positivo e quindi con l'apporto indispensabile della scienza del diritto civile.

### 3. Il nuovo programma di Kohler sull'interpretazione della legge

La lettura di Simoncelli rappresenta e persegue la prospettiva delineata da Joseph Kohler pochi anni prima nel suo manifesto sull'interpretazione della legge<sup>31</sup>, secondo cui risulta decisivo non ciò che vuole l'autore della legge, ma ciò che vuole la legge.

Il contributo nell'esordio affronta i principi base della dottrina soggettiva dominante: a) compito dell'interpretazione è determinare ciò che ha voluto il legislatore; b) le idee del legislatore si esprimono nelle sue parole<sup>32</sup>; c) un corollario di questo insegnamento è che nei punti dubbi i lavori preparatori della legge rappresentano la fonte più vicina e sicura di chiarimento<sup>33</sup>.

Ciò che è determinante non è la volontà del legislatore, ma la *voluntas legis*, ossia volontà nel senso teleologico, precisamente «organisches Zweckbestreben»<sup>34</sup>. Lo scopo dell'interpretazione della legge è quello di determinare quali metodi di interpretazione può o deve applicare il giudice.

È noto che, a differenza del nostro ordinamento (artt. 3 disp. prel. c.c. 1865 e 12 disp. prel. c.c. vigente), quello tedesco non ha una disciplina sull'interpretazione della legge e Von Savigny nei suoi canoni metodologici individuava lo scopo dell'interpretazione nella individuazione del pensiero (*Gedanken*) del legislatore storico. Il Maestro tedesco così si esprime: «ogni legge è destinata a fissare la natura di un rapporto giuridico, ad esprimere cioè un pensiero (sia esso semplice o complesso), per modo che la esistenza di quel rapporto di diritto venga assicurata contro l'errore e l'arbitrio. Affinché questo scopo venga raggiunto, è necessario che coloro, i quali avranno che fare con quel rapporto di diritto, apprendano quel pensiero in modo chiaro e completo. Ciò avviene quando essi si pongano col pensiero nello stesso punto di partenza del legislatore, e ripetano in sé artificialmente l'operazione di lui, per modo che la legge rinasca di nuovo nella loro mente. Tale è il compito della interpretazione, che noi possiamo quindi definire come la ricostruzione del pensiero racchiuso nella legge. Solo in questo modo è possibile di

<sup>31</sup> Ci si intende riferire al saggio poderoso: *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 1 ss., che, secondo P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, cit., p. 55, «circola come lievito intellettuale» in seno alla prolusione che si propone. La teorica di Kohler è seguita da F. BIANCHI, *Nota a Cass. Firenze*, 18 febbraio 1889, in *Foro it.*, 1889, I, cc. 740 ss., spec. 749 s.

<sup>32</sup> Secondo B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, trad. it. C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1930, p. 64, l'interpretazione «non è tanto una scienza, che possa insegnarsi, quanto un'arte che deve impararsi» e, nella specie, l'interpretazione della legge «deve prima occuparsi di stabilire il senso annesso dal legislatore alle parole da lui adoperate» (p. 65).

<sup>33</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 1, precisa che la persistenza della dottrina soggettiva, fallace ma ancora dominante, si basa sul principio che una tesi non è mai superata finché non è scalzata da un'altra tesi.

<sup>34</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 2.

conseguire la sicura e completa intelligenza del contenuto della legge, e quindi solo così lo scopo della legge può essere raggiunto»<sup>35</sup>.

Quasi mezzo secolo dopo, Josef Kohler offre una prospettiva contrapposta dove è essenziale determinare la volontà della legge e non quella del legislatore: «l'insegnamento tradizionale è errato; ciò che è determinante non è ciò che vuole l'autore della legge ma ciò che la legge stessa vuole - tuttavia, la legge non ha una volontà in senso psicologico, ma una volontà nel senso teleologico, come aspirazione organica a uno scopo; e non si verificano le conseguenze giuridiche previste dall'autore della legge, ma piuttosto quelle che emergono dall'aspirazione organica dello scopo della legge, che si manifestano come l'esito dell'organismo spirituale creato dalla legge stessa. Il legislatore può creare o no una legge; ma, se la crea, la crea con tutte le sue conseguenze giuridiche dirette e indirette, che possono estendersi ben oltre la sua sfera di visione; ciò che è contenuto nella norma giuridica come risultato giuridico non è sempre completamente visibile agli occhi di colui che ha creato la legge - al contrario, spesso una parte importante dell'essenza giuridica ed economica della legge rimane oscura alla sua vista, e l'applicazione spesso produce un'immagine molto diversa da quella che aveva immaginato nella sua mente. In altre parole: la legge si presenta al legislatore come qualcosa di nuovo, di terzo, addirittura come qualcosa di estraneo, e l'indagine sulla sua efficacia giuridica è per lui una nuova sfida, proprio come per il musicista l'analisi degli effetti sonori, o per il pittore l'analisi degli effetti cromatici su cui si basa la magia estetica della sua creazione»<sup>36</sup>.

Il legislatore può o non può creare una legge; ma se la crea, la crea con tutte le sue conseguenze giuridiche dirette e indirette, che possono andare ben oltre la sua capacità di visione<sup>37</sup>. E la creazione della legge testimonia l'intenzione dell'autore della legge divenire incontro a bisogni e disfunzioni della vita giuridica<sup>38</sup>. Allo stesso tempo, la legislazione non è una elaborazione scientifica che penetra e domina la struttura dell'ordinamento giuridico; piuttosto il legislatore deve possedere senso pratico, intuito e prudenza. Per questo la presa in giro di Savigny delle limitate conoscenze teoriche dei redattori del *code civil* e del poco tempo speso per il testo codicistico fa dedurre come la sua ottica sia da ripensare.

---

<sup>35</sup> F.C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, (1840) trad. it. V. Scialoja, Torino, 1886, p. 212 s.

<sup>36</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., pp. 1-3.

<sup>37</sup> H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1851, p. 150, precisa, in questa logica, che la legge si stacca dal legislatore con la pubblicazione, per cui nell'ambiente giuridico la volontà del legislatore diventa indifferente.

<sup>38</sup> Secondo J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 3 s., il legislatore, come ogni giurista, si rappresenta in anticipo alcune future funzioni giuridiche della legge per valutare pro o contro la stessa, ma le sue considerazioni non sono differenti da quelle di qualsiasi terzo.

La nascita del codice e la sua diffusione non è legata allo sviluppo della scienza giuridica, quanto al sostrato della nazione e alle sue forze creative: alla luce di questi presupposti la codificazione è sempre una cosa positiva<sup>39</sup>. Insomma la scienza giuridica è utile per l'attività legislativa – si pensi allo studio di diritti stranieri – ma non può mai sostituire il genio legislativo pratico. Ne consegue un ripensamento dei principi dell'interpretazione diretti verso un'elaborazione della legge finalizzata a svelare i principi contenuti in essa. Il compito più alto del giurista è quello di astrarre dalla legge le disposizioni giuridiche fondamentali e di presentarle nella loro qualità e nella loro portata; di conseguenza diventa particolarmente importante individuare quali sono gli strumenti per scoprire i principi che risiedono nella legge<sup>40</sup>. La legge – secondo Kohler - non pronuncia, ma allude ai principi; è come una vena d'oro superficiale.

Proprio questo è il compito della *interpretative Wissenschaft*, precisamente dell'interpretazione superiore (*höhere Interpretation*): essa penetra dalla periferia dei fenomeni al contenuto spirituale. In questo modo essa chiarisce quelle proposizioni giuridiche che, nella loro efficacia giuridica, porta agli scopi pratici prescritti dalla legge; allo stesso tempo, deve rivelare i principi che, sullo sfondo del fenomeno, condizionano il risultato giuridico pratico<sup>41</sup>.

Questo possibile scarto non esiste fra il significato della legge e l'espressione linguistica, ma tra il principio contenuto nella legge e la sua rappresentazione pratica. In maniera parzialmente corretta Windscheid sostiene che l'interprete deve opporre l'effettiva volontà del legislatore alla volontà espressa dal legislatore<sup>42</sup>. Di conseguenza ciò che accade è che l'idea della legge nella forma pratica che la singola previsione ha da offrire non ha trovato una espressione del tutto pura, piena e non offuscata.

---

<sup>39</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 6, porte l'esempio del Cile che possiede uno dei codici di commercio migliori, con una scienza giuridica tuttavia non altrettanto sviluppata.

<sup>40</sup> Così, J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 8 s., precisa che non è compito della legge pronunciare principi giuridici e spiegare il loro sviluppo teorico. Ogni legge che offre schemi teorici annuncia uno sconfinamento nel campo della scienza contrario alle norme, e tale sconfinamento poi si paga.

<sup>41</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 15 s., mette in evidenza come, in analogia con i fenomeni naturali, anche per i fenomeni giuridici, un principio spesso non verrà alla luce nella sua forma pura, ma sarà spesso mescolato con elementi di offuscamento; la descrizione della situazione di fatto, che la legge rappresenta come corrispondente ad essa, non è sempre del tutto esatta, non sempre del tutto corretta e probabile; la determinazione è quella di caratterizzare questo stato di fatto che permette alla scienza di astrarre da essi i principi guida; se la scienza è riuscita in questo, le è facile correggere nei dettagli la rappresentazione giuridica e affinarne i contorni; le è facile dimostrare la condizionalità e la relatività della formulazione della legge, rilevare le imperfezioni del quadro che appare nello specchio concavo dell'articolo di legge. Ad esempio, non è una rappresentazione del tutto corretta della situazione pratica in seno all'art. 1589 *code civil*. Non è uno sviluppo del tutto corretto dello stato delle cose se la legge equipara due rapporti in una finzione legale, poiché ogni finzione ha solo una verità condizionata.

<sup>42</sup> B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, cit., p. 68 s.

Gli strumenti a disposizione della scienza per sollevare l'idea dalla nebulosità di una rappresentazione legale sono molteplici. Innanzitutto la legislazione deve essere considerata nel suo insieme e sottoposta a osservazione giuridica come insieme. Inoltre, i principi generali del diritto consentono all'interprete di rimuovere l'inevitabile offuscamento dalla rappresentanza legislativa<sup>43</sup>. Infine un ulteriore strumento scaturisce dall'intento o scopo (*telos*) della legge; strumento che non è proprio solo dell'attività interpretativa superiore, ma anche dell'attività interpretativa inferiore. Quest'ultima persegue la funzione di ricavare dal testo di legge l'ordinamento esterno dei rapporti della vita. Compito delicato e difficile perché rappresenta il presupposto per la comprensione dei principi generali del diritto attraverso l'attività interpretativa superiore, interrogando il corpo (la parola) e lo spirito della legge.

In questa prospettiva la legge è come un'opera d'arte, nel senso che l'opera e l'interpretazione dell'autore non coincidono: nell'opera d'arte può sussistere un'abbondanza (eccedenza) di contenuto intellettuale che lo stesso creatore non ha affatto intuito, e con tutte le spiegazioni e i programmi, nessun artista può trasformare la sua opera in qualcos'altro rispetto a ciò che è. Nessun artista può distruggere il possibile contenuto spirituale (*geistiger Gehalt*) della sua creazione<sup>44</sup>.

Se è così, il ruolo dei lavori preparatori non è irrilevante, ma muta rispetto alla dottrina soggettiva. Il loro significato assume rilevanza sotto il profilo fattuale, in quanto rappresentano uno degli strumenti per avvicinarsi a identificare le cause e gli obiettivi della legge assieme ad altri elementi, come un saggio giuridico, un caso giudiziario, opinioni di esperti, la legislazione di uno Stato vicino che ha rappresentato il modello della legge interna, insomma tutti gli elementi utili per definire l'interpretazione teleologica della legge<sup>45</sup>. Ne risulta che tali elementi non sono strumenti diretti di interpretazione, ma servono a illustrare il fondo culturale espresso dalla legge. Anche il legislatore è un servitore della storia dell'umanità e la legge non rispecchia solamente il pensiero del suo autore, ma riflette il periodo storico in cui è nata, la relativa cultura e civiltà.

La legge esprime la sintesi fra corpo e spirito, dove il primo elemento si esaurisce nella parola, per cui ciò che è estraneo alla parola della legge non esiste nella stessa. Una ulteriore precisazione segue all'interpretazione grammaticale, la quale esprime più correttamente non un mezzo di interpretazione, ma una semplice delimitazione grammaticale del possibile contenuto della legge e assieme all'interpretazione logica appartengono alla stessa attività di costruzione<sup>46</sup>. Parola della legge intesa non come parola

<sup>43</sup> H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, cit., p. 148 s.

<sup>44</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 28.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 38 s.

<sup>46</sup> H. THÖL, *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, cit., p. 145 ss., precisa che mentre l'interpretazione grammaticale determina ciò che la parola può significare, l'interpretazione logica individua ciò che essa significa effettivamente, costituiscono due elementi

morta, ma come incarnazione di un intento spirituale e ovviamente più chiara è la parola e più è chiara l'intenzione della legge, ma non fino al punto che sia diradato ogni dubbio perché non può essere eliminato lo scarto fra corpo e spirito.

Lo *Zweckbestreben* non può essere illuminato completamente dal tenore della legge, ma rappresenta l'esito di un delicato lavoro del giurista diretto, da un lato, ad esaminare le esigenze sociali cui la legge è destinata a porre rimedio, dall'altro, a valutare la nuova disciplina dei rapporti della vita quale rimedio più adeguato. In questo sforzo diretto a regolamentare i dati sociali non è di secondo piano precisare che ha rilevanza non solo il rimedio ma anche la modalità del rimedio.

Fra gli strumenti più efficaci di interpretazione – secondo il pensiero di Kohler – vi sono la storia del diritto, interna ed esterna, e la comparazione giuridica. Quest'ultima poi avrà spazio nella teoria dell'interpretazione della legge quale quinto canone interpretativo<sup>47</sup>.

La parte della prolusione camerte orientata verso il compito fondamentale del giurista di individuazione dei principi rappresenta il cuore del discorso. Risulta chiara la posizione e i limiti della regola di legge da quella assunta dai principi, che, pur partendo dalla legge vanno poi oltre la stessa. Kohler in maniera sagace assimila il giurista all'inventore che cerca di risolvere il nuovo problema con l'aiuto dei vecchi principi e questo diritto dei giuristi diventa pratico quando viene accolto dai giudici<sup>48</sup>. Questa attività integrativa non è più interpretazione, ma "*Analogiebildung*"<sup>49</sup>. Ma ancora più lontana dall'interpretazione è quell'attività giuridica che deve svolgersi non solo quando manca una norma, ma anche quando manca un principio. In questi casi, il giudice deve creare propri principi scientifici, così come li avrebbe creati il legislatore in presenza delle stesse condizioni, compatibili con la legge vigente, al fine di garantire la persistenza di una *wissenschaftliche Jurisprudenz*<sup>50</sup>. Ciò giustifica l'utilità e la necessità di una *duplex*

---

dell'interpretazione, non due interpretazioni. In questo senso, J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 33 s., nota 95, aggiunge che se la c.d. interpretazione grammaticale non è un'interpretazione a sé stante, ma solo una parte dell'attività interpretativa, con l'esecuzione dell'interpretazione grammaticale non si è ancora interpretato nulla, ma si è solo iniziata l'interpretazione, negando - come fa poi la dottrina moderna (P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.) – il problema dell'*in claris*.

<sup>47</sup> F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe*, Wien-New York, 1982, p. 461 ss. Utili le indicazioni contenute nel saggio fondamentale di K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 15, 1949-1950, p. 5 ss.

<sup>48</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 52.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>50</sup> Chiaramente, J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 57 s., avverte che «man sieht daraus, dass die Interpretation wichtig, dass sie aber durchaus nicht die einzige Operation des ausübenden Juristen ist; mit purer Interpretation kann keine Rechtskultur sich begnügen».

*interpretatio* diretta a correggere la norma e a renderla compatibile con le nuove visioni della vita. In queste ipotesi l'attività interpretativa dissimula piuttosto una nuova formazione (*Rechtsneubildung*), un progresso (*Rechtsfortschritt*), entro il corso di un inesorabile sviluppo del diritto (*Rechtsfortbildung*)<sup>51</sup>. Se non c'è obbligo del legislatore di cambiare la legge, non si possono criticare la scienza giuridica e la giurisprudenza per aver adeguato la legge al progresso.

#### 4. Le note critiche di Polacco

Inusitatamente la prolusione di Simoncelli non passa inosservata e anzi rappresenta l'oggetto di una nota critica orchestrata *ad hoc*. Ci riferiamo all'articolo di Vittorio Polacco pubblicato nel *Monitore dei tribunali*<sup>52</sup>, rivista diretta soprattutto ai pratici<sup>53</sup>.

Il giurista patavino, allievo di Luigi Bellavite, ha in comune con Simoncelli – come afferma Paolo Grossi – di essere coetaneo e di aver insegnato nella Facoltà giuridica camerte, mentre si differenzia metodologicamente perché la sua formazione deriva dal pensiero costruttivo del modello tedesco, non perseguendo la visione storicistica seguita dal collega laziale.

L'*incipit* del saggio di Polacco è pieno di veleno critico verso il genere delle prolusioni: «in questo genere di lavori, specie se giovanili, è ben raro il trovare originalità di concetti, quasi impossibile una perfetta armonia nelle singole parti»<sup>54</sup>. Grossi, come storico, non è d'accordo sul giudizio di Polacco e replica che «ben spesso linee e direzioni innovatrici, progetti e programmi affrancatori, trovano giusto nelle prolusioni dei giovani cattedratici un terreno d'elezione»<sup>55</sup>. Molto probabilmente non è il genere scientifico il vero obiettivo, ma piuttosto il «carico progettuale»<sup>56</sup> della prolusione.

Non tutta la nota critica di Polacco è dissonante verso la prelezione di Simoncelli. Entrambi non seguono i dettami della sociologia giuridica, ma credono che la dimensione giuridica si vivifica con l'apporto della storia,

<sup>51</sup> J. KOHLER, *Ueber die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 59.

<sup>52</sup> V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali – Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, in *Mon. trib.*, 1890, p. 813 ss.

<sup>53</sup> In proposito precisa P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, cit., p. 63, che forse la scelta della rivista non è stata casuale, anzi «poteva [...] essere anche venata di malignità».

<sup>54</sup> V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali – Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit., p. 813. Secondo P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, cit., p. 63, «la demolizione concerne un genere letterario allora in voga fra i giuristi, ma si vuole scopertamente e dichiaratamente colpire quale modello negativo proprio l'esempio offerto da Simoncelli». Tuttavia Polacco ha un atteggiamento di onestà scientifica allorché dirige questa critica anche verso se stesso: «chi, tra i giovani specialmente, abbia avuto una volta per debito d'ufficio l'incarico di una prolusione e possa dirsi in ciò senza peccato, scagli pure la prima pietra».

<sup>55</sup> P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, cit., p. 63.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 63.

della filosofia del diritto e della comparazione. Allo stesso modo, gli studiosi appena menzionati sono convinti che spetta al civilista la costruzione giuridica degli istituti e la determinazione dei principi fondamentali<sup>57</sup>.

Qui finiscono le concordanze. Polacco vede nel messaggio metodologico di Simoncelli un grosso pericolo per l'ordinamento giuridico positivo, in quanto assume prevalenza più la vita dinamica della legge che la legge stessa, con la conseguenza che il giurista gioca un ruolo di primo piano caratterizzato da una vena creativa. Ciò, per Polacco, va oltre il compito dell'interprete, per cui «un articolo di legge, finché c'è, deve applicarsi ad onta del tramonto delle idee che presiedettero alla sua redazione, né resta all'interprete che invocarne l'abrogazione, emettendo voti *de iure condendo*»<sup>58</sup>.

Per lo studioso patavino, il vero compito del civilista è quello esporre in maniera sistematica il diritto vigente; di conseguenza non si possono «porre da un canto le idee filosofiche, siano pure antiquate, ch'ebbe il nomoteta, senza correre il pericolo di non potersi spiegare più (con quanto vantaggio del sistema ognuno intende) le singole disposizioni da quelle idee germogliate, e senza sfregio anche qui del citato art. 3 disp. prel., che pone fra i criteri ermeneutici l'indagine della intenzione del legislatore»<sup>59</sup>.

In conclusione, per Polacco, il giurista non rappresenta un attore del procedimento di produzione e adeguamento dell'ordinamento giuridico.

##### 5. Il problema delle obbligazioni naturali quale parte speciale della prelezione di Simoncelli. La voce di Polacco

La prolusione simoncelliana – precisa Paolo Grossi – con «una sterzata così brusca e apparentemente così priva di giustificazione verso un tema imprevisto e affatto specifico»<sup>60</sup> molto probabilmente potrebbe sorprendere il lettore. Il riferimento è alla seconda parte incentrata sul tema delle obbligazioni naturali, che costituisce lo sviluppo concreto delle linee metodologiche generali distese nella prima parte della prelezione.

Appare scontato mettere in evidenza come la figura giuridica disciplinata in seno al codice civile unitario all'art. 1237, che costituisce la mera traduzione dell'art. 1235 *code civil*, trova una forte attenzione da parte della dottrina<sup>61</sup>. Al fondo della figura è sempre serpeggiata l'idea di un punto d'incontro fra diritto e morale, con lo sforzo della scuola giusnaturalistica di realizzare, pur

<sup>57</sup> V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali – Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit., p. 814.

<sup>58</sup> Ibid., p. 814.

<sup>59</sup> Ibid., p. 814.

<sup>60</sup> P. GROSSI, *Interpretazione ed esegesi (Anno 1890 – Polacco versus Simoncelli)*, cit., p. 57.

<sup>61</sup> Una ricostruzione esaustiva del dibattito dottrinale è offerta da C. GANGI, *Le obbligazioni naturali*, in *Annuario dell'Università di Camerino*, 1916-1917, p. 29 ss.

in certi limiti<sup>62</sup>, una sistemazione organica della materia<sup>63</sup>. L'essenza della figura stava nella sua collocazione all'esterno della cintura del diritto positivo, in sintonia con la tradizione romanistica, al fine di garantire la realizzazione dei principi di giustizia ed equità.

Le coordinate di siffatta impostazione non hanno avuto come ausilio il *code civil* per dettare una disciplina organica delle obbligazioni naturali, che ovviamente non poteva esaurirsi nel principio romanistico della *soluti retentio*. I problemi del legislatore napoleonico in realtà hanno rispecchiato la disputa fra le diverse visioni proposte da Domat e da Pothier sulla tematica delle obbligazioni naturali.

All'indomani del *code*, è prevalsa la visione di Domat, secondo la quale le obbligazioni naturali appartenevano al *genus* delle obbligazioni civili, con la sola peculiarità che erano prive del requisito della coercibilità<sup>64</sup>. In questo modo, l'obbligazione naturale veniva qualificata come un'obbligazione «imperfetta» o «degenerata», nella quale si riconosceva l'essenza dell'obbligazione, ma non la pretesa per il creditore<sup>65</sup>.

Siffatta ricostruzione di carattere restrittivo, in quanto l'obbligazione naturale scaturisce da una precedente obbligazione civile, non trova sponda negli orientamenti giurisprudenziali che invece assumono un atteggiamento molto aperto<sup>66</sup>. Ciò spinge la dottrina a una rivalutazione della teorica di Pothier diretta verso una autonomia concettuale delle obbligazioni naturali costituite dai doveri della coscienza e dell'onore. Ricostruzione all'opposto molto ampia, che abbraccia tra le ipotesi altresì l'ambito del *neminem laedere*, come la riparazione del danno in assenza degli estremi del risarcimento in senso stretto<sup>67</sup>, oppure del divieto di arricchirsi a danno di altri<sup>68</sup>. Una lettura ampia che però implica il rischio di una sorta di tracimazione di questa figura giuridica a danno di altre, soprattutto degli atti di liberalità.

<sup>62</sup> Indicazioni utili in E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 354, ove mette in evidenza come anche i giusnaturalisti si attardarono in complicate distinzioni.

<sup>63</sup> Secondo G.R. POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, trad. it., Livorno, 1841, p. 112, «dicesi obbligazione naturale quella che nel foro dell'onore e della coscienza obbliga colui che l'ha contratta all'adempimento di ciò che in essa è contenuto».

<sup>64</sup> Per J. DOMAT, *Le leggi civili nel loro ordine naturale*, I, trad. it. a cura di Aloy, Napoli, 1839, p. 182, l'obbligazione assunta da un soggetto incapace di agire secondo il diritto positivo rappresentava una obbligazione naturale.

<sup>65</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE e L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, VII, *Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 3.

<sup>66</sup> Una chiara ricostruzione dell'importante ruolo assunto dalla giurisprudenza in materia è offerta da M. COUDRAIS, *L'obligation naturelle: une idée moderne?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 453 ss.

<sup>67</sup> Si pensi all'ipotesi di seduzione (Cass., 27 maggio 1862, in *Rec. crit. Dalloz*, 1862, I, 208), o del fatto illecito compiuto dall'incapace (Cass., Trib. Rennes, 7 marzo 1904, in *Rec. crit. Dalloz*, 1905, II, p. 305).

<sup>68</sup> Cass., 10 dicembre 1851, in *Rec. crit. Dalloz*, 1852, I, p. 80, ove nega la ripetibilità del supplemento di prezzo pagato spontaneamente dal compratore che aveva acquistato a prezzo irrisorio.

Come già osservato prima, la disposizione dell'art. 1237 c.c. 1865 sceglie la strada della rilevanza giuridica delle obbligazioni naturali<sup>69</sup> identificate con i doveri morali<sup>70</sup>. La nostra dottrina riprende la teorica francese dell'accostamento delle obbligazioni naturali alle obbligazioni civili, con la peculiarità di essere prive dell'apparato coercitivo.

All'interno di questa prospettiva alcuni autori aderiscono alla ricostruzione tedesca<sup>71</sup> dell'obbligazione naturale come debito senza responsabilità<sup>72</sup>.

La via battuta da Simoncelli è quella tracciata da De Crescenzo<sup>73</sup>, nel senso che la figura delle obbligazioni naturali richiama «un rapporto di fatto, che abbia tutti gli elementi estrinseci di qualunque altra obbligazione civile»<sup>74</sup>. La regola speciale contenuta nell'art. 1237 entro l'orbita della ripetizione d'indebito trova risposta nell'atteggiamento dell'ordinamento a dare rilevanza a rapporti di fatto entro la vicenda del pagamento volontariamente eseguito con il rimedio della irripetibilità. Ipotesi, che come *ius singolare*, «non sono capaci di generalizzazione e nel sistema restano eccezioni di regola»<sup>75</sup>.

Questa parte della prelezione esprime qualche venatura poco chiara e disarmonica, tuttavia ha quasi natura fisiologica nell'ambito dell'economia del lavoro, diretto prevalentemente a disegnare le linee di fondo di un discorso di stampo programmatico e, soprattutto, metodologico in cui la parte speciale si salda in guisa coerente con la parte generale sotto l'avvertenza che «il diritto vive della vita della società»<sup>76</sup>.

Nel saggio su citato, Polacco rilegge anche la parte speciale della prolusione di Simoncelli al quale contesta la configurazione quale rapporto di fatto delle obbligazioni naturali. Al contrario, la figura, valorizzando la disposizione dell'art. 1237, poggia sul diritto positivo che fa scivolare il vincolo dal diritto naturale alla dimensione giuridica. Ciò non significa non tener conto delle

<sup>69</sup> Va ricordato che per alcuni studiosi le obbligazioni naturali rappresentavano solo un prodotto storico. Così, C.F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, IV, Torino, 1889, p. 11, avverte: «noi propendiamo a credere che siffatta locuzione non sia che una reminiscenza del Diritto romano, inconsideratamente introdotta nel diritto moderno, in cui essa non ha né può avere significato né fondamento di sorta»; F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino, 1886, p. 3 ss., il quale si interroga sul riconoscimento giuridico delle obbligazioni naturali e nonostante la norma contenuta nell'art. 1237 ritiene che «obbligazioni naturali il nostro Codice non riconosce».

<sup>70</sup> E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 359.

<sup>71</sup> Il riferimento è alla nota distinzione fra *Schuld* (debito) e *Haftung* (responsabilità), sulla quale una esaustiva illustrazione è offerta da C. GANGI, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in *Studi sassaresi*, 1921, p. 178 ss.; ID., *Le obbligazioni*, Milano, 1951, p. 9 ss.

<sup>72</sup> G. PACCHIONI, *Concetto dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 400 ss.; C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, I, p. 128 ss., 193 ss.; ID., *Le obbligazioni*, cit., p. 63 ss.

<sup>73</sup> N. DE CRESCENZO, *Obbligazione*, in *Enc. giur. it.*, XII, 1, Napoli, 1884-1885, p. 4 ss.

<sup>74</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 43.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 50.

esigenze equitative, ove il legislatore «dalle esigenze loro sia stato tratto in qualche caso ad elevare di un gradino, trasportandoli nella sfera giuridica, sia pure come semplici obbligazioni naturali, dei rapporti che sarebbero rimasti altrimenti nel puro dominio dell'etica, ovvero ad abbassarli di un gradino riducendo allo stato di semplici obbligazioni naturali, col togliere l'azione, taluni rapporti che altrimenti si sarebbero dovuti considerare come vere e proprie obbligazioni civili»<sup>77</sup>. Va poi aggiunto – secondo la prospettiva del giurista patavino – che il diritto, «in continua formazione»<sup>78</sup>, può regolare nuove esigenze fra diritto ed equità proprio con la figura delle obbligazioni naturali<sup>79</sup>.

La base del diritto positivo delle obbligazioni naturali – che non devono essere confuse con i doveri morali posti nel campo extragiuridico – risiede nella disposizione dell'art. 3 del titolo preliminare del codice civile, ovvero nell'analogia *legis* e *iuris*. L'essenza della figura sta nella «virtuale coercibilità» che viene ravvisata nella sua idoneità «ad attuare quella norma fondamentale della giustizia che sta racchiusa nel *suum cuique tribuere*»<sup>80</sup>. Sono insomma richiamati rapporti che avrebbero gli elementi di una obbligazione civile, ma che per ragioni di ordine pubblico non possono ricoprire quella posizione (es.: il debito di gioco) o perché degradati dal ruolo di obbligazione civile (es.: il debito prescritto).

Da siffatta ricostruzione della figura come obbligazione imperfetta, caratterizzata da una coercibilità virtuale, discende come conseguenza che alle obbligazioni naturali trova applicazione oltre che la *soluti retentio*, anche tutte le vicende delle obbligazioni civili che non presuppongono una coercizione del debitore<sup>81</sup>. Inoltre, l'avverbio «volontariamente» contenuto nell'art. 1237 viene riletto come «scientemente», per cui la ripetizione sarebbe ammessa per dolo, violenza e anche errore del *solvens* che abbia confidato nella coercibilità dell'adempimento<sup>82</sup>.

Per concludere vale la pena di sottolineare che nella preparazione alla codificazione vigente ha assunto posizione determinante il Progetto del 1940, secondo cui le obbligazioni naturali consistono con «i semplici doveri di coscienza e quelli derivanti da convenienze sociali»<sup>83</sup>, ritornando in questa

<sup>77</sup> V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 109 (ora, ESI, Napoli, 2022, ristampa anastatica).

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>79</sup> V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali – Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit., p. 815.

<sup>80</sup> V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 118 s.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 130 ss.; in questa prospettiva, C. GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, cit., p. 202, ammette la possibilità in seno alle obbligazioni naturali della novazione, fideiussione, pegno, ipoteca.

<sup>82</sup> V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, cit., p. 125.

<sup>83</sup> Così, *Relazione al Progetto definitivo. Codice civile. Libro delle obbligazioni*, Roma, 1940, p. 14, nel quale si è voluto «prendere partito sul rapporto, tra obbligazione naturale ed obblighi morali e di coscienza, di chiarire la posizione dell'obbligazione naturale rispetto a quella civile».

guisa alla teorica di Pothier. La disposizione attuale dell'art. 2034 c.c. ha nella medesima direzione fatto coincidere l'obbligazione naturale con i doveri morali e sociali<sup>84</sup>, aventi carattere patrimoniale<sup>85</sup>. Ciò ha comportato un'armonizzazione della nostra figura ai formanti legali tedesco (§ 814 BGB) e svizzero (art. 63, comma 2, OR).

Va ricordata la riforma del *code civil* del 2016, che ha rielaborato la materia delle obbligazioni e dei contratti<sup>86</sup>, dove tuttavia la parte sull'indebito resta governata dalle disposizioni tradizionali e la disciplina dell'art. 1235 è stata sostanzialmente trasfusa nel nuovo testo dell'art. 1302. L'*incipit* della norma parte dal principio che «tout paiement suppose une dette»: in sostanza il pagamento rappresenta l'esecuzione di una obbligazione. Per contro, l'indebito configura l'esecuzione di una prestazione non esigibile, per cui parte della dottrina mette in evidenza che «si tout paiement suppose une dette, l'expression paiement de l'indu est à la fois trompeuse et antinomique»<sup>87</sup>. In caso di indebito oggettivo, ossia in mancanza di debito, il *solvens* perde il diritto alla restituzione o nell'ipotesi di pagamento con intento liberale o per dovere di coscienza. La disposizione puntualmente vieta la restituzione per le obbligazioni naturali volontariamente adempiute<sup>88</sup>. La nuova disposizione contiene solamente un cambiamento terminologico, sostituendo al termine di “*répétition*” l'altro di “*restitution*”, dando prevalenza più alla conseguenza che all'atto di richiesta<sup>89</sup>.

Una disposizione che si avvicini all'art. 1235, comma 2, *code civil* (oggi: 1302, comma 2), non è contenuta, invece, in seno all'ABGB, dove vi sono norme specifiche che prescrivono la *soluti retentio* per le fattispecie di gioco e scommessa (§§ 1271 e 1272), per il debito prescritto, per il debito scaturente da contratto nullo per difetto di forma<sup>90</sup>, per i casi in cui il debitore ha

<sup>84</sup> M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, 1968, rist., p. 115.

<sup>85</sup> F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella più recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 567 ss.; P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 361.

<sup>86</sup> Ordonnance 10 febbraio 2016, n. 2016-131, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratificata con l. 20 aprile 2018, n. 2018-287.

<sup>87</sup> T. DOUVILLE (sous la direction de), *La réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Paris, 2018, p. 251.

<sup>88</sup> Un'interessante decisione è offerta da Cass. civ., 17 ottobre 2012, n. 11-20124, in *Rev. des contrats*, 2013, p. 43, con nota di Th. GENICON, *L'obligation naturelle vers un fabuleux destin... ou une mort certaine?*, secondo la quale è sufficiente un impegno unilaterale a trasformare un'obbligazione naturale in obbligazione civile; in questa scia Cass. civ., 11 ottobre 2017, n. 16-24533, secondo la quale l'impegno dei due eredi di cedere al fratello un terzo dei beni ereditari è qualificato obbligazione naturale, nascente da un dovere di giustizia, che si trasforma in obbligazione civile.

<sup>89</sup> «La répétition désignant étymologiquement la demande, tandis que la restitution en est le résultat» (*Rapport remis au Président de la République*).

<sup>90</sup> Per questa particolare fattispecie, cfr. il saggio di F. HARRER, *Bemerkungen über die Naturalobligation*, in *Festschrift für Peter Mader* a cura di W. Faber e S. Janisch, Wien, 2022, p. 95 ss., nel quale illustra la *ratio* della norma in relazione ai contratti formali, incluso il

adempito un debito per il quale la legge non concede la relativa azione e nelle ipotesi in cui un soggetto adempie sapendo di non essere debitore (§ 1432). Non v'è nessun richiamo, a differenza delle codificazioni tedesca e svizzera, ai concetti di obbligo o dovere morale.

Il BGB, per contro, prescrive la *soluti retentio* della prestazione relativa ad un obbligo morale (*sittliche Pflicht*) o imposta dal decoro (§ 814), disciplinando invece puntualmente alcune ipotesi, come il debito prescritto (§ 214), il gioco e la scommessa (§ 762)<sup>91</sup>.

In via generale si parte dal principio che il trasferimento patrimoniale privo di fondamento giuridico attiva l'azione di ripetizione da parte del *solvens* (§ 812 BGB)<sup>92</sup>. Per meglio dire, il punto decisivo è se l'*accipiens*, che abbia ricevuto una prestazione priva di causa, possa far valere nei confronti di chi ha eseguito la prestazione un vincolo sulla base del quale trattenere quanto ha ricevuto. Alle fattispecie di *Leistungskonditionen* si contrappongono i casi di esclusione di restituzione (*Konditionssperren*), fra i quali la conoscenza da parte del *solvens* dell'indebito (§ 814 BGB), la cui giustificazione poggia sul principio del divieto di *venire contra factum proprium*, quale profilo particolare della buona fede<sup>93</sup>. Altra fattispecie è quella appena richiamata, ove il soggetto sente il dovere di adempiere in presenza di un obbligo morale o imposto dal decoro. Qui l'inesistenza del debito viene compensata dall'esistenza di una *causa adquirendi* di natura particolare<sup>94</sup>.

Nello stesso senso, infine, in seno al codice delle obbligazioni svizzero (OR), la disposizione dell'art. 63 prescrive una fattispecie particolare di *Leistungskondition*, regolata nell'art. 62, comma 2, caratterizzata dal fatto che un soggetto abbia adempito credendo erroneamente di essere debitore<sup>95</sup>. L'esclusione della ripetizione è invece ammessa nei casi di debito prescritto<sup>96</sup> e di adempimento ad un dovere morale<sup>97</sup>. La dottrina tradizionale ha sempre

---

contratto di donazione, e alle ripercussioni per la responsabilità professionale a seguito di inadeguate informazioni alle parti.

<sup>91</sup> Ad oggi, resta fondamentale la poderosa monografia di G. SCHULZE, *Die Naturalobligation. Rechtsfigur und Instrument des Rechtsverkehrs einst und heute - zugleich Grundlegung einer zivilrechtlichen Forderungslehre*, Tübingen, 2008.

<sup>92</sup> O. MÜHL, § 812, in H.T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 4, *Schuldrecht*, III, §§ 705-853, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985, p. 486 ss.

<sup>93</sup> M. MARTINEK, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag*, in J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Eckpfeiler des Zivilrechts 2014-2015*, Berlin, 2014, p. 1199; H. BROX e W.-D. WALKER, *Besonderes Schuldrecht*, 2019, p. 540 s.

<sup>94</sup> M. MARTINEK, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung und der Geschäftsführung ohne Auftrag*, cit., p. 1199.

<sup>95</sup> H. SCHULIN, § 62, in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht*, I, Art. 1-529, a cura di H. Honsell, N.P. Vogt e W. Wiegand, Basel, 1992, p. 412 ss.

<sup>96</sup> H. BECKER, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Band VI, *Obligationenrecht*, I. Abteilung, *Allgemeine Bestimmungen*, Art. 1-183, Bern, 1941, p. 346, ove sottolinea l'idea che l'esclusione della restituzione del debito prescritto si fonda sulla sopravvivenza del vincolo come obbligazione naturale.

<sup>97</sup> BG, 6 maggio 1919, in *BGE*, 45, 1919, II, spec. p. 298.

sostenuto che in questo ambito la situazione creata dal *solvens* con l'adempimento di una *sittliche Pflicht* non può essere sconvolta<sup>98</sup>. Si aggiungono fra le obbligazioni naturali i crediti di gioco e scommessa disciplinati nell'art. 513 OR<sup>99</sup>.

## 6. L'eredità scientifica delle prolusioni

Ci si permetta infine una battuta finale sul valore e sull'utilità delle prolusioni, benché oggi questi lavori scientifici siano quasi divenuti desueti. Forse possono suscitare qualche sorriso, tuttavia vanno considerati nel loro peso scientifico e nel loro apporto, soprattutto di conio programmatico.

Questa tipologia di pubblicazione rappresenta «la festa degli studi a capo e non a fine del lavoro», è «la festa del principio»<sup>100</sup>, dove il riferimento non è soltanto all'esordio dell'anno di studio universitario, ma altresì al principio del ruolo importante che pone la titolarità della Cattedra. Alla Cattedra si arriva dopo una serie di studi apprezzati e valorizzati positivamente dai Colleghi più anziani, i quali valutano il percorso scientifico dello studioso e decidono sulla maturità scientifica.

Vittorio Polacco raramente trova in questo genere di lavori «originalità di concetti», ma non può disconoscere che «questi lavori sono tutt'altro che inutili»<sup>101</sup>. Lavori giovanili, ma non inutili, perché rispecchiano il percorso di crescita scientifica e culturale dello studioso, diretti ad irrobustire «l'attitudine al sistema»<sup>102</sup>, conseguenza di un continuo affinamento del pensiero giuridico.

Salire alla Cattedra implica non solo il riconoscimento del percorso di studio compiuto dal ricercatore, ma altresì la dimostrazione che il carattere scientifico degli studi costituisce il precipitato di una determinata prospettiva metodologica, quale bussola che orienta e rende consapevole il suo percorso epistemologico.

Ci chiediamo se oggi potrebbe trovare ancora posto e con quale risultato questa tipologia di lavori scientifici. La risposta positiva scaturisce da due ragioni: la prima è che oggi chi sale alla Cattedra è uno studioso molto più maturo, e dunque molto più adatto a svelare i percorsi metodologici che gli hanno consentito di scavare nella dura terra del diritto; la seconda, legata profondamente alla prima, è che la maggiore maturità fa perdere alla festa il carattere della primizia, diventando non tanto festa dell'inizio, quanto festa

<sup>98</sup> Così, H. BECKER, in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, cit., p. 346 s., ove esclude che le visioni sociali costituiscano doveri morali.

<sup>99</sup> Cfr., in materia, T. BAUER, § 513, in *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht*, I, Art. 1-529, a cura di H. Honsell, N.P. Vogt e W. Wiegand, Basel, 1992, p. 2468 ss.

<sup>100</sup> V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, cit., p. 17.

<sup>101</sup> V. POLACCO, *Sull'interpretazione della legge e sulle obbligazioni naturali – Cenni critici a proposito di uno scritto del prof. V. Simoncelli*, cit., p. 813.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 813.

del riconoscimento, sigillo di un'esperienza scientifica "riconosciuta" come adeguata nel rappresentare il problema del diritto.

Consentiteci di chiudere queste pagine con l'auspicio di "riascoltare" e leggere nuovamente questo genere di studio nel prossimo futuro della vita universitaria, magari all'ingresso in una certa fase della vita del ricercatore.

VINCENZO SIMONCELLI

LE PRESENTI DIFFICOLTÀ DELLA SCIENZA DEL DIRITTO CIVILE

Discorso inaugurale per l'Anno Accademico 1889-1890

Università degli Studi di Camerino

*Signore, Signori,*

Alla soddisfazione intima che viene dallo studio, e che spesso è unico alimento del nostro spirito, in noi, che le forze della vita dedichiamo alla scienza, queste solennità aggiungono l'ebbrezza di vera festa, chè vediamo rivolta al nostro cammino la sollecitudine di quella società, che ci pareva lontana, estranea. Il nostro corso va come quello della vaporiera, che attraverso piani e monti ci fa quasi sentire l'abbandono di tutti; ma ogni tanto una dolce fermata ci ricorda che andiamo nel mondo, che siamo attesi, giungendo, e seguiti poi con l'occhio e col pensiero, ripartendo.

Una bella consuetudine pose la festa degli studi a capo e non a fine del lavoro; e non fu caso. Ogni opera altamente civile merita la festa del principio: la ripresa del lavoro dedicato alla scienza ed alla coltura nazionale non può essere meno solenne di un'opera di risanamento.

Queste feste, o egregi colleghi, fanno sentire a noi, già affratellati col cuore in solitudine operosa, tutta la [17] forza di quel vincolo comune che unisce le scienze. A leggere la classificazione di queste, quale magistralmente fu posta da Augusto Comte, non è tra noi chi non abbia provato quello che oggi sentiamo più vivo, un sentimento di parentela, come l'avea detto l'Arpinate. Né alludo solo a quei contatti pratici delle scienze, per cui il giurista ricorre al medico e via dicendo; ma dico di quella parentela intima, onde, nell'esame dei fatti della vita, muovendo da' rapporti semplici si affrontano poi i complessi, fino agli intricatissimi quali sono i sociali, con medesimezza di metodo, l'uno partecipando alle conclusioni dell'altro, ciascuno guidando ed essendo guidato, operai tutti – matematici, medici, giuristi – d'un solo immenso edificio, che è la scienza.

Infine tornare a voi, o cari giovani, è dolcezza al cuore: col vostro confidente immaginare, coi vostri ideali ferventi, non ancora fuggiti dalla vita, voi siete la poesia del mondo, e *dal secco ed aspro mondano conversare* a voi si volge l'occhio

Come da' nudi sassi

Dello scabro Appennino

A un campo verde che lontan sorrida.

Per non abusare della pazienza di così eletto uditorio, a cui ho l'onore di parlare, io non vorrò entrare in argomento specialissimo, ma accennare rapidamente i principali problemi della scienza che studio, discorrendo quelle che a me paiono *le presenti difficoltà della scienza del Diritto civile*.

In generale, lo studio del Diritto incontra quella mancanza di attenzione che lo Spencer giustamente lamentava [18] per tutti i fenomeni sociali. Osservava che gli stessi studiosi di altre scienze hanno, per ciò che riguarda i fenomeni sociali, i concetti immaturi delle persone meno disciplinate. Così un matematico, che studia separatamente le leggi de' rapporti quantitativi, e che sa che, per quanto esse siano intrinsecamente semplici, un'esistenza intera basta appena a comprenderle, non esiterebbe punto a pronunziarsi su qualche quistione di politica sociale; come se in questi casi in cui i fattori dei fenomeni sono tanto numerosi e tanto intralciati, un esame generale degli uomini e delle cose potesse provvedere i dati occorrenti per un giudizio sicuro (1).

Specialmente nelle materie giuridiche fu sempre volgare pregiudizio che fosse scorta sufficiente la cosiddetta *sana ragione umana*. Ma bellamente lo Ihering commentava la sentenza di Seneca: «*Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit*». Un diritto già sviluppato non può tornare alla sua forma primitiva di *sentimento giuridico* per rendersi accessibile ai profani. L'arte la più umile ha la sua tecnica, la quale non è che il deposito accumulato e divenuto obbiettivo della sana ragione umana, ma che nondimeno non può essere applicata e giudicata se non da colui che si dà la pena di studiarla (2).

Un'altra difficoltà, poi, è affatto peculiare al diritto civile. - Lo scienziato che si volge agli altri rami del diritto è meno tentato dal desiderio di trarre lucro dalla scienza per mezzo dell'avvocatura. Dio mi guardi dal volere qui fare la minima onta al ministero altissimo dell'avvocato; che anzi ho sempre creduto che le lotte del foro costituiscano anche pel giovane che si [19] dedica alla scienza una ginnastica salutare per l'ingegno, costretto a vedere tutti i lati d'una questione, a valutare le minime circostanze che formano il fenomeno e quindi il quesito giuridico, a fare quotidianamente la riprova delle dottrine apprese, a vedere co' propri occhi la vita del diritto così come si muove nella realtà, sfuggendo al pericolo di vagare nelle astrazioni.

Senonchè, il giurista che dell'Avvocheria fa non un mezzo complementare di ricerca scientifica, ma professione sua principale, finisce coll'esserne assorbito. Ammesso pure ch'egli non trascuri lo studio e si conservi colto, la sua produzione si arresta; ai nuovi problemi della scienza non ha tempo di volgersi, se non quando una causa ve lo chiami; ed in tal caso il suo contributo è sospetto. Non è lo scienziato che cerca la verità; il vero è stato già posto innanzi ai suoi occhi dal cliente; egli come avvocato non dee che asservire il suo ingegno, la sua coltura alla tesi ricevuta, ed a volte più la tesi è strana, più la vittoria solletica la sua vanità forense.

L'avvocato più intemerato spesso, anzi, voglio ammettere, sempre in buona fede, non è ricercatore di verità, ma di difese. Anche quando imbrocchi il vero, egli porta nel suo ragionare un cumulo di argomenti non tutti accettabili dalla scienza: son considerazioni economiche, politiche, sociali e speciali che lanciate nella coscienza

del giudice per mezzo d'una parola affascinante, possono forse far vincere una causa, ma nulla danno alla scienza del diritto civile; per la quale sono forze estranee, sono come le deità che il poeta chiamava nelle tenzoni umane [20].

Invece il nostro diritto positivo ha più che mai bisogno di depurarsi: compito speciale degli studiosi vorrebbe proprio essere questo, di liberare la scienza del diritto civile da quel che non è strettamente giuridico, anche quando il rigore della legge debba fare un po' forza al sentimento. Così, per un esempio, la religione dei sepolcri forse vorrebbe questi assoggettati in qualche parte ad un diritto singolare; ma se questo non c'è, il civilista non può crearlo, senza scambiare la sua missione con quella del legislatore, del filosofo, del poeta.

Similmente occorrerebbe salvarsi da certa moda francese di ragionare spesso a base di sole immagini, o di vecchie reminiscenze politiche o di paroloni, che non dimostrano nulla in nulla e molto meno nel diritto. Così se si voglia sostenere che la paura degli spiriti non possa costituire motivo di risoluzione del contratto di locazione, non basta cavarsela dicendo con disdegno che ormai «i morti non iscoperciano più il loro avello per turbare il riposo dei vivi!» (3).

Anzi, a questo proposito, non bisogna dimenticare che il codice francese, da cui il nostro deriva, reagiva contro l'oppressione feudale, e quindi il civilista anziché esagerare, deve studiarsi di correggere quanto può certa intemperanza di concetti, teoricamente e praticamente inopportuna: valga d'esempio quello della *libertà della terra* (4).

E questo in generale. Ma il bisogno più sentito è quello di fissare i limiti della nostra scienza, o meglio d'intendersi sul compito del civilista.

La teoria dell'evoluzione invase non è molto alcune menti; onde si è parlato di una tendenza sociale che dovrebbe menare ad un codice di diritto privato sociale [21], nella sua struttura assai più complesso ed organico di quel che sieno i tipi storici della codificazione civile; e di un compito corrispondente del civilista per preparare questo avvenire.

Cominciamo coll'osservare preliminarmente che la sociologia da cui ci sono venute le pretese di così radicali riforme non è ancora in grado di porgere al legislatore le sue conclusioni certe e precise. È noto che la giovane scienza si agita in una incertezza che fa spavento ai suoi stessi cultori, e che di recente, per ritrovarsi, ha chiamato il sussidio della critica per opera d'un illustre rappresentante della scuola sociologica italiana. Tutto il lavoro fatto fin qui, osserva il Vanni, non ha condotto a risultati sicuri, a idee ben definite, ad un complesso di dottrine, che in mezzo alla varietà dei particolari sistemi mantengano un fondo comune. Oltre le differenze e i dissensi provenienti dalla diversità dei sistemi filosofici da cui si muove; oltre l'impronta particolare assunta dalla scienza per le tendenze politiche ed il modo di giudicare le questioni sociali contemporanee, proprio di ciascuno scrittore e di ciascuna scuola, donde sono venute sociologie individualiste e sociologie socialiste o collettive; si avverte nella sociologia la mancanza di un concetto comune e fermamente stabilito intorno al modo di intendere la scienza circa la sua essenza stessa. Alla domanda: «che cosa è sociologia?» il Vanni, limitandosi ai sistemi principali e più caratteristici, enumera per risposta dieci definizioni! – (5).

Ma possiamo andare anche più oltre. Giustamente fu notato che mal si aspetta dall'idea della evoluzione una grande rivoluzione nel diritto civile (6). Come idea [22] che esprime la forma nella quale vediamo le cose come un tutto vivente, a torto essa fu presentata quale un prestito delle scienze naturali alle scienze morali e sociali; si sa invece, e lo ricordò il Chiappelli, che, nata nel risveglio dello spirito storico sul declinare del secolo scorso, specialmente in Germania, si è venuta poi svolgendo e determinando, nella prima metà del secolo, con lo studio storico delle grandi letterature antiche, del diritto romano e germanico, dell'archeologia classica, della linguistica e della mitologia comparata, sotto l'impulso anche di dottrine filosofiche come l'idealismo assoluto, che considerando lo spirito come storia cooperava a rendere più piena e larga la comprensione della vita storica e delle sue leggi razionali (7). E fu dalle scienze storiche e sociali che quest'abito mentale si propagò alle scienze naturali; tanto è vero che avevamo già una storia del diritto prima che fosse nata una storia della natura.

Per andar cauti in certe affermazioni, sarebbe bastato ricordare questo periodo di Federico Carlo Savigny, scritto un secolo fa: «Siccome per questo (il linguaggio), così del pari pel diritto non v'ha istante di assoluto riposo. Lo stesso movimento, lo stesso sviluppo ha luogo in esso, che s'avvera in ogni altra tendenza del popolo, e siffatto sviluppo sta sotto la medesima legge d'intrinseco bisogno, come qualunque più primitiva manifestazione» (8).

Seguiteremo, dunque, allargheremo, noi civilisti lo studio della storia del diritto, lo studio del diritto comparato; ma questa non è novità, molto meno è rivoluzione nell'indirizzo: e in questo modo continueremo a dar materiali alla sociologia, di cui appunto deve essere parte la spiegazione dell'evoluzione giuridica (9). [23]

Nè avverrà che la sociologia si sostituirà, come è stato detto, alla filosofia del diritto: essa attenderà a spiegare il fatto, non a giustificarlo, a ricercare i rapporti causali e le leggi dei fenomeni; ma spetterà sempre alla filosofia del diritto il dire, quali (senza trascendere i lidi di spazio e di tempo, determinate le leggi della vita e quelle della società) saranno le norme da imporre all'operare umano per garantire le condizioni di esistenza (10).

Ma quanto al compito del civilista, si deve premettere e fissar bene che non bisogna confondere quelli che nella classificazione delle scienze giuridiche, sono i limiti della scienza del diritto civile coi confini della coltura necessaria al civilista. Per fare della scienza, questi deve esser giurista nel senso largo, onde intendeva questa qualità Giambattista Vico; deve essere cioè filosofo per accertare i principii della legge, e storico per conoscere le cause e le condizioni che determinano lo sviluppo di questi principii e danno carattere particolare alle leggi positive di una età e di una nazione (11). E però lo studio non si deve volgere soltanto a prender cognizione dei risultati che porgono le altre scienze; ma occorre, le più volte, attendere alle scienze affini profondamente, chè la divisione del lavoro, utilissima sempre, qual'è oggi la condizione degli studii giuridici in generale, non mi pare possibile.

Dopo la codificazione napoleonica, gl'Italiani si videro mancare di quella calma che è fattore principale per lo sviluppo delle scienze: ai nostri padri più che la scienza

doveva premere la libertà, e libertà preparavano in patria, libertà andavano cercando in esilio, e, nonchè appetire altro, molti per lei rifiutarono la vita [24].

Non mancarono, durante la tregua delle rivoluzioni e delle armi, sforzi isolati per sollevare la giurisprudenza italiana dai servili commentarii francesi, in cui era caduta, per infondere vita nuova agli studi civilistici; ma l'opera fu scarsa e non intesa (12). La Codificazione del 1865 fu salutata come un grande avvenimento patriottico, ma non se ne sollevarono gli studii civilistici: i quali, per rifarsi, avevano specialmente bisogno, come i romanistici, di tornare alla storia.

Oggi c'è, è vero, un risveglio negli studii della storia del diritto; è cominciata infatti una salutare reazione in due sensi. Mentre prima col pretesto di studiare il diritto pubblico si riusciva solo a fare della storia civile, oggi lo studio si avvia verso la storia del diritto privato, vero e più diretto sussidio del diritto civile. Secondo: agli studi di puro diritto barbarico, che tanto pochi vestigi lasciarono nel nostro diritto italiano, si vanno sostituendo studi coscienziosi sul patrio diritto, precipua fonte del nostro diritto positivo (13).

Ma se questo risveglio darà messe ai civilisti futuri, non credo che ci sia oggi civilista il quale non abbia notato la povertà del soccorso che sinora han dato al diritto civile gli storici del diritto: in molti istituti di diritto privato egli deve deporre la veste di civilista per addentrarsi in ricerche e studi di pura storia del diritto, per correggere conclusioni erronee e generalità vuote. E però, in attesa dei progressi della storia del diritto, i civilisti non possono starsene paghi a far commenti; lode ad essi se, là dove si presenterà indispensabile il soccorso della storia, intenderanno con critica intelligente ad accertare le forme primitive e lo sviluppo degli istituti giuridici [25].

Quel che solo occorre notare è che per essi la storia deve servire come mezzo: (14) il che non significa che l'indagine debba essere meno coscienziosa; significa invece che l'occhio del civilista deve seguire le fasi dell'istituto, coglierne l'ossatura e i tratti storici caratteristici senza indugiarsi nei particolari.

La necessità di quest'indagine si fa anche più grave pel civilista, quando egli si trova dinanzi ad istituti giuridici eminentemente storici; massime se questi anzichè ereditare bello e formato il tipo dai giuristi romani, insuperati maestri del modellare forme giuridiche, nacquero tardi ed ebbero arrestato lo sviluppo dalla sopravvenuta decadenza del diritto classico.

Il campo della ricerca storica è il Diritto Romano, germanico, canonico, statutario e francese. - E pel Diritto Romano giustamente fu osservato che non sarebbe civilisticamente corretto far capo alle dottrine pure che son frutto degli ultimi studi romanistici; bisogna invece risalire alle dottrine in voga al tempo della codificazione: il civilista deve indagare non ciò che vollero i giureconsulti romani, ma quello che vuole la nostra legge.

Quanto alla letteratura francese, sarebbe grave errore rifiutare la larga analisi che in Francia si fece delle disposizioni del Codice; bisogna fuggire gli estremi: bandire i commentari copiati dai francesi, ma accogliere la ricchezza del materiale esegetico francese per costruire la teoria. Parlare di una interpretazione prettamente *italiana*, come da taluno si è fatto, significa sconoscere la storia del nostro diritto, che dal francese deriva e col francese, in massima parte, si spiega [26].

Quanto poi all'accertamento dei principii della legge, è qui il compito precipuo del civilista, e mi ci fermerò un poco. Sono note le famose quistioni sul metodo: io ne toccherò solo per ciò che lo riguarda come strumento di ricerca.

La legge di uno Stato, com'è ovvio, non accoglie tutto il diritto: la massima parte di questo resta latente nel seno della società. Quel che si manifesta è parte organica di quel che si asconde: non è il nato che si stacca dalle viscere materne; è la pianta che vive fuori e dentro la terra e muore quando la terra non ha più succhi vitali, quando la *magna parens* muore alla produzione. Concepito il diritto, quale oggi si concepisce, non come una serie di disposizioni uscite dalla mente di un legislatore, ma come la vita sociale stessa guardata dal suo lato giuridico, o (diciamo pure le abusate parole) come parte dell'organismo sociale; la sua *interpretazione* non è la rivelazione della volontà del legislatore, ma è lo studio della stessa vita sociale, lo studio di quest'organo con cui la società adempie una delle sue più alte e più imprescindibili funzioni. Nè questa è soltanto quistione di parole o di punti di vista diversi; vedremo subito che è anche quistione di sostanza. La interpretazione della legge non è solo rivolta a stabilirne il senso delle parole, a determinare il concetto delle regole, ma a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza. E voglio insistere su questa seconda espressione, per dire quello di cui ci ha dato esempio splendido il Diritto Romano, cioè che appunto perchè la legge di oggi, qualechessia, è una produzione organica secolare della società, ogni sviluppo non può [27] che partire da essa, il nuovo non può essere che continuazione del vecchio; anche quando il nuovo è un innesto non può vivere se il succo vitale dell'antica pianta non lo alimenta. Io non posso fare a meno di esprimermi con la similitudine dell'organismo umano per fissare questo concetto fondamentale, che lo sviluppo del diritto, salvo anomalità eccezionalissime, deve tenersi stretto al diritto positivo vigente. Se questo è un organo della società, deve essere nella sua struttura non solo capace di adempiere il bisogno presente, ma deve avere la potenzialità di adempiere tutti quelli che la società potrà sentire domani relativamente a quella determinata funzione; così come un organo qualsiasi del feto che, compiendo nello stato uterino la sua funzione in modo rudimentale secondo il bisogno, si fa capace sviluppando, nella vita estra-uterina, di compiere la funzione più perfetta. «Ogni nuovo rapporto di fatto (osservava benissimo a questo proposito il Fadda) che la vita, nelle sue proteiformi vicende, crea, non è elemento eterogeneo intruso nell'organismo sociale, ma svolgimento di questo. Epperò nemmeno il corrispondente suo regolamento giuridico si distacca dal sistema esistente: anzi non è se non l'estensione di questo» (15).

Questa potenzialità nel diritto esistente di un popolo fu, in un primo modo riconosciuta già dal Savigny, che (si noti bene) nello svolgimento del diritto vide appunto la missione propria del giurista. A proposito della inevitabile incompletezza delle leggi e del modo di supplirvi «ci ha bene, egli scriveva, una completezza d'altra natura, come si può scorgere da un esempio di geometria. In ogni triangolo vi sono certi dati, dal rapporto dei [28] quali ricavansi immediatamente e necessariamente tutti gli altri: così il triangolo è dato quando se ne conoscono due lati e l'angolo. Per simil guisa ciascuna parte del diritto ha tal punti, da cui gli altri tutti derivano, e che

potremo denominare teoremi fondamentali. Rilevar questi, e da essi procedendo scovrir l'intimo rapporto e le specie d'affinità, che hanno con tutti i principii e teoremi giuridici, qui sta il più difficile della nostra scienza; anzi gli è appunto ciò che dà all'opera de' giuristi un carattere scientifico».

In Italia fu un fortissimo studioso del giureconsulto tedesco, a voi carissimo quanto altri mai, lo Scialoja, che proprio in questo Ateneo, iniziando il suo corso di Codice civile, precisò pel primo il concetto di Savigny. Respingendo dal diritto positivo tutto ciò, che come concezione arbitraria dell'uomo potesse intorbidarne la fonte sotto nome o di diritto naturale astratto o di equità, e relegando l'ufficio di questa là dove la stessa legge lo ammette, spiegò con grande esattezza la forza e il significato dei principii generali di diritto, il cui supplemento s'invoca nell'art. 3 delle disposizioni preliminari del Codice. «Convieni, ei diceva a voi, partire dalle disposizioni delle leggi ed estraendo risalire da concetto a concetto sempre più generalizzando, e dal generale tornando a discendere al particolare, si giudicherà per dirla con Aristotile (Eth. Nic. A. 10) come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto».

Certo questo lavoro è più che malagevole a' nostri tempi. Molti fatti han dato ragione a Savigny, se si guarda la sostanza anzichè l'apparenza degli avvenimenti [29] seguiti nella storia del nostro diritto. Abbiamo oggi i codici, e guardiamoli pure come un fatto storico sociale, non dimenticando però l'ammaestramento di Savigny, che cioè, essendosi essi formati in modo teoretico, per la loro fondamentale conoscenza ed applicazione e pel loro immegliamento è indispensabile lo studio del passato; e che quindi coi codici lo studio del diritto non è reso nè più agevole nè più semplice. Guardiamoli come la manifestazione della nostra vita giuridica e ricerchiamo nella storia, nella forma, nel fine di essi i principii fondamentali del nostro diritto positivo. Certo difficilmente in quest'opera sarà mai eguagliato nel mondo il genio romano, l'eccellenza di quei giuristi che, possessori pieni di tutto il sistema, calcolavano cogli istituti come con le cifre, persone *fungibili*, come li disse Savigny, la cui letteratura era essa stessa un organico insieme; solo paragonabili agli artisti del nostro aureo Cinquecento, quando, splendendo a tutti quell'ideale di bellezza che, nelle loro tele, ancora ci commuove e ci eleva, quei pittori agevolmente si sostituivano l'uno all'altro, e il Sogliani finiva l'opera di Andrea del Sarto, il Granacci quelle del Rosso, e Giulio Romano e il Fattore potevano mettere la mano su quelle del divino Raffaello.

Pure qualunque sia la forza organica della nostra legge e la potenza nostra, è debito di scienziato e di cittadino lavorare a questa parte del diritto nostro. Pel quale il bisogno di costruire una teoria è anche più fortemente sentito. A guardare lo stato in cui esso versa ricorrono alla mente gli avanzi di una città romana, in cui, ad onta dei restauri e delle sovrapposizioni posteriori, la fisionomia e l'eccellenza dell'antico permangono [30] invitte; ma dove le colonne qua e là sembrano cercare nello spazio l'arco che le ricongiunga. Vagano nel nostro diritto dei precetti, vestigi di un istituto romano o barbarico o francese, pei quali il civilista deve o rifare l'edificio adattandolo al nuovo piano di legislazione, o promuovere che quegli avanzi passino alla posterità, sia pure ammirati, ma nei Musei.

«Conosciuto il fondamento giuridico dell'istituto che si studia, comincia, diremo col Chironi, il lavoro d'analisi sul complesso delle regole date a governarlo, per coglierne la relazione col risultato storicamente ottenuto, e così si costruisce la teoria della legge positiva. Ed ove l'analisi delle varie disposizioni dimostri che alcune di esse, sebbene confermando implicitamente il principio pure se ne allontanano nel caso speciale che contemplano, mentre altre lo escludono totalmente, si avrà nel primo caso una eccezione il cui fondamento si dovrà collegare al principio, e nel secondo un principio diverso, del quale si dovrà esaminare la causa e la estensione. Così i risultati dell'analisi sono compendati in un lavoro sintetico, risultante da un insieme di leggi collegate logicamente fra loro» (16).

Ma ho pronunziata, o meglio, ripetuta la parola *costruzione*, e bisogna che la sostenga. Sono note le grida sollevatesi in Germania, egheggianti anche in Italia, contro la cosiddetta *Begriffsjurisprudenz*, specialmente in nome di Ihering. Ma, come ha osservato recentemente il Bekker, bisogna ben distinguere quel che Ihering combatte sotto quel nome, da quello che i giovani, che in Germania credono di seguirlo, presumono di combattere. Sono opportunissime le assennate [31] riflessioni dell'illustre professore di Heidelberg, che vogliamo riassumere. Giustamente Ihering dice che non la vita è dei concetti, ma i concetti sono della vita, e con ciò s'intendono bandite quelle concezioni di diritto naturale che si oppongono alla sana formazione del diritto. L'errore di quelli che non tollerano lo sviluppo del diritto sta nel confondere ciò che è fisso e ciò che è mobile, ritenendo come immutabile il *concetto*, il quale invece non deve avere altra importanza che quella di un'ipotesi, e credendo perciò di dovere resistere alle esigenze della vita. Ma da questo al credere cosa inutile alla scienza giuridica i concetti ed il loro culto, ci corre; lo stesso Ihering, senza ricordare la sua giurisprudenza costruttrice, nel suo ultimo lavoro sulla «volontà possessoria» (*der Besitzwille*) comincia col dare nelle sue «*Sprachliche Vorbemerkungen*» delle chiare ed acute determinazioni di *concetti*. La determinazione dei concetti è il primo bisogno così dell'applicazione come della scienza del diritto; e si può stimare il valore di un diritto secondo la fissità dei concetti con cui funziona. Alla completezza ed alla precisione de' suoi concetti soprattutto deve il Diritto Romano l'aver potuto essere maestro del mondo moderno (17). Nè è vero che il culto dei concetti tramonti in Germania. «La giurisprudenza attuale, dice il Windscheid, ha la tendenza decisa, di procedere quanto più può nell'analisi dei concetti. E questo è il suo merito. Poichè realmente dalla intelligenza completa del contenuto dei concetti compresi nelle norme giuridiche, dipende non solo la piena intelligenza del diritto, ma anche la sicurezza della sua applicazione. Sotto quest'ultimo rapporto [32], si noti quanto segue: la specie di un caso da decidere corrisponde assai raramente alla specie di una sola norma giuridica. Di regola, le diverse parti della specie si schierano sotto norme giuridiche diverse. Gli effetti giuridici, che queste norme stabiliscono, si determinano e s'incrociano; la decisione finale è il risultato di un computo, i fattori del quale sono i concetti giuridici; il computo, naturalmente, darà un risultato tanto più sicuro, quanto più il valore dei fattori è certo. È palmare ad un tempo, che il vero sistema dei diritti, l'intima

omogeneità delle sue norme, può solo emergere da una piena comprensione dei concetti giuridici» (18).

A questo, in fondo, si riduce quello che lo stesso Ihering chiamò «ricerca degli elementi semplici del diritto» e la cui tecnica corrispondente disse «chimica del diritto», concludendo a difesa del diritto romano, che la potenza analitica dello spirito romano non decomponeva punto le cose, ma le idee, e così faceva non per *impedire* l'esistenza pratica di un organismo, ma per *facilitarla* ed assicurarla (19).

Attendere a fissare i concetti giuridici, in base alla loro storia ed alla loro posizione logica di fronte a tutto il sistema, è dunque l'essenza della scienza del diritto civile. Alle quistioni meramente pratiche possono anche attendere i magistrati e gli avvocati, dotati da noi, di razza latina, di quello squisito senso pratico, tanto ammirato dal Kohler. Ma alla determinazione dei principii e dei concetti può e deve attendere lo scienziato. Nè ciò è opera infeconda d'anacoreta. «La pratica (sarà bene dirlo con le parole di Ihering) ci fornisce ogni [33] giorno delle quistioni ed aumenta così indirettamente le nostre coscienze; ma le quistioni della pratica non sono sempre le più istruttive. Una quistione spoglia di ogni interesse pratico, ma che afferra, per così dire, corpo a corpo l'istituto nella sua radice, può essere, per la conoscenza esatta di questo istituto, infinitamente più importante delle quistioni che ricorrono ogni giorno. La soluzione d'una sola di queste quistioni può dare la chiave di tutta una serie di quistioni pratiche che si cerca vanamente di chiarire con una maniera indiretta. Le scienze naturali ottengono le scoperte più feconde per la vita, occupandosi di quistioni e di ricerche che non promettevano punto una ricca messe per la pratica. Più esse si *isolano* dalla vita, meglio la *servono*. Spesso è ben lo stesso per la Giurisprudenza. Essa fa alle volte le sue più belle scoperte nelle regioni completamente estranee alla pratica. Se i giuristi romani non ci avessero appreso che questo, che la giurisprudenza, per essere pratica, non deve limitarsi solo alle quistioni pratiche, la proclamazione di questa sola dottrina dovrebbe assicurare ancor loro la nostra eterna riconoscenza» (20).

E da un'altra opinione bisogna tenersi lontani, da quella che crede l'accertamento dei principii fondamentali della legge, ufficio soltanto della Filosofia del Diritto. Ho già detto quale io credo l'ufficio di questa scienza; ed aggiungo che se alla scienza del diritto civile si toglie questo campo di attività, per cui essa riconosce l'idea concreta, che forma la base della legislazione che studia, le si toglie il compito che solo le dà un *proprio* carattere scientifico. Ridurre il compito del civilista alla interpretazione [34], strettamente intesa, della legge, sarebbe come escludere dal compito del fisiologo lo studio degli elementi primi (cellule, derivati cellulari, composizione chimica del corpo), per lasciargli solo quello dei sistemi e degli apparecchi; o, meglio, sarebbe come escludere dal compito del fisico la ricerca delle equazioni fra le grandezze note, per assegnargli solo il compito delle deduzioni ed applicazioni delle equazioni ottenute, di cui si occupa quella parte della matematica che il Comte chiamò astratta, con metodo che può stabilirsi uniforme per fenomeni diversi, geometrici, meccanici, termici. La legge con le sue disposizioni è pel giurista quel che pel matematico è la caduta d'un corpo; come il matematico deve cominciare dallo scoprire scientificamente il rapporto esatto fra l'altezza da cui un corpo è

caduto e la durata della sua caduta, così il giurista deve cominciare dall'accertare il principio fondamentale d'una regola giuridica, il suo rapporto con tutto il sistema giuridico; se si contentasse d'una interpretazione superficiale della regola, farebbe opera tanto poco scientifica quanto sarebbe quella del matematico, che anzichè il rapporto esatto si rimanesse a sapere soltanto vagamente la dipendenza che sta fra la durata della caduta e l'altezza donde il corpo cade. Accertato il principio di diritto, tutto il lavoro posteriore del dedurre e combinare, dello sviluppare il concetto della legge è parte astratta, di carattere non esclusivamente giuridico, ma specialmente logico; e, come il metodo della matematica astratta, può il metodo di questa parte del diritto positivo trovarsi in ogni scienza, le cui fonti sono dei documenti da interpretare. Anche il lavoro d'un [35] letterato per diradare le tenebre che ogni tanto offuscano l'espressione d'un poeta, il saggio, poniamo, del d'Ovidio sulla canzone: «Chiare, fresche e dolci acque» può essere un esempio, e splendido, di quella interpretazione, in cui soltanto dovrebbe consistere per alcuni la scienza del diritto civile. Ma l'interpretazione della giurisprudenza in tanto è tale in quanto muova dai concetti giuridici, da' famosi principii; se alla giurisprudenza si toglie il compito di rilevar questi, essa, lo disse Savigny, non ha carattere scientifico.

Il compito dell'analisi per determinare i concetti fu magistralmente descritto da Ihering. Bisogna riportare gli istituti agli elementi primi del diritto, e venir separando, mercè l'astrazione ciò che è *locale, individuale* da quel che è *generale*, ciò che è *accidentale o storico*, da ciò che è *essenziale*; sia per diminuire la somma della materia, dispensando di tornare più volte, in differenti punti del sistema, sopra una stessa idea (21), sia per accertare semplicemente ciò che è generale e ciò che è individuale, senza che si debba poi escludere dappertutto l'elemento individuale per sostituirvi dei punti di vista generali. È qui che si pare il vero intuito del giurista, è qui che egli deve essere sperimentale, attingendo direttamente alla vita, esaminando la regola giuridica nel suo contenuto materiale e nelle sue relazioni con tutto l'ambiente sociale. Di questo intuito ci diè prova la Scialoja restringendo la ricerca dell'utilità nell'uso della proprietà solo in materia di acque e combattendo la generalizzazione del principio peculiare a quella specie di ricchezza (22).

Ma fin qui abbiamo detto di quella che Ihering chiama [36] dialettica; occorre ora affrontare un altro problema, il problema di quello che di fronte al vecchio è veramente nuovo, della parte in cui il diritto si sconfessa.

Lo Scialoja, riferendo le parole di Aristotile, disse: «si giudicherà come lo stesso legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto». - Ma il problema sta appunto qui: quel che il legislatore avrebbe detto se fosse stato presente e quel che avrebbe prescritto se lo avesse preveduto, possono essere due cose diverse, chè ci corre in mezzo un periodo di tempo, che può aver mutato l'ambiente sociale e scientifico: il cambiamento delle condizioni economiche, il tramonto di una teoria economica o filosofica che presiedette alla legiferazione, determina un nuovo indirizzo del pensiero giuridico, ed il legislatore d'oggi non statuirebbe come quello d'un tempo. Deve il civilista, interpretando, costringersi nella cerchia delle idee storiche, filosofiche ed economiche dominanti

al momento della formazione della legge, anche quando la vita e la scienza le hanno bandite?

No: fu detto benissimo che, dentro la elasticità consentita dal letterale significato della espressione legislativa, questa può e deve modificarsi in avvenire, adattandosi alle condizioni sociali e al sentimento comune (23); tra due interpretazioni deve esser preferita quella che ha dalla sua il consenso presente di quella stessa coscienza sociale donde emerse la legge. Se questa poi resiste testualmente a diversa interpretazione, allora deve intervenire il legislatore.

Più agevole è il compito quando il caso nuovo non ha regola propria nella legge, ma dovrebbe trovarla [37] per analogia da casi simili; il civilista non invocherà mai per analogia una regola che è figlia di un principio tramontato. Molto meno costituirà il sistema muovendo da dottrine che, pur avendo ispirato il legislatore, trovano viva opposizione nella scienza e nella vita. Così, dato che la successione legittima può essere spiegata o col principio della volontà presunta, del *de cuius*, ovvero con quella della proprietà familiare, a parte le ragioni storiche, logiche e giuridiche che militano per questo secondo principio, come si può esser teneri del ricorso alla presunta volontà del defunto, quando una teoria non degna affatto di disprezzo tiene a porre la proprietà sul principio del lavoro, ed attacca proprio il testamento, cioè quella volontà assoluta che dovrebbe sorreggere la costruzione della successione legittima? Trattandosi di elevare un alto edificio non è miglior cautela metterlo quanto più si può al riparo dei venti?

E qui viene la volta del rapporto strettissimo fra il diritto civile e le altre discipline sociali. Le scienze, è vero, non debbono invadersi; così come l'economia politica non deve diventare un capitolo dell'etica, le conclusioni economiche non debbono far dimenticare all'interprete una disposizione di legge contraria; ma s'inganna chi crede che lo studio delle discipline affini sia soltanto necessario al filosofo del diritto. Per accordare l'interpretazione della legge ai bisogni ed agli ideali della vita, i bisogni e gli ideali si deve conoscerli.

A proposito di dottrine tramontate e del compito del civilista, è degno di nota l'effetto prodotto dal tramonto del diritto naturale. Nello spiegare e costruire gli istituti del diritto positivo i giuristi avevan facile mestiere [38] ricorrendo al diritto naturale, del cui abbandono sono note le molte e forti ragioni: pel giurista moderno, quegli istituti debbono essere spiegati col diritto positivo; di qui largo campo alla scienza del diritto civile. Ed io voglio appunto finire con lo studiare un esempio e col fare un tentativo che sottometto alla vostra benevolenza ed alla vostra pazienza.

Allorchè due amici si mettono a tavola di giuoco, non sognano minimamente quali sopraccapi dia alla scienza nostra il negozio giuridico a cui si accingono. Dopo un'ora di svago, l'uno si leva vincitore di cento franchi che all'altro non può civilmente domandare; ma che, pagati che siano volontariamente dal perdente, non possono essere ridomandati come indebito. Che strano debito è questo? Sono dovuti o no i cento franchi? Se sono dovuti, perchè non poterli pretendere con un'azione? E se non sono dovuti, perchè, pagati, non poterli ridomandare secondo le regole dell'indebito?

L'istituto ci è venuto dal Diritto Romano; e limitandoci solo al diritto italiano, i quesiti sarebbero parecchi. Esiste questo istituto in diritto italiano? Quale n'è la spiegazione? Quali ne sono i casi? Quali gli effetti? Qui, non m'è permesso che toccare soltanto dei due primi, tanto per rimuovere qualche dubbio sulla costruzione civilistica dell'obbligazione naturale e per studiarne il fondamento.

È noto in quali indeterminatezze vagarono i giuristi finchè a spiegare le obbligazioni naturali invocarono il diritto naturale, o il diritto delle genti, o l'equità, o le coscienze illuminate, o i consigli di Aristotile e di Cicerone; oggi, grazie al contributo di vari civilisti e di eminenti [39] romanisti, tra cui specialmente si deve saper grado al mio maestro De Crescenzo, l'obbligazione naturale s'intende e si spiega a base di diritto positivo. Notevole si presentò per la prima la teorica di Murlon, pel quale l'obbligazione naturale è una vera obbligazione civile, ma che non dà azione, perchè la sua esecuzione forzata esigerebbe prove o impossibili a farsi o pericolose per l'ordine pubblico; è «una *obbligazione civile* la cui efficacia giuridica è paralizzata per effetto di una presunzione legale, al beneficio della quale il *debitore* può volontariamente rinunciare, e contro di cui la legge non ammette altra prova se non la confessione dell'obbligato». Il pagamento volontario cioè non solo senza dolo e senza violenza, ma anche con perfetta conoscenza di causa, sapendo di non poter esser costretto a pagare, equivale a riconoscimento della esistenza e della validità dell'obbligazione soddisfatta.

Ma se il pagamento è giustificato non dal vincolo preesistente, ma dalla nuova volontà implicita nel pagamento stesso, se la prima obbligazione è messa nella mera volontà del debitore, essa è giuridicamente inesistente (24). Così l'obbligazione naturale non esiste prima del pagamento perchè non è ancora riconosciuta; non esiste dopo perchè è estinta; giustamente dunque osservava il De Crescenzo che essa sparisce.

Il Laurent definì le obbligazioni naturali come «quei doveri giuridici capaci, per la loro natura, di una esecuzione forzata, ma che il legislatore si nega a riconoscere, non accordando l'azione al creditore». Le condizioni sarebbero quindi due: *a*) un vincolo giuridico, che le distingue dai doveri morali; *b*) che questo [40] vincolo non sia riconosciuto dalla legge. Quindi la obbligazione naturale ha tutti gli elementi della civile; per distinguerla bisogna ricorrere ai principii generali di diritto e così sapere se un vincolo obbligatorio sia suscettibile di coazione giuridica.

Ma il debole di questa teorica si rivela subito nel concetto di un *vincolo che è giuridico* e che intanto non è riconosciuto dalla legge. «Ciò, osserva il De Crescenzo, era solo concepibile per chi ammetteva la esistenza di un diritto fuori o al disopra del diritto positivo, che si è appellato diritto naturale, o filosofico, delle genti ecc. secondo cui fosse ammissibile un *vinculum* non riconosciuto dal diritto positivo. Ma riconoscere nel diritto positivo la esclusiva fonte delle obbligazioni sì naturali che civili, ed ammettere poi in un rapporto un vincolo giuridico, che dev'essere non ammesso dalla legge, non mi pare molto conseguente. Se il vincolo è di diritto non lo potrà essere che in virtù della legge» (25). «In secondo luogo, segue il De Crescenzo, dato un *vinculum iuris*, e la identità della obbligazione naturale con la civile, dovrebbe scendere per conseguenza l'azione» .... E «la parte

coattiva, l'azione, nella obbligazione non è un elemento accidentale che si potrà togliere, senza che nulla si muti nella sostanza dell'obbligazione medesima, ma costituisce essa un elemento organico dell'obbligazione, che tolto, non è concepibile obbligazione, nel senso obbiettivo della parola, che funzioni indipendentemente e contro la volontà del debitore; l'azione determina la necessità giuridica del *vinculum* (*quo necessitate adstringimur*), onde l'uso promiscuo presso i giureconsulti dei vocaboli *actio* ed *obligatio* [41] per significare la medesima cosa. Questa verità non è stata sconosciuta affatto dalle legislazioni moderne. Togliendo la necessità giuridica, rendendo volontaria la prestazione, la obbligazione più non esiste» (26).

Il Filomusi, nelle sue lezioni, ha cercato di superare questa obiezione capitale in cui il De Crescenzo è d'accordo con lo Scheurl; ma per quanto ingegnosa la sua costruzione non mi pare che regga. «Un diritto, egli osserva, senza coazione non è concepibile; ma non è l'azione la sola forma di coazione. Oltre all'azione il Windscheid distinse in tutti i diritti, sia reali, sia personali, una relazione tra la persona che ha il diritto e i terzi obbligati a riconoscerlo, la quale si estrinseca in una pretesa. Rileva col Kuntze nel diritto un momento statico, in quanto esso fa parte del nostro patrimonio, ed un momento dinamico, in quanto ha una certa direzione verso una data persona; distingue di questa direzione due forme: la diretta (azione) e l'indiretta (eccezione). Nell'obbligazione naturale non è che manca la coazione; solo, essa assume la forma della eccezione.

Io vorrei concepire col Filomusi un diritto che acquisti questa sua entità di diritto dalla garentia che la legge vi unisce, sia pure con la forma indiretta di una eccezione; vorrei cioè ammettere che la legge accordando l'eccezione possa cambiare la natura d'un rapporto di fatto e renderlo *ex post* giuridico; vorrei quindi poter dire con lui che l'obbligazione naturale è un diritto, è una vera obbligazione civile perchè si può far valere con coazione indiretta, con una eccezione. Ma, mi obbietto, quando e come nasce questa eccezione? Essa nasce *quando e se il debitore soddisfa volontariamente* [42] *l'obbligazione*. E come si può parlare di coazione indiretta quando la coazione è subordinata alla volontà di chi dovrebbe esser coatto? L'eccezione, si noti bene, non garentisce immediatamente il rapporto di *obbligazione naturale*, ma l'obbligazione naturale già volontariamente soddisfatta, cioè non quel primo, ma questo secondo e ben diverso momento. È impossibile farne retroagire l'influenza al primo rapporto, elevandolo a rapporto giuridico di obbligazione, quando v'è di mezzo una condizione (adempimento volontario) che paralizza quell'influenza e nega l'essenza della obligatorietà.

Io credo esatta la costruzione del De Crescenzo. La obbligazione naturale deve costituire un vincolo tra due o più determinate persone, vincolo non *iuris*, ma un rapporto di fatto, che abbia tutti gli elementi estrinseci di qualunque altra obbligazione civile, ma che giuridicamente parlando, non crea un credito nè un debito. Se a questo sostrato di fatto accede il pagamento, la legge senza rendere giuridico il rapporto, si limita a riconoscere qualche effetto come se il rapporto fosse giuridico. Tale effetto è il portato della legge e forma una derogazione ai principii fondamentali; senza una precisa e chiara disposizione di legge non si danno effetti

di obbligazioni naturali, perchè queste rispetto alla legge non esistono che di fatto, ed ammessi, tali effetti non si estendono oltre a quelli dalla legge stessa stabiliti.

Con dotta, efficace e convincente dialettica il De Crescenzo combatte la teoria reazionaria e radicale del Gabba e massime del Giorgi, che riduce le obbligazioni naturali sotto i doveri di coscienza: quelle sono rapporti [43] di fatto che debbono avere tutti gli elementi estrinseci dell'obbligazione civile; questi non creano rapporti, riposano unicamente su di un sentimento ed affezione dell'animo, determinano un movente, una tendenza non a pagare o a risolvere, ma ad una soddisfazione personale. La irrevocabilità del pagamento volontario comune alle obbligazioni naturali ed agli obblighi di coscienza, non indica la identità fra questi e quelle. Il pagamento è irrevocabile nell'obbligo di coscienza, non perchè è scandaloso od immorale il ripetere ciò che si è pagato, ma perchè si è pagato per una donazione fatta; il pagamento non è la conseguenza di un debito di coscienza, ma la soluzione di una vera obbligazione civile. Invece nell'obbligazione naturale la irrevocabilità del pagamento è un effetto che la legge riferisce al rapporto di fatto precedente. E credo che questa differenza spicchi chiara dal testo della legge: mentre l'adempimento del dovere di coscienza, es. della gratitudine, è donazione (art. 1051); il pagamento di un'obbligazione naturale si presenta come la soluzione di un indebito, di cui però la legge nega eccezionalmente la ripetizione. Infatti: l'art. 1237 enuncia nel primo comma la regola: «Ogni pagamento presuppone un debito: ciò che è pagato senza esser dovuto, è ripetibile». Segue nel capoverso l'eccezione: «La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte».

E la ricostruzione, o meglio, la sistemazione potrebbe farsi così.

Definizione dell'obbligazione: «*Obligatio est iuris [44] vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*».

Corollario. - L'obbligazione, il cui adempimento è rimesso alla mera volontà dell'obbligato, è nulla e non produce alcun effetto giuridico, all'infuori della irrevocabilità del pagamento volontariamente (scientemente) fatto, nei soli casi espressamente contemplati dalla legge (casi delle cosiddette obbligazioni naturali).

Il Chironi, in fondo, concepisce anch'egli l'obbligazione naturale come un'obbligazione *non giuridica*, ma per diversa via mi pare che torni alla indeterminatezza dei vecchi sistemi. Egli contrappone l'obbligazione naturale come un *vinculum aequitatis* alla obbligazione civile, ch'è *vinculum iuris*, e la definisce come quel «rapporto fra le due persone avente ad oggetto una prestazione a compiersi dall'una a favore dell'altra ma che per difetto essenziale non può giuridicamente sorgere, o che se giuridicamente sorto, è estinto da altra causa che non sia l'adempimento quale fu inteso dalle parti». Nel diritto odierno, ei segue, questo secondo elemento è il maggior fonte dalla obbligazione naturale; chè il primo (per la mancanza di formalismo, e per l'istituto delle obbligazioni civili *annullabili*) si riduce a qualche caso speciale (C. 1804) (27).

Ma che intende dire il Chironi quando pone a base dell'obbligazione naturale l'*equità*? Intesa l'*equità* come egli esattamente l'intende, cioè come prodotto di un concetto soggettivo sul modo più giusto (equo) col quale regolare un determinato

rapporto, e come fonte di diritto solo in base al richiamo, che la legge ne fa specificatamente, come può egli assegnare in forma generale [45] quale fonte di obbligazione naturale, oltre il caso speciale dell'articolo 1804 ogni altro in cui il rapporto giuridicamente sorto è *estinto da altra causa che non sia l'adempimento quale fu inteso dalle parti*? Come concepire obbligazioni naturali che la legge tassativamente non ammetta? Darà egli dunque al magistrato la facoltà di ricercare ed accogliere obbligazioni naturali in base all'equità anche quando la legge non richiami questa fonte?

Se, invece, ponendo l'equità a base dell'obbligazione naturale, s'intende designare la ragione che indusse il legislatore a dare effetto giuridico eccezionale a tali rapporti di fatto, si dice cosa esatta pel diritto romano, non si dice, secondo me, cosa interamente esatta pel diritto italiano, chè non credo si possano ricondurre tutti i casi di obbligazioni naturali sotto il criterio comune dell'equità. Prendiamo i due casi meno discussi. Come si può dire che il giuocatore perdente adempia, pagando, un dovere di equità? Si può ritenere equa la spogliazione che opera il vincitore senza il minimo sforzo? O non è detto dalla legge stessa che ciò invece è iniquo, fino a dare facoltà al magistrato di rigettare la domanda anche per giuochi che contribuiscono all'esercizio del corpo, se la somma impegnata nel giuoco o nella scommessa sia eccessiva? - (art. 1803). Similmente: «Il mutuatario che ha pagato interessi non convenuti o eccedenti la misura convenuta, non può ripeterli, nè imputarli al capitale» (art. 1830). Se l'interesse è pagato in una misura giusta, si può ben dire che la irrevocabilità del pagamento si fonda sull'equità; ma se l'interesse è pagato in una misura usuraria come si può ritenere quel fondamento? [46]

Le ragioni che possono in una data legislazione consigliare un eccezionale effetto giuridico a tali rapporti di fatto possono essere varie secondo la diversa *utilitas* che consiglia queste statuizioni *contra rationem iuris*: quel che civilisticamente importa assodare è che come *ius singulare* esse non sono capaci di generalizzazione, e nel sistema restano eccezioni di regola.

Quando poi si voglia enunciare su di esse qualche cosa di generale per giustificarne la presenza nel diritto odierno, io non sono con quelli che ne avrebbero voluta l'eliminazione; credo anzi che esse corrispondano ad una missione necessaria e imperitura dello Stato, e che potranno mutare i casi, ma la figura dell'istituto è destinata a restare.

Invero: fu detto che le obbligazioni naturali nacquero dal dualismo fra il diritto positivo stretto e l'equità. «Tale equità, scriveva il De Crescenzo, si manifesta tutte le volte che chi si è obbligato naturalmente, con un atto giuridico si fa a contraddire all'obbligo assunto, o domandando la ripetizione della soluzione come indebita, o dando la esecuzione di una sua obbligazione civile, mentre verso la medesima si era obbligato naturalmente ecc. L'esercizio di una tale facoltà, che per diritto rigoroso sarebbe legittimo, non essendo la obbligazione naturale una vera obbligazione, partorisce pel diritto positivo una iniquità, onde nel negare la ripetizione dell'indebito e nell'ammettere la eccezione di compensazione il diritto stabili questi principali effetti dell'obbligazione naturale».

Dal conflitto, dunque, fra un principio di diritto positivo ed un principio di equità vien fuori questo singolare [47] istituto, pel quale lo Stato si resta inattivo, ed attendendo l'estrinsecazione della libera volontà del cittadino, garantisce quel principio ch'è prima attuato. Se il debitore naturale paga adempie un dovere di equità; lo Stato non sa cancellarne gli effetti, e tien fermo l'adempimento: non affronta, non risolve il conflitto, ma risoluto che sia dal cittadino in un senso, sanziona la soluzione.

Orbene, tal conflitto fra diritto positivo stretto ed equità può oggi essere diminuito, ed esser venuta meno così la ragione di molte obbligazioni naturali che ne derivavano: ma niente di strano che, come il diritto positivo odierno pur saturandosi di equità non ha potuto e non potrà mai bandire dalla vita l'equità stessa, il legislatore senta il bisogno di rimettere alla volontà del cittadino la soluzione dei nuovi possibili conflitti.

Ma v'ha di più. L'obbligazione naturale è, secondo me, destinata a rendere maggiori servigi nel diritto odierno per due importanti fatti. Data la codificazione e tolta la missione creatrice del diritto propria del pretore romano, il dissidio fra quello che è diritto civile e quello che è diritto materiale e che attende di entrare nella legge può riuscire molto grave; e poiché esso può manifestarsi non solo dopo la legiferazione, ma esser presente alla stessa coscienza del legislatore, e tenerlo perplesso fra due principii, niente di più opportuno ch'ei possa temperare l'urto di tali principii, attendendo dalla vita miglior consiglio per una soluzione definitiva futura. Ne è esempio elegante l'obbligazione naturale di giuoco. Il giuoco è un'immoralità; la ragione fondamentale per condannarlo è, diciamola con Spencer, «quella di essere il giuoco una specie di azione la quale procura [48] il piacere a spese della sofferenza di un'altra persona. Il conseguimento normale della soddisfazione o del danaro che la procura, implica in primo luogo che sia stata spesa una fatica proporzionata di un certo genere che in qualche modo favorisce il bene generale; ed in secondo luogo implica che coloro i quali danno il danaro fruiscono direttamente o indirettamente di soddisfazioni equivalenti. Ma nel giuoco avviene l'opposto. Il beneficio ottenuto non implica la fatica spesa; e la felicità del vincitore implica l'infelicità di colui che perde. Questa specie di azione è dunque antisociale, inaridisce le simpatie, alimenta un duro egoismo e deteriora in tal modo il carattere e la condotta». Pure, non solo questa immoralità non è sentita dall'universale, ma per un convenzionalismo accettato il debito di giuoco è detto, nientemeno, *debito d'onore*. Prima che la coscienza pubblica non si sollevi a biasimare il giuoco più fortemente che oggi non faccia, una misura di diritto che ne dichiari invalida l'obbligazione sarebbe inadeguata. Nello stadio di transizione che corre fino all'apprensione completa del precetto morale, lo Stato resta inerte: non dà l'azione, ma neppure pronuncia la nullità; rispetta l'estrinsecazione della libera volontà, il fatto compiuto. Il cammino progressivo è questo: un'obbligazione con causa illecita può in epoca di barbarie essere civilmente efficace. In seguito, col progresso del principio morale, può essere dichiarata efficace solo *naturalmente*. Finalmente, può essere dichiarata civilmente e naturalmente inefficace. Così, ad esempio, l'obbligazione del bevitore di sostanze spiritose dalla sua essenza di obbligazione

civile è passata da noi, per [49] l'art. 470 del nuovo Codice penale, fra le obbligazioni invalide perché illecite. In Inghilterra, invece, tale obbligazione passa attraverso alla forma di obbligazione naturale: il venditore non ha azione contro il bevitore.

Ed è facile concepire di quale sviluppo sia capace la obbligazione naturale in questo campo, quando la riconnettiamo alla inazione necessaria dello Stato dinanzi ai gravi e molti problemi sociali, tuttora insoluti. Finché la società non si è pronunziata su di essi, il diritto tradirebbe la sua missione se si facesse a promuovere e proteggere una piuttosto che un'altra soluzione. Così, invece, il diritto vive della vita della società, e, neutrale di fronte a sistemi filosofici, religiosi, morali, scientifici, aspettando i progressi delle scienze, intende a garantire la convivenza.

*Signori,*

Discorrendovi le difficoltà della scienza del diritto civile, non credo aver fatto cosa estranea ad alcun di voi. Sotto forma di garanzia di tutti i rapporti sociali, la scienza del diritto riflette tutti i problemi della sociologia, e tutti son chiamati a porgerle aiuto. Non c'è persona che non abbia interesse al trionfo del diritto, ch'è trionfo della felicità nel mondo; non c'è persona che, per quanto inconsciamente, affermando il proprio diritto, non porti quotidianamente il suo contributo alla formazione ed alla vita del diritto nazionale. Nessuna aspirazione, nessuna forza di sentimento può far bene vero ed efficace all'umanità, se non si veste di quella forma divina d'impero che costringe senza esser tiranna [50], che più ci avvince e più ci fa liberi, che più ci chiede e più ci rende; di quella che al dir dell'Alighieri, conservata conserva, corrotta corrompe la società.

Onore a questo Ateneo che agli studi, giuridici specialmente, ha data tanta forza di gioventù eletta; lode alla gentile cittadinanza che, con suo lustro e con vantaggio degli studi d'Italia, tiene energicamente a questa civilissima fra le sue istituzioni, e protegge da improvvidi colpi questa ch'è sua vera gloria.

Io vi esorto, o giovani, allo studio del diritto, vi esorto a svolgere con religioso entusiasmo le pagine di quel libriccino che vi si presenta così arido nella severità de' suoi precetti; quel libriccino ha anch'esso la sua poesia: è lì tutta la storia della civiltà nelle sue svariatissime manifestazioni. Incontrerete ogni tanto una tirannide abbattuta, e su di essa una lapide, che ricorda la vittoria. «Ogni cittadino gode dei diritti civili, purché non ne sia decaduto per condanna penale». Dunque, non più privilegi. «Non è ... lecito di introdursi nel fondo altrui per l'esercizio della caccia contro il divieto del possessore». Dunque, non più abusi feudali. «Tutti son capaci di succedere». Dunque non più sacrifici domestici.

Queste ed altrettante sentenze troveremo sul cammino; e ci sarà sprone a meditarle il pensiero che queste sentenze non le ha pronunziate un uomo, ma la storia, ch'è il tribunale del mondo [51].

---

(1) SPENCER - *Introduzione alla Sociologia*, p. 9.

(2) IHERING - *L'Esprit du Dr. Rom.* III, p. 5 e segg.

(3) TROP LONG - *Louage*, n.° 157.

(4) Si ricordi, per quanto può essere accettato, quel che del Codice Napoleone scrisse il

- Savigny nella «*Vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*», p. 133. Verona, 1857.
- (5) VANNI - *Prime linee di un programma critico di sociologia*, p. 18 e segg.
- (6) GIANTURCO, *Istituzioni di Dir. Civ. Ital.*, I, p. XXIX.
- (7) CHIAPPELLI - *Le idee millenarie dei cristiani* (Annuario dell'Università di Napoli 1887-88 p. 3). Per giusta importanza di questo concetto tempera le conclusioni del Brugi (*I Romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*) con le bellissime osservazioni del Vanni (*I giuristi della scuola storica di Germania nella storia della sociologia e della filosofia positiva*).
- (8) SAVIGNY - L.c. p. 104.
- (9) VANNI - L.c. p. 58.
- (10) VANNI - *Eod.*
- (11) FLINT - *G.B. Vico. Saggio*, p. 152 (Trad. Finocchietti) Firenze 1888.
- (12) PISANELLI - *Dei progressi del Diritto civile in Italia nel secolo XIX*. - PESSINA - *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto*.
- (13) BRANDILEONE - *Di un indirizzo fondamentale degli odierni studi italiani di Storia del Diritto* (Filangieri, P. I.<sup>a</sup> anno XIII, n. 6).
- (14) FILOMUSI - *La Codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, nota 5.
- (15) FADDA - *Nota t al Diritto delle Pandette di Windscheid*, disp. 3.<sup>a</sup>, p. 130.
- (16) CHIRONI - *Sociologia e diritto civile*, p. 18.
- (17) BEKKER - *System des heutigen Pandektenrechts*, 2° vol., Weimar 1889, Prefazione.
- (18) WINDSCHEID - *Diritto delle Pandette*, § 24 (trad. Fadda e Bensa).
- (19) IHERING - L.c. p. 26.
- (20) IHERING - L.c. p. 74 e 75.
- (21) GIANTURCO - L.c. p. XXV.
- (22) SCIALOJA - *L'emulazione nella Enciclopedia giuridica*.
- (23) GABBA - *Giornale delle leggi*, 1882, n.° 27; BIANCHI Ferd. - *Diritti di uso nel Foro ital.* XIV, fasc. XIII.
- (24) DE CRESCENZIO - *Obbligazione nell'Enc. Giurid.*, p. 99.
- (25) DE CRESCENZIO - *Eod.*, p. 101.
- (26) DE CRESCENZIO - *Eod.*, p. 101
- (27) CHIRONI - *Istituzioni di Dir. Civ. It.*, vol. II, § 250, p. 2.