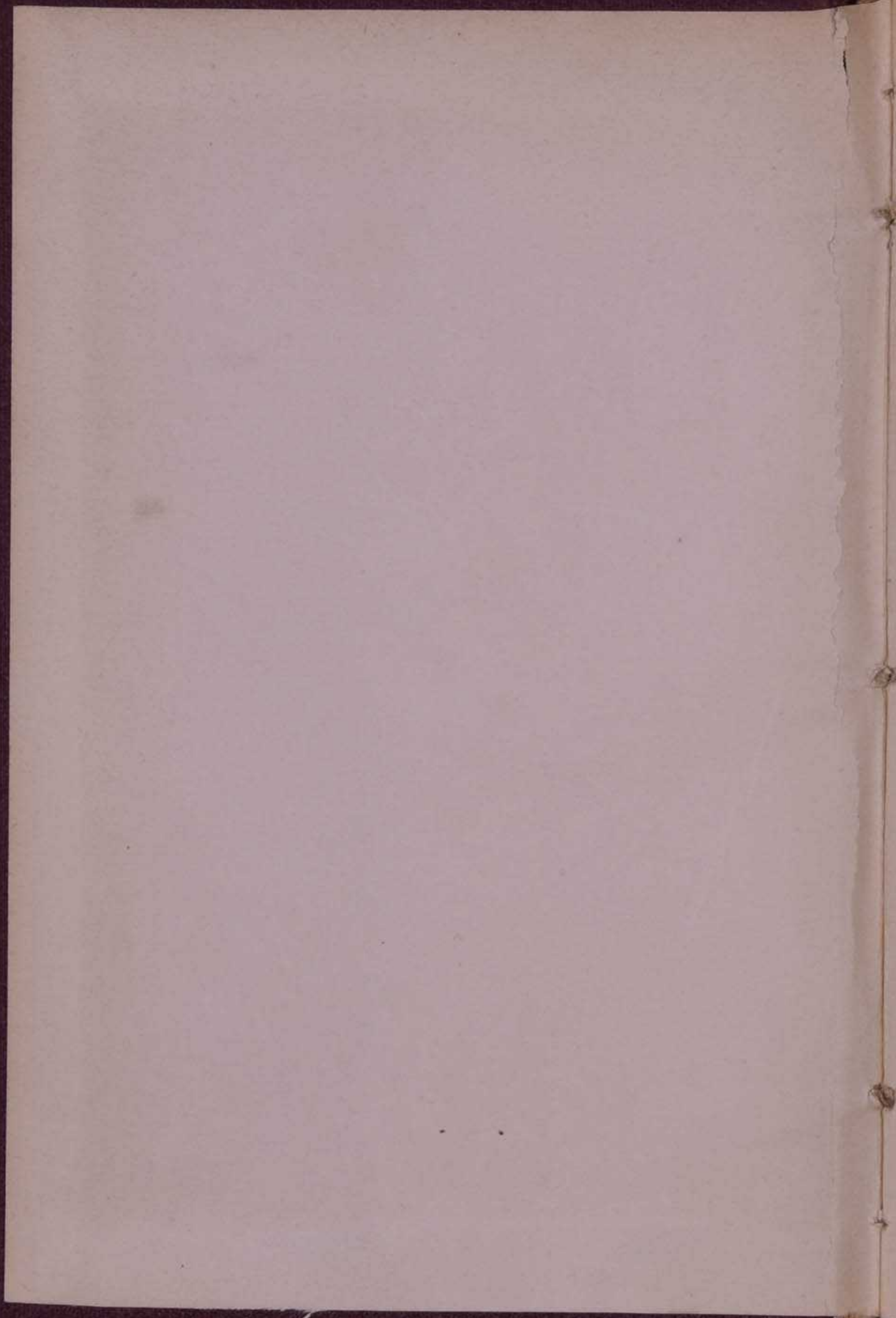


NOVA  
oria e  
tto  
co

IL DIRITTO

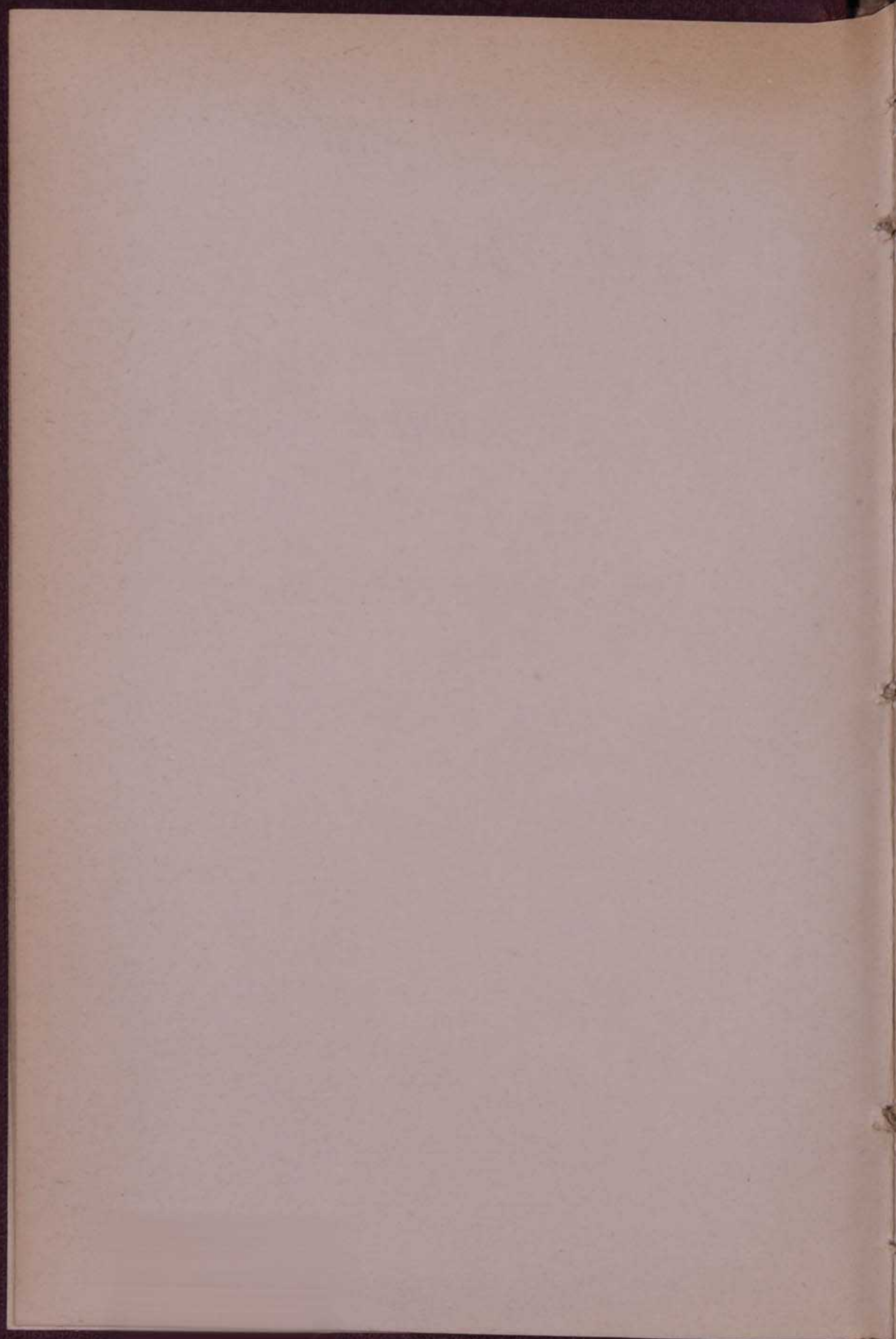




Dono della figlia  
dell'Autore.

Fig.<sup>a</sup> Bianca Crestani







# ODIERNO INDIRIZZO

DELLA

DONO

# FILOSOFIA DEL DIRITTO

DI

D. P. ANTONIO CAVAGNARI

R. UNIVERSITÀ DI PADOVA

ISTITUTO

di

FILOSOFIA DEL DIRITTO

e di

DIRITTO COMPARATO

PADOVA

R. STAB. DI P. PROSPERINI

1870







## ODIERNO INDIRIZZO

DELLA

# FILOSOFIA DEL DIRITTO

---

Premetto brevemente l'orditura del mio lavoro per facilitarne l'intelligenza al lettore.

Io assegno a fondamento della filosofia del diritto tre grandi elementi: la *natura*, la *storia*, la *ragione*; e li ricavo rigorosamente dai sistemi della filosofia del diritto, da Platone a noi. Per natura intendo il complesso degli istinti e appetiti fisici dell'uomo, tutta la parte organica e sensibile della vita. Per storia l'insieme dei fatti umani derivanti dalla volontà, attraverso i quali lo spirito si svolge e si perfeziona. Per ragione le facoltà e le leggi conoscitive non che l'intuito della mente che, talvolta rapido come baleno, rivela il passato e precorre il futuro.

Ciò che distingue la natura e la storia e ne fa due potenze è che tutte le manifestazioni della natura sono inconscie e irresistibili, mentre le manifestazioni della storia sono opera libera dello spirito intelligente. La ragione poi sovrasta alla natura e alla storia, come una



terza potenza che, mentre presuppone l'una e l'altra e le riflette, percepisce certe verità per una esperienza tutta interna o psicologica.

I tre elementi, che in seguito verranno meglio posti in chiaro, sono tante parti essenziali che insieme denno costituire l'intero fondamento della filosofia del diritto.

Il *principio razionale* o *ideale*<sup>1</sup> comincia con Platone, il quale origina il diritto dalle idee pure, che sono tanti archetipi assoluti. Il *principio naturale* con Aristotile, che parte dalla natura presa come una potenza reale che destina l'uomo alla società e che forma il fondamento delle istituzioni umane. Il *principio storico*, almeno in qualche modo e in via di inizio, colla filosofia cristiana del medio evo per opera segnatamente di sant'Agostino e di san Tommaso. La caduta dell'uomo, pel peccato d'origine, è un fatto storico che ha potere di cangiare totalmente le condizioni umane sulla terra. Oltre a ciò, la filosofia teocratica del diritto pone nella storia una provvidenza divina: lo che dimostra essere la storia retta e governata da un ordine e da una legge. Non importa che tal legge sia estranea alla costituzione intrinseca e naturale dell'umanità.

Sin qui per altro la filosofia del diritto non formava corpo proprio e indipendente di scienza. Quegli che cominciò a darle l'essere fu Alberico Gentile e assai più Ugo Grozio. Grozio, seguendo la direzione

<sup>1</sup> Avverto il lettore che per elemento razionale o ideale, per idea, ragione e simili intendo sempre un principio posto fuori e al di sopra dell'esperienza sia della natura che della storia. Non ignoro che p. es. tra le idee Platoniche e la ragione pura di Kant corre divario. Ma un tale divario non fa ora al mio assunto.



di Aristotile, prese a fondamento del diritto l'istinto naturale della sociabilità. Altri, seguendo quella medesima direzione ancor più empiricamente, presero a base del diritto altri istinti. Hobbes l'istinto dell'egoismo; Bentham dell'utilità; Smith del sentimento. Codesti ed altri autori mentre continuano le tradizioni di Aristotile segnano su di lui nuovi progressi in quanto che, laddove Aristotile prende la natura come una sintesi generale, costoro invece analizzano la natura ne' suoi diversi istinti, attributi e manifestazioni, ne fanno, per così dire, l'anatomia e riescono a darne una conoscenza più particolareggiata, più ricca e sempre più scientifica.

Compiuto od almeno avanzato lo studio della natura fisica e sensibile, altri autori impresero lo studio della natura morale e intellettuale, seguendo la direzione di Platone. Puffendorfio, Volfio, Price e particolarmente Kant e Fichte portarono ad altissimo grado il principio razionale. E così le due parti essenziali della natura umana, la sensibile e la intellettuale, furono successivamente meglio indagate e riflesse. Finalmente la scuola storica di Germania, con Federico Savigny a capo, preceduta da taluni ingegni e primo fra tutti dal Vico, ripigliò il principio storico, appena simboleggiato dalla filosofia teocratica del diritto del medio evo, lo esplicò ed elevollo a origine e a scienza del diritto.

Ma bisognava poi unire i tre elementi, il naturale, lo storico e il razionale e, per così dire, fonderli in un solo sistema. Questo fu tentato da Schelling e da Hegel con qualche successo.

Ora la filosofia del diritto deve continuare la co-



struzione del proprio fondamento in guisa da comprendere sempre meglio questi tre principii essenziali e da farne un sol tutto. E questo è ciò a cui io miro.

Dimostrare, attraverso i sistemi, la successiva generazione della scienza filosofica del diritto è l'unica via che conduca alla cognizione del fondo di questa scienza, della sua struttura ed economia, e che offra sicuri criterii per determinare l'ulteriore sviluppo, la direzione futura e quasi il destino della scienza medesima.

Con ciò riesco anche a distruggere l'antico e comune errore, secondo cui i moltissimi sistemi che si succedettero, anzichè armonizzare e completarsi l'un l'altro, si sarebbero contraddetti e distrutti. Per quanto paga forte l'opposizione dei sistemi, una conoscenza più profonda dei medesimi adduce alla conclusione che tra loro deve esistere una conciliazione perchè tutti sorgono dalla natura umana, la quale è una, medesima e continua in tutti i tempi e perciò non può mai essenzialmente contraddire a sè stessa.

Per chi ben guarda, ogni grande sistema non è il prodotto del capriccio, sibbene l'espressione di qualche bisogno e di determinate condizioni dello spirito umano. Epperò la contraddizione non può essere che apparente ed originar debbe dalla difficile e lenta scoperta del vero assoluto, per cui niun sistema particolare pervenne sinora a tutta comprendere la verità. E codesta difficoltà a sua volta deriva dall'essere il contenuto dei sistemi, ossia gli elementi concreti e storici della vita sociale, in condizione perpetua di genesi e di sviluppo. Il perchè col progresso dell'oggetto reale della scienza pur la scienza progredisce e i sistemi



successivi sempre meglio si avvicinano al vero. Se infatti oggetto della nostra scienza è la cognizione riflessa del diritto universale, essa solo esiste e si perfeziona in quanto il diritto realmente sussiste e si rivela all'intelligenza. Ma l'universalità del diritto nella sua compiutezza e nella sua perfezione non si rivela d'un tratto e interamente ad una sola mente o ad un solo sistema pel principio del graduale sviluppo del sapere umano; e inoltre, per la stessa natura del diritto che si svolge e si perfeziona successivamente nel corso storico delle umane società. Suole dapprima il diritto esplicarsi storicamente a guisa di una produzione organica della natura: poscia viene elaborato e perfezionato dalla riflessione attiva, la quale a sua volta diviene generatrice del diritto.

Codesta lunga operazione della formazione storica del diritto e della sua elaborazione riflessa spiega anche come la filosofia del diritto sia nata tardi e difficilmente riesca a perfezionarsi.

Entrando meglio nel cuore dei sistemi vedesi che tutta la loro opposizione consiste nell'avere gli uni esclusivamente originato il diritto dalla intelligenza pura sovrasensibile; gli altri dalla natura fisica dell'uomo; altri ancora dai nudi fatti umani. Questi tre ordini di sistemi, presi ciascuno a fondamento assoluto del diritto e messi gli uni a fronte degli altri, lottano senza dubbio e si distruggono. Ma se invece tutti insieme vengono presi quai tante parti costitutive di un unico supremo fondamento della filosofia del diritto si compiono l'un l'altro, vengono tolte le esorbitanze di ciascuno ed ogni opposizione sparisce.

Laonde bisogna considerare ogni sistema partico-



lare non già come un tutto assoluto, bensì come una parte che assieme alle altre concorre a formare il tutto generale. Di maniera che tutti i sistemi sieno tanti momenti, come direbbe un tedesco, del *divenire* della vera e compiuta filosofia del diritto.

Con siffatto intendimento io procedo alla costruzione di questa scienza; cerco di penetrare l'intimo spirito dei sistemi; di determinare il valore assoluto di ciascuno; di stabilire il nesso intrinseco onde tutti si legano. Non è la varietà e la ricchezza delle idee dei pensatori che io espongo, ma la parte fondamentale dei grandi sistemi, quella parte vo' dire che contiene vedute originali apportatrici di nuovi progressi. Questi medesimi progressi io li prendo come tanti addentellati con cui dimostro la continuazione e lo svolgimento non mai interrotto della filosofia del diritto.

Per istabilire la connessione e seguire lo sviluppo progressivo dei sistemi ho sovente dovuto prescindere dalla mente degli autori e attenermi a ciò che dicesi la *natura delle cose*. Dacchè ogni fondatore di sistema si credette aver raggiunto l'assoluto e non potè prevedere gli sviluppi, le conseguenze e gli indirizzi della scienza che dopo lui fossero per sorgere.

Nè per questo ho punto violentato i sistemi perchè piegassero al mio disegno, bensì ho tratto il mio disegno dai sistemi stessi e dalle loro naturali e inevitabili conseguenze.

Adunque io verrò dimostrando con un piano ordinato e progressivo di principii come i sistemi siensi venuti integrando. Ciò non tanto per combattere l'errore di coloro che non veggono nella successione dei medesimi una genesi continuata ed una esplicazione



progressiva di principii scientifici, quanto per istabilire il perpetuo e universale fondamento della filosofia del diritto.

Dopo ciò entro in materia.

Platone nel libro VI della *Repubblica* fa una similitudine che può dirsi l'anima di tutto il suo sistema. Paragona l'idea al sole e fa di quella la regina del mondo spirituale e di questo il re del mondo sensibile. Anzi l'idea ha prodotto anche il mondo sensibile e vi ha posto il sole a propria immagine.

Il nostro occhio, e' dice, ci attesta l'esistenza della luce, ma non è la luce. Del pari il nostro spirito ci attesta l'esistenza dell'idea, ma esso non è l'idea. L'idea sovrasta allo spirito come il sole agli oggetti che illumina. Essa ci fa distinguere il bene dal male, il giusto dall'ingiusto, come la luce ci fa distinguere i colori e gli oggetti. Se l'idea si ritirasse dal mondo lo spirito perderebbe la cognizione del vero e del falso, del giusto e dell'ingiusto, nella stessa guisa che dopo il tramonto del sole l'occhio non distingue più i colori e le cose. Senza l'idea lo spirito si giacerebbe facoltà inoperosa e nulla, come l'occhio senza la luce rimane privo di azione visiva. Ma l'idea sarebbe sempre idea, anche senza spirito; come il sole sarebbe sempre sole ancorchè non vi fossero occhi ed oggetti. Nella stessa guisa poi che nessuno studia l'organizzazione dell'occhio per dimostrare l'esistenza del sole, così non fa mestieri conoscere le facoltà dello spirito per dimostrare l'esistenza dell'idea. Questa esiste di per sè, originariamente, e lo spirito non fa che averne la cognizione.

L'idea adunque, secondo Platone, è un essere so-



stanziale e assoluto; un modello eternamente simile a sè medesimo, ossia un paradigma. Ma non tutte le idee platoniche sono paradigmi, perocchè non sono tutte necessarie e assolute: havvene di contingenti e variabili, che derivano dalla esperienza esterna: e queste per Platone non hanno alcun valore. Quelle soltanto che sono immutabili ed eterne e che punto non derivano dalla esperienza formano il contenuto della filosofia e valgono di regola suprema alla vita.

Se non che dove colloca Platone le idee assolute poichè non le origina nè dal mondo esterno dell'esperienza, nè dal mondo interno dello spirito? Egli pone la sorgente delle idee assolute in Dio. Comprese il grande filosofo che ammettendo le idee assolute fuori dello spirito gli bisognava ricorrere alla Divinità; perocchè ove avesse stabilito che elleno sono prodotte dalle facoltà dello spirito, come tanti principii essenziali, altro non gli rimaneva che di credere al potere divino delle idee, all'intelligenza divina nell'umanità: ciò che lo avrebbe condotto ad una specie di panteismo. Ad evitare il quale ricorse ad una sorgente di idee poste fuori della mente, a Dio. L'anima dunque riceve da Dio tutte le idee metafisiche essenziali. Per Platone Iddio è la base della cognizione e la base altresì della realtà delle cose. E perciò le idee assolute racchiudono in sè come a priori la cognizione e la realtà. Infatti non vi ponno essere nel mondo forme reali e necessarie che non sieno pensate da Dio, alla cui potenza il tutto deve la sua realtà. Il modello del mondo fisico esiste dunque nell'intelligenza sovrana di Dio e gli archetipi della mente umana sono immagini di codesta medesima intelligenza.



Conseguenza del sistema platonico è che la giustizia esiste nella sua pienezza e perfezione come un sistema di regole già date; le quali si possono conoscere a priori in virtù di una interna intuizione e rivelazione dello spirito.

Ora l'inesistenza di questo modello eterno della giustizia o almeno la non sua rivelazione all'intelligenza finita dell'uomo si dimostra collo stesso ordinamento sociale che Platone istituì. Egli ha compaginato la società su un fondamento per la maggior parte essenzialmente contrario alla giustizia. Imperocchè ammise la schiavitù; profanò i rapporti più sacri della famiglia, sostituendo le unioni annue al matrimonio perpetuo; condannò alla morte i gracili e malsani; impose alle donne di abortire ove concepissero dopo i quarant'anni; trasformò le madri in pubbliche nudrici; tolse ai cittadini ogni scelta nelle loro occupazioni; volle che i migliori comandassero pur contro la volontà di tutti; consacrò un odiosissimo privilegio poichè fece del merito, che è essenzialmente personale, una eredità trasmissibile di padre in figlio.

Nè cotesto ordinamento fu un errore particolare della mente che Platone avrebbe potuto evitare. In quella vece fu una conseguenza logica e necessaria del sistema. Conciossiachè non essendosi egli preoccupato del contenuto interno e reale delle sue idee, ogni cura mise nel costruire la bellezza e l'armonia esterna della vita sociale. Per questo medesimo ritmo esterno dello stato Platone sopprime ogni principio dell'interno soddisfacimento dell'animo dei cittadini; soffocò le naturali vocazioni di ciascuno e tolse ogni corrispondenza e il necessario combaciamento fra l'esterno vivere e



l'interno sentire ed essere dei cittadini. Egli li considerò come tante pietre per la splendida costruzione del suo edificio e non già come esseri autonomi, dotati di libero movimento e formanti un sistema di eguali. Divise la società in classi ergendo l'una su l'altra alla guisa di una fabbrica, di cui la parte inferiore sostiene la superiore senza essere da questa sostenuta.

Il principio essenziale della immutabilità delle idee condusse Platone a togliere a' suoi cittadini ogni libero moto, ogni spontaneità d'azione, ogni vocazione particolare e a condannarli alla immobilità. Il vario, il mutabile, il relativo essendo per lui cose di niun momento, ha inteso ad imprimere una forte unità allo stato e con ciò a sopprimere la varietà, la molteplicità delle attitudini, delle facoltà, delle elezioni, dei diritti dei cittadini. Donde quel panteismo civile e politico che sacrifica i cittadini allo stato e toglie loro la propria individualità per darli in preda al tutto.

Platone si curò di perfezionare lo stato perchè, secondo lui, quando il tutto è in buone condizioni, pur le parti prosperano essendo la perfezione e la felicità delle parti una conseguenza necessaria della perfezione del tutto.

Ma gli individui che compongono lo stato non ricevono da esso la vita, bensì sono eglino che danno vita allo stato e gli conferiscono prosperità. E perciò per avere la felicità dello stato bisogna prima avere la felicità degli individui. Lo stato è una entità astratta e solo gli individui sono esseri concreti, alla cui prosperità e perfezione bisogna consacrare una cura particolare. Il metodo deduttivo per cui Platone nel suo sistema filosofico procede dall'universale al particolare



si riscontra nel suo sistema sociale in cui dallo stato va agli individui. Dovechè all'opposto bisogna procedere dal particolare all'universale, dagli individui allo stato.

In Platone manca affatto il *principio dell'esperienza*: domina soltanto il *principio ideale* e questo principio entra senza dubbio nella nozione filosofica del diritto. Ma esso di per sè non basta: occorrono altri termini a costituire il diritto. Oltre l'*idea* fa d'uopo la *natura*. Quest'altro elemento, la *natura*, ci viene da Aristotile.

Intanto risultato del sistema Platonico è il *principio ideale* del diritto, che vuole essere tenuto saldo perchè costituisce uno dei grandi fattori della scienza filosofica del diritto.

Aristotile cerca il diritto non nell'*idea*, ma nella *natura*. Per lui è massima fondamentale che niuna cosa può essere buona e giusta se è contraria alla natura. Egli perciò origina il principio giuridico dall'elemento naturale. Una e medesima è la natura e la giustizia, con la differenza che la giustizia è la natura attuata da esseri forniti di intelligenza e libertà.

La natura per Aristotile, come l'*idea* per Platone, esiste fuori dello spirito umano. Affinchè lo spirito colga il giusto deve rivolgersi agli obbietti, deve estrinsecarsi sulla natura. Perciò il mezzo vero della conoscenza è l'osservazione e l'esperienza. Ma l'esperienza non adduce l'intelletto alla cognizione della giustizia se non dopo che furono studiate e paragonate le cose particolari per indi ricavare dalle medesime il principio universale. Aristotile induce continuamente in opposizione a Platone che deduce. Egli ha bisogno di indagare tutto quanto la natura ha operato, innanzi di stabilire





la vera cognizione delle cose e della giustizia. Quindi egli esamina gli istinti e i bisogni di natura, le condizioni sociali, le disposizioni degli uomini, la loro fortuna, le loro differenze, i loro desiderii, le loro relazioni; inoltre gli ufficii dello stato, l'amministrazione della giustizia, la forza e le relazioni di esso, le forme di governo e le costituzioni <sup>1</sup>. Egli ricerca, dispone ed ordina quanto esiste e colle osservazioni ricava la verità. La natura per lui è il fondamento di ogni cosa. Egli cerca nelle condizioni della natura il primo filo delle condizioni umane. Nella forza sensitiva delle piante, nell'istinto animale dei bruti egli vede il preludio delle condizioni umane; vede quel principio che muove successivamente l'uomo verso la perfezione. Dalle cose inanimate egli procede sino all'uomo, e dalle necessità della natura conchiude al dovere degli esseri intelligenti progredendo per gradi contermini e salienti. Così egli trova nella natura il fondamento degli istituti civili. Il matrimonio, p. es., e la patria potestà si fondano nell'istinto naturale della propagazione, nella impossibilità naturale assoluta in cui sono i figli di provvedere ai proprii bisogni e alla propria difesa. Lo stato anch'esso si fonda su un bisogno naturale, quello di ajutarsi tutti reciprocamente ad uno scopo comune che è la conservazione e il perfezionamento. E qui i precetti morali anzichè comandare alla natura, ricevono da questa impulso e potere. Imperocchè supposto un istante che vi fosse una legge così assurda da ordinare la potestà dei fanciulli sui genitori, questa legge non potrebbe in nessun modo sussistere. Il simile dicasi di

<sup>1</sup> Con quest'intento Aristotile fece una raccolta delle costituzioni degli stati greci.



una legge che inibisse l'unione dell'uomo e della donna, o che decretasse lo scioglimento della società politica. Tai leggi sarebbero di impossibile esecuzione perchè contrarie alla natura. Solo dunque è giusto, conchiude Aristotile, ciò che è conforme alla natura e come tale si conserva. Laonde le istituzioni umane non fanno che imitare e perfezionare la natura.

Con questo fondamento Aristotile imprende a considerare lo stato, esamina cioè in qual modo e con qual fine la natura formi gli stati. E primieramente indaga l'istinto naturale che determina gli uomini a costituirsi in società; percorre le diverse forme dell'associazione umana, dalla prima ed elementare della famiglia sino alla complessa e universale dello stato e trova che l'istinto della conservazione e della felicità è il movente dello stato. Per cui il soddisfacimento di questo istinto è il vero fine della natura nello stato. L'utilità, in ultima analisi, è il principio determinante della politica; principio che fu nei tempi moderni sviluppato da Bentham e posto a cardine d'ogni cosa.

Lo stato è il grande organismo in cui l'istinto della conservazione e della felicità può, meglio che in verun'altra associazione minore, essere soddisfatto. Da questo medesimo istinto Aristotile trae il criterio per giudicare le istituzioni. Secondo lui, quelle istituzioni sono giuste che soddisfanno a quell'istinto; tutte le altre sono ingiuste. Per quanto riesca apparentemente difficile il determinare ciò che è giusto e ingiusto, quell'istinto naturale è sempre l'unica regola per retamente giudicare.

Adunque ogni costituzione politica che non si proponga per iscopo di conservare gli uomini e di farli



felici è ingiusta: e tale è ogni costituzione che tenda al bene dei governanti non a quello dei governati. Aristotile tiene conto delle condizioni esistenti, come p. es. del terreno e del clima; le quali, quando sono favorevoli, conducono meglio a soddisfare a quell'istinto. Cotali condizioni giovano a conservare gli uomini; e, una volta soddisfatto l'istinto della conservazione, è dappoi reso possibile l'appagamento dell'istinto della felicità. Questo istinto comprende anche la virtù. Così Aristotile attraversando, per così dire, la natura va dall'istinto alla morale perfezione. Ma la natura nei suoi istinti è contraria: essa eccita in noi tendenze opposte: e il nostro libero arbitrio deve molte volte correggere la natura. Come dunque la natura è il fondamento d'ogni cosa? Lo stagirita risolve tutta la questione ammettendo nel tutto universale una potenza attiva, la quale manifestandosi negli individui, nelle cose particolari e negli effetti in una serie di differenze e di opposizioni, si accorda nondimeno con sè stessa nel tutto <sup>1</sup>. Nella natura vi ha p. es. la legge della distruzione, ma vi ha pur quella della riproduzione. Se vi ha l'istinto dell'avarizia e dell'egoismo; vi ha pure l'istinto che modera l'egoismo. L'istinto universale della conservazione e della felicità trionfa in fine sui malvagi istinti particolari che tenderebbero a distruggere quel medesimo istinto.

Egli riconosce che in forza delle particolari circostanze e delle diversità sociali la perfezione delle istituzioni e della giustizia non è possibile che relativamente. Quindi ogni forma di governo, democratico, aristocratico o monarchico, può essere giusta od in-

<sup>1</sup> Stahl, *Storia della Filosofia del Diritto*.



giusta secondo le diverse qualità degli uomini. Nondimeno, come ponno esservi circostanze e condizioni che impediscano l'attuamento del fine della natura, così vi ponno pur essere circostanze che meglio favoriscano quel fine. Queste circostanze rendono possibili delle istituzioni pressochè assolutamente giuste. Tali istituzioni, in quanto si riferiscono all'imperare e all'obbedire, devono fondarsi nel predominio del ceto medio perch'egli è naturalmente portato ad osservare la giusta misura sia nel comando che nell'obbedienza. Esso infatti è situato tra i due estremi, l'obbedire dello schiavo e il comandare del tiranno e nel mezzo, per Aristotile, sta la virtù.

Tanto per Aristotile che per Platone lo stato è un essere infinitamente superiore agl'individui: e tanto per l'uno che per l'altro la schiavitù è legittima. Ogni tutto nella natura, dice Aristotile, è maggiore delle parti. Quindi anche lo stato è maggiore dell'individuo. L'individuo è una parte inseparabile del tutto sociale, è fatto da natura assolutamente per lo stato, non altrimenti che la mano per l'uomo. Donde il panteismo e la statolatria pagana. Sembra che Aristotile introduca nello stato il principio della libertà, escluso da Platone, in quanto che accusa Platone di far consistere l'armonia dello stato nell'unità mentre essa consiste non nel toccare un sol tono, ma nel toccarne molti che tra loro si accordino. Da ciò la varietà e la molteplicità delle azioni e vocazioni e la libera scelta degli individui. Se non che anche per Aristotile la protezione della volontà individuale non entra nel fine delle istituzioni. I più illustri devono comandare pur contro il volere degli altri. Il tutto è maggiore delle



parti, dice Aristotile. Ma giova ripetere: non è il tutto che crea le parti, bensì sono le parti che formano il tutto, che danno corpo e vita allo stato.

In base all'istinto della conservazione della società Aristotile giustifica la schiavitù. Per lui la natura offre strumenti in ogni cosa. Il comando e l'obbedienza, egli dice, sono cose non pur necessarie, ma grandemente utili. Gli uomini nascono in natura alcuni liberi, altri schiavi. Per questi ultimi la schiavitù è altrettanto utile che giusta. Come il corpo per natura è soggetto all'anima, così chi nasce inferiore ai suoi simili è schiavo per natura. La natura ha fatto il corpo degli schiavi grossolano e robusto, non così quello degli uomini liberi.

Ma perchè la natura destina degli strumenti in ogni cosa ne segue forse che vi sieno uomini schiavi? Perchè p. es. la classe agricola serve alla classe industriale e commerciale e l'una e l'altra servono alla classe dotta conseguita forse che una classe sia schiava dell'altra? Se la classe che serve di strumento è schiava potrebbe anche essere d'altra natura inferiore alla umana. Imperocchè è difficile comprendere come esseri dotati della stessa natura sieno gli uni liberi, gli altri schiavi: mentre la libertà e la schiavitù si escludono a vicenda e suppongono appunto una natura diversa. Infatti lo schiavo non è giuridicamente un uomo, ma una cosa soggetta alla proprietà e alla libera disposizione degli altri. Sarebbe dunque più logico collocare originariamente gli uomini schiavi nella sfera inferiore della natura brutta, anzichè porli dapprima nella libera e intelligente natura umana e poscia per



legge di natura dichiararli non liberi. Non è questa una contraddizione inesplicabile?

Aristotile procede dalle cose inferiori alle superiori e col metodo empirico si eleva nella cognizione della natura acquistando successivamente intelligenza del fine di lei. L'osservazione empirica è il principio di Aristotile: ma tal principio è incompleto senza un principio ideale superiore. Unendo il principio *naturale* di Aristotile al principio *ideale* di Platone si ha un fondamento più intero. Infatti l'idea perchè non sia una vuota forma astratta, come in Platone, debbe contenere qualche elemento sperimentale, come in Aristotile; e d'altra parte la nuda esperienza senza intuito ideale incatena di troppo l'intelletto alle cose, e lo sensualizza.

Frattanto con Aristotile apparisce un secondo elemento la *natura*, che non si trova in Platone. *Idea* e *natura* sono indubbiamente due termini che entrano nella struttura del diritto. Ma non sono ancor tutto: manca un terzo termine che è il *fatto umano*: il quale sta in mezzo alla natura e all'idea. L'idea essendo in qualche modo assoluta e immutabile e fuori del mondo reale non può spiegare le mutazioni e gl'innovamenti delle condizioni umane e il progresso della storia. La natura operando irresistibilmente non può spiegare gli atti della libera volontà. Il fatto umano interviene dunque come termine medio che unisce e completa gli altri due. Nè Platone, nè Aristotile si occupano del fatto e della storia come di un elemento della scienza sociale: non tengono conto dello svolgersi delle cose umane, del successivo perfezionamento dell'uma-



nità nel mondo. Platone nega il progresso delle idee, le scolpisce di immobilità giacchè sono per lui a priori esistenti, assolute e perfette. Aristotile si occupa della natura procedendo dalle cose inanimate sino all'uomo; ma non studia la vita storica dell'uomo. L'uno e l'altro non si curano punto della possibilità e della futura realtà di un alto progresso, in una parola non vedono l'*umanità storica*. Eppure questo terzo elemento muta la direzione dell'umanità e della scienza. La schiavitù con tutto l'ordinamento sociale dei due sommi filosofi greci è caduta. Qual'è la potenza che prepara e matura i sorgimenti e le mutazioni degli stati? Per quanto essa sia occulta e non isveli il suo principio, pure ce ne viene assicurata l'esistenza da suoi effetti. Ma per poterla in qualche modo cogliere bisognava una lunga serie di effetti storici che fornissero il materiale alla riflessione; e questa serie non esisteva ancor sufficientemente nel mondo greco, o almeno non era ancora entrata nelle menti. Negli esordii dell'incivilimento non solo non si hanno i dati sufficienti per desumere le leggi storiche, ma manca persino il pensiero che l'incivilimento con tai leggi sia possibile.

I due sommi filosofi greci mentre esprimono i proprii pensieri individuali rappresentano eziandio la coltura e le condizioni generali della loro nazione. Imperocchè la signoria assoluta e onnipotente dello stato sui cittadini e l'istituzione della schiavitù si trovano puranco nei costumi e nelle leggi di quella nazione. Il principio storico del progresso continuo e indefinito dell'umanità manca alla intera nazione come ai due filosofi. I greci ammettevano con gli orientali che l'u-



manità si movesse storicamente in un circolo perpetuo. Di guisa che nell'antichità greca non esisteva la coscienza dello sviluppo storico, il quale informa del proprio contenuto le idee. Queste, assunte senza contenuto alla guisa platonica, danno soltanto lumi e criteri generici, i quali non bastano a cogliere il mondo reale degli oggetti, la concretezza dell'azione, della vita, delle istituzioni e della storia. Del pari che la sola osservazione empirica di Aristotile può cogliere il movimento ciclico degli esseri che in seno alla natura nascono, vivono e muojono, non il movimento progressivo della storia, che perennemente si esplica. Perciò ad Aristotile, come a Platone, sfuggì il principio storico, ossia il *divenire* dell'umanità.

Dalla Grecia sino al medio evo non èvvi più alcun grande principio che servire possa di fondamento alla filosofia del diritto. In tutto il mondo romano non apparisce alcun nuovo principio. Il diritto, *jus*, derivava da *jubere* e quindi era più che altro un portato dell'autorità imperante. I romani perfezionarono altamente la legislazione civile e furono veramente sommi in giurisprudenza. Ebbero la prima coscienza del diritto, ma non la riflessione filosofica del diritto. Furono giurisperiti non filosofi del diritto. Il giure degli stillicidii e delle muraglie, come scrive Rosmini, non è il giure filosofico. Mancando i romani della coscienza riflessa e speculativa del diritto, nessun progresso aggiunsero alla giuridica filosofia. Essi in generale si appropriarono e diffusero i risultati della coltura greca. Nè Cicerone, nè Seneca diedero un pensiero che possa dirsi sostanzialmente originale e nuovo. Cicerone che si occupò della scienza del diritto



non presenta alcun progresso. Nelle sue opere <sup>1</sup> tratta i due quesiti; uno della esistenza della legge natural morale; l'altro della migliore costituzione dello stato. Nel primo ammette l'esistenza della legge morale che già trovasi appo i greci. Non indaga l'esistenza della legge natural giuridica. Ove avesse investigato e posto eziandio questa, avrebbe realmente segnato un progresso. Nel secondo quesito intravede in qualche punto l'odierna forma costituzionale perchè nell'assieme dei tre elementi, monarchico, aristocratico e popolare scorge il migliore governo. Ma egli è ben lungi dal formulare in modo scientifico la teoria costituzionale e può dirsi che ogni sua idea in proposito non è che un lontano e debole preludio <sup>2</sup>. Seneca era stoico in tutte le sue idee: e unico pregio, benchè non piccolo, dello stoicismo fu quello di insegnare che il bene vuole essere fatto per sè stesso, intrinsecamente; che il dovere ha da essere praticato assolutamente, checchè ne avvenga, senza punto preoccuparsi d'altri riguardi esterni. Con che lo stoicismo precorse in certa maniera e da un lato la filosofia moderna di Kant. Ma esso nel medesimo tempo predicava all'uomo, come regola di condotta, la repressione delle passioni e delle naturali affezioni, la più

<sup>1</sup> Vedi specialmente *De Republica* e *De Legibus*.

<sup>2</sup> Sia che Cicerone abbia attinto tutte le sue idee e i suoi principii da Platone e da Aristotile (come vuole lo Stahl, *Storia della Filosof. del Dir.*): sia che non abbia dato la preferenza ad alcun sistema greco (come sostiene il Buhle, *Storia della Filosofia*); certo è che egli non avanzò nei principii essenziali la coltura greca e che il principale di lui merito fu d'aver diffuso la filosofia greca e d'averle impresso il carattere latino.



rigida impassibilità. Con ciò sopprimeva la natura fisica e sensibile, e ultima conseguenza ne fu il suicidio.

Quantunque i Romani non abbiano fatto progredire la filosofia del diritto, pur nondimeno crearono un grande materiale giuridico, che valse non soltanto per l'istituzione di una giurisprudenza relativamente perfetta, ma anche in guisa indiretta e comunque lontana per la filosofia del diritto. Imperocchè il diritto romano, più del diritto mosaico e greco, è fornito degli essenziali caratteri della unità, della continuità e della compiutezza; si mostra, a sì dire, quale un essere organico che si svolge continuamente in diversi empi. E perciò si possono investigare gli elementi e i teoremi del diritto e fare di essi un contenuto da elevarsi a principio di scienza filosofica del diritto. Si possono raccorre molti canoni di diritto che non sono arbitrarie creazioni dello spirito, ma principii reali e assolutamente veri: e di questi valersi come di prime nozioni generali per la filosofia del diritto. Lo svolgimento nazionale del diritto romano addimosta che il diritto è in qualche modo parte organica della vita dei popoli e si lega intimamente al movimento della storia; e questo è un passo per la filosofia del diritto. Con tutto ciò non è a dirsi che i Romani abbiano dato più che una giurisprudenza e neppure che in questa fossero tanto perfetti quanto comunemente si crede. Imperocchè, come avverte un illustre cultore del romano diritto, ove si eccettui la teoria dei contratti, nei quali è in generale ammirabile un'estrema giustizia, tutti gli altri istituti non sono esenti da errori e ingiustizie. Per lo che non si possono assu-



mere tutti i principii del diritto romano come eterni canoni di diritto naturale sanzionato (Savigny).

Ma quale che sia la giustizia dei principii del romano diritto, quello non era che giurisprudenza e la filosofia del diritto è ben altra scienza. Questa, per sorgere su di un fondamento compiuto, abbisognava, oltre dell'idea e della natura, di un altro elemento, il *fatto umano*, che preparasse la via ad introdurre nella scienza gli avvenimenti storici innovatori delle società. Quest'altro elemento si contiene in germe nella filosofia cristiana e consiste in ciò: che un fatto umano, effetto del libero arbitrio (la caduta dell'uomo pel peccato d'origine), ha interamente mutato il felice destino dell'umanità sulla terra: ed un altro fatto, un grande avvenimento storico (il cristianesimo), ha redento l'umanità. Questi due fatti di natura diversa, l'uno umano l'altro divino, informano tutta la filosofia del diritto del medio evo: ed è la prima volta che sistematicamente e filosoficamente l'atto della volontà prende a divenire un elemento importante ed informatore della scienza.

Sant'Agostino e san Tommaso, fra i padri della chiesa, hanno particolarmente elevato il cristianesimo a scienza e a filosofia.

Il principio fondamentale della filosofia teocratica del diritto si trova in sant'Agostino <sup>1</sup> e consiste in un'antitesi originaria fra lo stato celeste e lo stato terreno. Su questa antitesi ei fonda l'opposizione di due regni, il mondano e il celeste: i quali ci vengono dimostrati colla storia profana degli imperi assirii, persiani, greci e romani: e con la storia sacra dei

<sup>1</sup> *De Civitate Dei.*



patriarchi, giudici, re e profeti sino allo stabilimento della chiesa cristiana.

Lo stato terreno è per sant' Agostino la conseguenza del peccato; e perciò una istituzione sorta dal bisogno e dalla miseria, una guerra dei forti contro i deboli in cui questi soccombono; una perpetua lizza di passioni, in breve un regno di sofferenze e di ingiustizie. In armonia all'antitesi biblica dei figli di Dio e dei figli del mondo o alla opposizione fondamentale dei due regni, egli trova che i fondatori degli stati terreni sono da per tutto uomini corrotti. Coloro che hanno sentimenti celesti non si curano punto dello stato terreno. Infatti il primo rappresentante dello stato terreno fu Caino, il quale fondò la città di Enosia ed uccise l'innocente fratello Abele, che non curava le cose terrene. Così pure Romolo fondò lo stato romano ed anch'esso uccise il fratello Remo. Caino e Romolo rappresentano il regno mondano, quanto Abele e Remo rappresentano il regno celeste. Da questa opposizione dei due regni e dalla infinita superiorità del regno celeste sul mondano segue necessariamente che lo stato terreno non abbia un fine proprio e assoluto da raggiungere e debba perciò aiutare il conseguimento del vero ed eterno fine del regno celeste. Donde l'essenziale principio che lo stato civile debba servire al fine della chiesa; che tutta la presente vita terrena essendo mezzo al cielo, l'ufficio dello stato consista nella protezione della chiesa. Di qui il principio teocratico che domina nel medio-evo.

Questo principio condurre doveva a fare dei peccati altrettanti delitti civili e a punire le colpe reli-



giose. Sant'Agostino infatti un tempo disapprovò le conversioni ottenute colla violenza, ma in seguito opinò che le pene temporali contro le colpe ecclesiastiche fossero legittime. Lo stato, egli dice, non può costringere per mezzo di castighi alla moralità ed alla pietà, ma deve punire le eresie come misfatti civili: e finì col riconoscere il diritto ai re della terra e col prescrivere loro l'obbligo di rovesciare gli idoli, secondo l'antico testamento.

Dal pensiero fondamentale di sant'Agostino parrebbe che lo stato terreno fosse abbandonato a sè stesso, senza alcun intervento della provvidenza divina. Ciò nondimeno, egli sostiene che la divina provvidenza crea gli stati e determina le sorti umane. Indaga i motivi morali della provvidenza nel governo delle cose umane, e dimostra che i romani ebbero il dominio del mondo per le loro grandi virtù cittadine. Egli riconosce che il fine dello stato civile è la pace, la quale di per sè non è cosa dannabile e che anche i cristiani devono desiderare e godere di quella pace fintantochè dura la loro vita terrena e mortale. Devono i cristiani obbedienza allo stato e per questo devono essere in rapporto anche con coloro che hanno sentimenti terreni. E qui sant'Agostino fa una distinzione <sup>1</sup> tra stato civile e stato terreno. Per stato civile pare che intenda l'istituzione dello stato: per stato terreno la vita mondana e corrotta. Egli non condanna lo stato civile, bensì lo stato terreno, il quale sarà insieme col diavolo sottoposto all'eterno supplizio.

<sup>1</sup> L'oscurità dei pensieri di sant'Agostino in molti punti e in questa distinzione mi ho costretto a riportarmi allo Stahl (*Storia della Filosofia del Diritto*).



Ora sant' Agostino primieramente trasporta il vero centro del diritto dalla naturale sfera dell'esistenza umana in una sfera infinitamente superiore, alla quale non possono giungere le umane condizioni sublunari. Quindi il diritto è tolto, propriamente parlando, all'umanità. In secondo luogo, dichiarando, come egli fa, lo stato mezzo al cielo, sconosce e scema il fine che l'uomo deve compiere sulla terra. Anzichè avere cittadini operosi, le cui forze sieno indirizzate alla perfezione civile, si hanno cittadini non curanti della presente vita terrena e unicamente contemplativi. Inoltre fa lo stato mancipio della chiesa; e sconosce che il fine della chiesa e il fine dello stato, essendo pressochè opposti, non si possono accordare. È infatti contraddizione subordinare lo stato alla chiesa dacchè il temporale non ha rapporti necessarii collo spirituale, come il tempo non ha alcun rapporto coll'eternità. In fine sant'Agostino confonde tutti i rapporti della vita; i morali e religiosi sono per lui un tutt'uno coi giuridici.

Il disprezzo del mondo induce a sconoscere il valore di molti atti che, essendo buoni e virtuosi, meritano la stima del cristiano. Pur lo stato, per quanto si trovi in condizioni basse, sregolate e infelici, non merita tutto il disprezzo dei religiosi. Esso essendo opera della provvidenza, come pure sostiene sant'Agostino, non si capisce come non abbia un alto significato.

Malgrado ciò sant'Agostino cominciò in qualche modo a costruire la storia del mondo. Ed è perciò che taluno <sup>1</sup> vede in lui quasi il primo fondatore della

<sup>1</sup> Augusto Conti. *Storia della Filosofia*.



filosofia della storia. Dai fatti particolari egli sale ai fatti più generali, come laddove osserva che nei giuochi fanciulleschi dalle noci, dalle palle e dai passeri, si va poi all'oro, ai poderi ed agli schiavi; dai pedagoghi e dai maestri ai prefetti ed ai re; e dalla sferza a maggiori supplizi.

Quantunque dalla costruzione della storia di sant'Agostino alla filosofia della storia passi molta differenza, pur nondimeno egli ha in qualche modo schiusa la via a introdurre nella scienza l'elemento storico, il quale è l'unico mezzo termine che possa conciliare l'idea platonica e la natura aristotelica. Ma non puossi punto ritenere che colla filosofia teocratica del diritto l'elemento storico abbia raggiunto il grado di scienza. È questo non più che un lontano preludio che esiste nella natura delle cose, non un principio consapevolmente posto e scientificamente dimostrato. Innanzi di pervenire alla dimostrazione scientifica del principio storico facea mestieri un lungo e generale svolgimento della vita e del diritto. Il perchè solo ai tempi nostri la storia acquistò carattere di scienza.

Ragione, natura e storia sono i tre sommi fattori della scienza filosofica del diritto: i quali risultano dalla stessa natura individuale dell'uomo. Imperocchè l'uomo è insieme essere naturale (organico e sensibile); essere razionale (intelligente e riflessivo); essere sociale e storico (volente ed operante). L'unità essenziale ed intrinseca dei tre elementi risulta dalla stessa assoluta unità vivente e indivisibile dell'uomo. Perciò niun sistema scientifico può raggiungere perfezione alcuna se tutte non comprende queste tre manifestazioni essenziali. In vero l'una suppone l'altra e tutte inseparabilmente



si legano in un solo e medesimo concetto. È inconcepibile il principio ideale senza che esso s'incarni in un obbietto naturale o storico. È inconcepibile il fatto umano senza un fondamento nella natura, dacchè le istituzioni giuridiche p. es. il matrimonio, la proprietà, la patria potestà s'incardinano sulla natura, dalla quale ricevono contenuto e determinazione. Infine è inconcepibile nell'uomo la natura senza la ragione, la quale è la condizione prima e fondamentale, il vero principio universale dell'esistenza di ogni diritto. La ragione mostra e consacra certi diritti inviolabili; p. es. il diritto dell'accusato alla difesa; come la volontà diviene fonte di diritti nei contratti. L'atto dell'uomo può essere dunque causa di diritti e di obbligazioni, quanto la natura e la ragione.

La storia che è il portato delle azioni e delle manifestazioni della volontà forma il campo necessario in cui lo spirito svolge e realizza la propria destinazione in continuazione alla natura e in armonia alla ragione. La natura è il fondamento della storia, come la ragione ne è il coronamento. Però ragione, natura e storia sono elementi che s'intrecciano e costituiscono il tutto generale dell'umanità e della scienza.

Se non che non tutti i principii di nostra ragione ricadono nel dominio della filosofia del diritto: ve ne ha di etici, di teologici, di metafisici. Eziandio nella natura umana non v'ha soltanto la legge natural giuridica, ma anco la legge natural morale. Da ultimo pur nella storia vi sono fatti d'indole aliena dal diritto. Bisogna dunque istituire le basi essenziali della filosofia del diritto colle idee sostanzialmente giuridiche,



colla legge natural giuridica e coll' ordine dei fatti umani solamente giuridici.

Codesto fu adombrato in parte da san Tommaso, nel cui sistema si comincia a vedere qualche possibilità della coesistenza dei tre elementi, non che un certo presentimento delle due leggi naturali, l'etica e la giuridica. Mentre prima di lui fu preso esclusivamente un solo elemento o l'idea, o la natura, o il fatto storico nel senso cristiano; egli sembra raccogliere alquanto i tre elementi e riunirli in un solo concetto. Imperocchè assume ad un tempo la legge di natura di Aristotile, certi principii ideali di Platone e in particolare il fatto storico della caduta dell'uomo e dell'avvenimento del cristianesimo <sup>1</sup>. Inoltre presegna in qualche modo la distinzione della morale e del diritto.

Egli pone tre ordini di leggi: la legge eterna; la legge naturale; e la legge umana. La prima è la ragione che governa il mondo e risiede in Dio sovrano dell'universo. La seconda è una partecipazione della legge eterna fatta alle creature ragionevoli. La terza è un'applicazione della legge naturale. Quest'ultima risolvendosi nella legge naturale, rimangono le due prime, che sono veramente distinte e diverse.

La legge eterna o divina comprende il decalogo, legge antica; e l'evangelo, legge nuova; rivelate al genere umano per condurlo al suo ultimo fine, ch'esso non potrebbe raggiungere col solo ajuto della legge naturale. La legge eterna è necessaria all'uomo perchè la legge naturale non basta a guidarlo alla sua destinazione oltremondana, che è la visione immediata di

<sup>1</sup> V. *Summa* e *De Regimine Principum*.



Dio, la felicità paradisiaca. Inoltre è necessaria perchè i giudizi dell'uomo, senza quella legge, sarebbero incerti e fallibili. Finalmente perchè la legge umana non può punire tutte le trasgressioni perscrivendo essa soltanto le azioni esteriori.

La legge eterna che risiede in Dio corrisponde alle idee eterne che Platone fa risalire, meno immediatamente, a Dio: e questo è un rapporto tra l'aquinate e l'ateniese. Altro rapporto è che l'uno e l'altro vogliono il predominio della regola assoluta della giustizia ch'essi ripongono fuori e sopra della natura e della storia; con la differenza che il primo la ripone nella ragione, il secondo nelle idee fuori dello spirito. Per l'aquinate la legge non è il portato del legislatore, bensì deve essere regola e misura degli atti umani; e questa regola non esiste altrove che nella ragione: alla quale, secondo che si conformano o no le leggi, esse sono giuste od ingiuste. Il rapporto poi tra san Tommaso e Aristotile è molto maggiore e lo si vede manifestamente nella legge naturale, la quale dallo stagirita fu trasmessa al medio evo. In quanto alla scienza divina, le sacre scritture e l'oracolo della chiesa sono per san Tommaso, supremi criterii di verità. In quanto alla scienza umana, Aristotile è per lui l'autorità sovrana. Ha comune con Aristotile l'origine dello stato, dacchè ei pure lo fonda sul bisogno d'ajuto scambievole; quantunque non si possa basare lo stato sulle reciproche necessità degli uomini e considerarlo nello stesso tempo teocraticamente, come un vicariato di Dio. Egli profitto grandemente delle vedute di Aristotile e alcunchè del processo ascensivo con cui lo stagirita va dalla natura all'umanità. Nella gerarchia



dei poteri e' pone quello dell'uomo sui bruti e sulle cose; quello dei principi sugli uomini; e quello della chiesa sui principi <sup>1</sup>.

Per san Tommaso, come per Aristotile, la legge positiva non fa che ripetere la legge naturale. Secondo Aristotile, la legge scritta istituisce la patria potestà perchè è conforme a natura che il figlio sottostia ai parenti finchè non è pervenuto ad una età adulta. Del pari per san Tommaso la legge umana, vietando il furto oppure l'omicidio, dichiara un precetto della legge naturale: la stessa legge umana, punendo, ordina che la legge naturale sia eseguita.

Dove san Tommaso si scosta da Aristotile si avvicina a Platone. Per san Tommaso la natura fisica e morale dell'uomo è subordinata ad un ordine soprannaturale. Egli inculca bensì, ancor più di sant'Agostino, obbedienza alla legge umana che governa gli stati, ma non le attribuisce altra autorità che quella che deriva dalla legge naturale, la quale è per lui una emanazione diretta di Dio. La legge naturale si trova in Aristotile, ma la derivazione di essa da Dio è più particolarmente un concetto di Platone. Aristotile derivava la legge naturale dagli istinti e dalla realtà vivente, san Tommaso invece dalla ragione. La stessa legge positiva è una ordinazione della ragione intesa al bene comune. Così san Tommaso si lega ad Aristotile e a Platone, quantunque tutto il suo sistema sia cristiano e però informato al sovrannaturale.

La legge naturale da lui posta non è esplicitamente la giuridica, bensì la morale. Perciò egli non fa distin-

<sup>1</sup> *De Regimine Principum.*



zione tra morale e diritto. Se non che prende il diritto dal solo lato positivo e da questo lato lo mette a fronte della morale. San Tommaso non ammette originariamente l'esistenza di due leggi, una morale, l'altra giuridica, le quali sieno il modello delle azioni libere virtuose e delle azioni obbligatorie e coercibili. Invece ammette l'esistenza della sola legge natural morale, la quale è il tipo a cui deve conformarsi la legge positiva. Ogni legge positiva non è per lui che l'emanazione della legge natural morale, e non è giusta se non in quanto è tale. Quindi egli rapporta le azioni giuridiche al tipo etico e ammette l'identità del principio etico e del principio giuridico. Se non che riconosce poi che la legge positiva non può comprendere tutta quanta la legge naturale, e limitò il diritto positivo ad una sola parte della legge morale; per cui questa si trova soltanto parzialmente sancita nelle leggi positive.

Donde si vede che se san Tommaso non conobbe l'esistenza delle due leggi, ne ebbe peraltro qualche presentimento, gittò il primo seme nel campo fecondo delle due scienze, morale e giuridica. Fra le umane virtù egli pone come principale la *Giustizia*, la quale per lui consiste nel rendere a ciascuno il suo diritto con egualità per tutti. Carattere specifico della giustizia è che essa riguarda e comprende soltanto le azioni verso gli altri e non le azioni verso sè stesso; e perciò essa non si occupa punto dell'intenzione ed ha per oggetto le azioni esterne non le interne e quindi non comprende le passioni dell'animo.

Il diritto dunque comprende le azioni esterne, la morale le azioni interne. Quest'è la differenza fonda-



mentale tra il diritto e la morale. Puossi perciò considerare san Tommaso come il precursore delle due leggi morale e giuridica, abbenchè egli abbia pur sempre considerato il diritto come mera estrinsecazione della virtù, come un oggetto della morale, anzichè qual legge naturale propria sussistente da sè, fornita di un complesso di norme e di precetti particolari sufficienti a governare la vita umana.

Per san Tommaso come per sant' Agostino lo stato è una conseguenza della caduta dell'uomo. La degenerazione dell'umanità pel fatto del peccato pesa sulla nostra specie come una fatalità. In fondo il sistema di san Tommaso è quello di sant' Agostino e di tutti i padri della chiesa. Anche san Tommaso riguarda come parte della religione i diritti temporali del chiericato: anch'egli vuole, come sant' Agostino, che gli eretici sieno puniti. Dichiarava che la sentenza della chiesa toglie autorità al principe infedele; che la gerarchia cattolica può intromettersi nelle cose temporali; che nel papa si congiungono le due potestà, delle quali è capo supremo. Tutto ciò san Tommaso afferma come opinione generale e quasi moda del secolo, senza passione, nè insistenza. Nondimeno san Tommaso gitta i semi di un sistema liberale.

E anzi tutto: la degenerazione dell'umanità pel peccato d'origine pesa su noi come un destino irrevocabile? San Tommaso non si pronuncia direttamente se avranno termine quelle dominazioni che sono contrarie alla natura non corrotta. Ma egli viene a porre che le servitù degli individui e delle nazioni sono effetti di una corruzione della natura umana senza stabilire che questa corruzione sia una condizione neces-



saria della società. Il perchè la società migliorando e perfezionandosi storicamente può forse riparare alla corruzione.

Alla domanda; se l'uomo fosse nello stato di innocenza ci sarebbero nel mondo le signorie e i regni? Egli viene rispondendo che le signorie dispotiche, le servitù, i mali, la diminuzione della libertà sono effetti del peccato: ma non pare che dica altrettanto della giusta autorità sovrana. Per lui, lo stato soltanto nelle sue imperfezioni è l'effetto della caduta dell'uomo.

San Paolo diceva — *omnis potestas a Deo est* — onde tutti i governi erano legittimi. San Tommaso invece riconosce da Dio soltanto i buoni governi. I sudditi possono disobbedire alle potestà abusive nei casi estremi. Si può togliere il potere ai sovrani che ne abusino come si può togliere la vita in certi casi agli uomini, quantunque la vita come la sovranità sia data da Dio. Sarà dunque lecito uccidere il tiranno? San Tommaso non si pronuncia esplicitamente. In quella vece indica chiaramente i mezzi onde prevenire la tirannide, i quali consistono nella scelta di un principe buono, nella rimozione di tutte le occasioni di abusare del potere, nel temperamento dell'autorità del principe in guisa che desso non possa degenerare in tiranno. Donde si vede ch'egli preferiva la monarchia elettiva alla costituzionale, della quale non aveva nessuna idea: tuttochè nella *Summa* si trovi in qualche modo, secondo alcuni, l'embrione della costituzione poichè egli stima conveniente e saggia cosa che tutti i sudditi abbiano qualche partecipazione alla sovranità. Se non che codesta partecipazione alla sovranità non adombra la monarchia costituzionale, bensì si riferisce alla monar-



chia elettiva; però che san Tommaso si fa la domanda: se sia più utile il governo di uno o di più e risponde di uno. Sinanche egli non vuole che si consigli il monarca come non si deve consigliare il medico nelle sue ordinazioni. Onde riesce chiaro che san Tommaso non uscì dal monarcato assoluto.

Non pertanto egli ha lasciato l'appiccio alla questione, che in seguito i teologi cattolici, tutti quali più quali meno discepoli di lui, hanno trattato nelle scuole: se cioè la legge, perchè sia autorevole, debba essere acconsentita dai sudditi. La questione fu molto dibattuta e alcuni autorevoli si pronunciarono per l'affermativa. Costoro portavano opinione che i reggitori dello stato derivassero la loro potestà dal popolo e quindi fosse verosimile che esso la avesse conferita loro sotto quella condizione. Taluno sinanche aggiungeva che la società civile è superiore al principe in ciò che spetta all'esercizio della potestà sovrana. Tale altro osservava che i reggitori dello stato non possono far leggi che sieno contrarie al bene comune e che l'opposizione di tutti o di molti dimostra che la legge non è opportuna perchè trarrebbe seco piuttosto perturbazione che vantaggio. La questione fu poscia tolta nel 1659 da papa Alessandro VII, il quale condannò la proposizione che dichiara necessario alla validità della legge il consenso dei sudditi. Intanto questi pensieri che conducono direttamente alla monarchia costituzionale e alla sovranità nazionale originarono da san Tommaso, il cui vasto genio non poteva chiudersi del tutto nel medio evo. Egli pertanto segnò dei progressi notevoli di diritto pubblico in quanto fece prevalere il diritto della ragione o della natura sulla legge umana e rivendicò alla



moltitudine sociale il diritto di insorgere contro le tiranniche signorie <sup>1</sup>. Pensiero nuovo di san Tommaso è ch'egli fa giudicare il sovrano dal popolo, perocchè sottopone la legge umana alla legge naturale e la legge naturale all'apprezzamento della coscienza dell'uomo e del cittadino. Donde segue che la legge naturale, che è l'anima informatrice delle leggi positive, si rivela alla coscienza generale e tutti ponno conoscere e giudicare se le leggi che il principe promulga sieno conformi alla legge naturale. Egli impugna quella massima del despotismo: *quod principi placet legis habet vigorem*.

Intanto colla filosofia teocratica del diritto si presenta un nuovo principio: il *governo divino nella storia*. Il che vuol dire che nella storia vi ha una intelligenza che la informa e la dirige, vi ha un fine a cui essa è indirizzata. La provvidenza divina nelle istituzioni e negli avvenimenti dimostra che la storia non è una casuale vicissitudine e un accozzamento di fatti, un cumulo di meri accidenti senza alcun valore, ma un corpo e un sistema retto e governato da una potenza superiore, autrice e regolatrice del mondo delle idee e del mondo della natura. Qui la storia comincia a presentarsi come un altro tutto aggiunto all'idea e alla natura. Fu questo il primo passo necessario per indi progredire nella conoscenza scientifica e positiva della storia. Non importa che nella storia siasi posto l'intervento attivo della provvidenza divina. Pur la natura fu dapprima divina; ma in progresso di tempo, eliminato il potere sovranaturale immediato e

<sup>1</sup> San Tommaso consigliava ai popoli di raccomandarsi a Dio ove fossero in tali condizioni infelici da non poter insorgere vittoriosamente.



diretto, apparve retta da un ordine assoluto essenzialmente a lei intrinseco. Del pari la storia divenne un corpo retto da leggi proprie, da un ordine provvidenziale ad essa intrinseco. Iddio rimane pur sempre il supremo autore e il sovrano dell'universo; ma anzichè intervenire colla sua immediata azione in ogni e singolo fatto della storia, della natura e dello spirito, ha fornito in origine questi tre enti di leggi assolute proprie, conforme alle quali i medesimi esistono e si svolgono. Ogni movimento e progresso nell'umanità e nella natura non è più da ricercarsi in Dio e nelle immediate manifestazioni della sua volontà, ma da studiarsi nelle stesse leggi che governano l'umanità e il mondo. Così si perviene ad una cognizione scientifica e concreta dell'uomo e del cosmo. Ora, questa, per così dire, naturalizzazione della storia ha cominciato dopo il medio evo.

Due grandi principii informarono la vita e la scienza del medio evo: il principio aristotelico e il principio cristiano. Aristotile faceva autorità in tutto ciò cui l'uomo colle proprie facoltà può arrivare. In tutto il resto che si riferiva alla rivelazione, che non si poteva conoscere senza la grazia divina, il dogma cristiano era supremo criterio di verità. Si distinse la virtù terrena dalla celeste in armonia al temporale e allo spirituale. La virtù terrena si conosce colla ragione, e però si può conseguire da ognuno; forma quel bene che entra nella sfera dello stato. Aristotile in questa è competente. Ma la virtù celeste non si può conoscere che colla rivelazione e per via della grazia divina: e questa entra nella sfera della chiesa, alla quale Aristotile è profano. La virtù celeste è neces-



saria all'uomo; quindi il culto cristiano è un ufficio dello stato.

Per accordare questi due principii che sembrano tra loro poco conciliabili perchè Aristotile era pagano, introdotta che fu la distinzione tra il temporale e lo spirituale, ad Aristotile fu assegnata la sfera del temporale mentre lo spirituale rimase di competenza del principio cristiano. Fu inoltre scemata l'autorità di Aristotile su alcuni principii segnatamente sulle forme politiche dello stato. Invece della forma politica aristotelica fu adottata la monarchia assoluta. E questa forma assoluta era una conseguenza logica del principio cristiano. Imperocchè dall'unità di Dio in cielo ne seguiva l'unità del principe in terra: dal monoteismo la monarchia universale <sup>1</sup>.

Secondo i principii dominanti del medio evo, Iddio ha posto due spade, la spirituale e la temporale, l'una in potere del papa, l'altra dell'imperatore. Iddio per mezzo di quelle due spade governa non solo la cristianità, ma il mondo intero perchè il vero Dio ha potere su tutti anco su quelli che nol conoscono. Da ciò la piena giustificazione della signoria papale e imperiale sui popoli non per anco convertiti alla fede cristiana. Le due spade avendo un fine, se non opposto, almeno diverso, perchè l'una volge alla vita celeste mentre l'altra si arresta alla vita terrena, non potevano procedere di conserva. Di qui la lotta tra i papi e gli imperatori: lotta che diede luogo al formarsi di un forte partito cattolico che sostenne essere il potere del papa superiore a quello degli imperatori perchè

<sup>1</sup> Questo vedesi in Dante. *De Monarchia*.



lo spirituale sovrasta al temporale, come l'eterno al caduco. Si andò anche più oltre; si volle che il potere temporale degli imperatori derivasse dal papa; il quale è l'assoluto capo del mondo cristiano e gli imperatori ne sono le braccia. Quindi i re ricevettero ogni loro potere dal papa.

Il medio evo intende lo stato secondo il concetto di sant'Agostino, con la differenza che mentre per sant'Agostino lo stato è un puro interesse mondano, pel medio evo è più particolarmente un'opera divina; e il potere di reggere gli stati e di amministrare la giustizia è conferito da Dio. Del resto anche pel medio evo lo stato è una conseguenza del peccato.

I due principii l'aristotelico e il cristiano erano nel medio evo i due fattori, anzi i due grandi dittatori, uno della scienza, l'altro della coscienza. Ma mentre questi due principii informavano lo spirito generale, in sul termine di quella buja età cominciava a formarsi lo spirito dell'epoca moderna. Nell'ordine politico e religioso sorsero nuovi pensieri che condussero alla riforma e allo sviluppo moderno.

San Tommaso e Dante aveano posti alcuni rudimentali principii, i quali quantunque non alterassero il sistema del medio evo, pur nondimeno precorreato il sorgimento di nuove idee e in certo qual modo presentarono a quelle l'appicco. Il principio politico di san Tommaso sviluppato nelle sue logiche ultime conseguenze condurre dovea alla sovranità del corpo sociale. Dante dichiarò che i reggitori sono fatti pel popolo, non il popolo pei reggitori. Questa semplice idea comincia a capovolgere il passato, e a dimostrare che, contrariamente a Platone, la legge esiste per l'uomo,



non l'uomo per la legge; che lo stato esiste pei cittadini, non i cittadini per lo stato. Per cui le moltitudini sociali cominciano ad avere significato e valore. Oltre a ciò Dante esordisce, almeno in preludio, la separazione dei due enti, chiesa e stato. Mentre in prima il potere spirituale assorbiva il potere temporale ed egli solo era fortemente costituito e dotato di principii e argomenti per sostenersi; in seguito anche il potere temporale acquistò armi scientifiche sue proprie per opporsi all'invadente supremazia dello spirituale. Accanto al partito della chiesa si formò il partito dell'impero. Si sostenne che i due ordini, lo spirituale e il temporale, sono affatto diversi e l'uno dall'altro indipendenti; e però che non hanno in natura alcun necessario rapporto di superiorità e di obbedienza. Questo concetto, che spinto alle sue estreme conseguenze conduce alla odierna separazione della chiesa e dello stato, si trova decisamente formulato da Guglielmo Occam, e da Dante presentito. In Dante la chiesa e lo stato porgono un principio di separazione, la quale egli fonda sulla diversa natura dei due fini umani, il transitorio e l'eterno. Riconosce egli bensì che lo stato riceve dallo spirituale la grazia per via della benedizione del papa; ma non fa ripetere al pos tutto il potere temporale dell'imperatore dal papa, e solo l'imperatore deve al papa lo stesso omaggio che il figlio al padre.

Alla Riforma poi spettava di esordire quel movimento dello spirito che condusse alla distruzione del principio teocratico nel governo degli stati ed all'affrancamento della scienza da ogni esterna autorità. Allorchè l'umana società usciva dalla notte cimmeria del



medio evo, egregi intelletti hanno proclamato talune verità che prepararono i tempi moderni. Fu insegnato il diritto alla resistenza contro il potere tirannico, non che il diritto al libero esame in materia religiosa. Cosicchè venne scossa dalle fondamenta l'autorità religiosa e politica.

La Riforma segna l'albore dei tempi moderni; inizia l'era da cui data quel movimento del pensiero umano, che attraverso un lungo seguito di guerre, di rivoluzioni e di catastrofi spinse il mondo verso un novello stato politico e sociale. Costantinopoli soccombeva ai colpi di Maometto II; un mondo nuovo si scopriva, l'America; la stampa facea scorrere in tutta Europa il torrente delle idee. In questo mentre apparve Lutero, il quale armato del libero esame attacca la supremazia papale e proclama l'affrancamento religioso dell'uomo. Per altro quel fiero avversario dell'autorità religiosa predicava poi in materia politica l'obbedienza passiva al potere temporale e santificava il despotismo dei principi colla teorica del diritto divino. Se non che una volta posto il principio del libero esame, inevitabile ne era l'applicazione anco nell'ordine politico.

La presentita distinzione dei due regni, lo spirituale e il temporale, fu pienamente sviluppata dalla riforma, sino al punto da negarsi che l'incoronazione del papa avesse fatto di Carlo Magno un imperatore. Si asserì in quella vece che Carlo Magno divenne imperatore per la volontà del popolo.

Scossa la teocrazia e l'autorità esterna del medio evo, lo spirito umano si trovò schiusa la via alla libera conoscenza delle cose. Non più l'autorità di Aristotile nella scienza; non più i tanti legami alla libera potenza



dello spirito. D'indi in poi quel movimento indipendente del pensiero che finì col non saper riposare in altra fede fuorchè in quella del vero conosciuto chiaramente per via dell'intelletto. Donde il sistema di Cartesio e più tardi di Kant, sistema che fece del pensiero il contenuto del pensiero, che perscrutò a fondo la conoscenza, che spiegò un'alta potenza intellettuale e che, malgrado i suoi errori, conferì all'intelligenza umana una vita interiore ed autonoma, approfondì ed irradiò tutt'intorno la coscienza dell'io.

Mentre nel medio evo l'intelletto umano non bastava a sè stesso ed avea d'uopo dell'autorità esterna e della rivelazione soprannaturale per conoscere la verità e la giustizia, nei tempi posteriori apparve la piena sufficienza dell'intelletto. Si andò anzi tant'oltre da svincolare il pensiero dall'esperienza esterna, considerando la ragione non solo come la facoltà e la forma del conoscere, ma anche come la materia della cognizione stessa. E in ciò si è errato grandemente. Non-dimeno cotesto valse pur sempre a sublimare l'intelletto, ad elevarlo ad un eminente grado di sviluppo e di potenza, in breve ad affrancare lo spirito. Onde si pervenne in fine a fare della ragione umana una potenza essenzialmente capace di conoscere il vero e il giusto senza uopo dell'autorità altrui, nè della grazia divina.

Secondo il medio evo tutta la vita degli stati era ordinata e retta dalla provvidenza divina non solo in via generale ma anche in particolare. Secondo la riforma invece l'ordine divino si manifesta soltanto in universale: i fatti particolari non sono ordinati da Dio. Dopo la riforma si progredì più oltre. Si imprese a separare la religione dalla morale. Mentre prima mo-



rale e religione erano unite e confuse in un solo concetto, si è dappoi dato opera a separare l'una dall'altra. Ugo Grozio assegnò alla morale una sfera propria e indipendente dalla rivelazione; abbenchè in lui l'autorità teologica fosse ancora viva, come lo dimostrano le sue continue citazioni dei libri santi. Emanuele Kant eliminò dalla morale i doveri verso Dio. Soltanto a' di nostri si va realmente e scientificamente operando tale separazione. Si riconosce ognora più che la religione, quantunque sia un bisogno ingenito dello spirito umano, non è però così strettamente legata alla vita che l'uomo non possa essere onesto, virtuoso e dabbene senz'essere ad un tempo religioso. Puossi non credere alla rivelazione divina, all'autorità della chiesa e in generale ai poteri sovranaturali e nondimeno essere costumati e morali. Per contra puossi essere dissoluti e corrotti moralmente e ad un tempo religiosamente credenti. La religione intesa nel senso di una rivelazione sovranaturale non costituisce una condizione essenziale alla vera moralità e saggezza. Questa verità ci è stata recentemente dimostrata da Terenzio Mamiani, la cui opera <sup>1</sup> in fondo tende appunto ad affrancare la morale dalla religione. Codesto affrancamento è supremamente necessario per addivenire alla completa secolarizzazione dello stato, per tórre alla teologia il poter civile, per abbattere ogni resto di teocrazia.

Se non che a perfezionare il diritto facea mestieri un altro progresso, bisognava altresì separare il diritto dalla morale. Il che fu fatto dapprima ammettendo un

<sup>1</sup> *Teorica della Chiesa e dello Stato.*



diritto in natura indipendente dalla legge morale e dimostrando la diversa essenza della morale e del diritto (Tommasio). Si sostenne sinanco, in forza della stessa tendenza emancipatrice del diritto e della morale dalla religione, che il diritto esisterebbe pur sempre ancorchè non esistesse Dio (Grozio, Leibnizio, Tommasio).

Questo movimento portò un più ricco sviluppo umano e mostra che l'uomo è divenuto, mediante l'esplicazione delle sue facoltà naturali, una potenza attiva e indipendente nel mondo. Tale movimento posteriore alla riforma, ma da lei fondato, fortificò grandemente gli ordini civili dello stato e lo spirito individuale dell'uomo. Prima della riforma la fonte di ogni diritto era Dio. Dopo, la fonte del diritto è la ragione. Iddio interviene soltanto a completare il manco della ragione: esso rimane solamente la fonte di quei diritti e di quei doveri che l'uomo non può conoscere coi lumi naturali. Si ritenne p. es. che la ragione di per sé non può dimostrare essere l'incesto contrario al diritto e che quindi bisognava in ciò ricorrere alla religione. Oggidì invece dove il diritto non basta si ricorre particolarmente alla morale, la quale più della religione s'accosta al diritto, occupando essa il posto di mezzo tra il diritto e la religione. Ove p. es. mancassero criterii per dichiarare l'adulterio contrario al diritto si ricorrerebbe alla morale. Gli è poi per questo che la morale e il diritto non sono così pienamente separabili, come il diritto e la religione. Di che è prova p. es. la revoca della donazione per causa d'ingratitude.

Nondimeno morale e diritto presentano una capitale differenza in ciò che lo stato può costringere al-



l'adempimento degli atti giuridici mentre gli atti morali sfuggono alla sua competenza ed azione.

Soltanto da Grozio in poi si fece la dimostrazione scientifica della diversa natura della morale e del diritto. Prima di Grozio la legge di natura era ad un tempo etica e giuridica: quindi il diritto si confondeva colla morale. Grozio, sulle tracce di Gentile, pose un diritto di natura diverso dalla morale, dalla religione e dal diritto positivo, come vedremo.

Ma oltre questi progressi se ne fecero altri. Intanto che la sfera giuridica si andava distinguendo dalla sfera religiosa e dalla sfera etica, nell'ordine politico cominciava ad operarsi una trasformazione verso i tempi nostri. In sul declinare del secolo XVI Giovanni Bodino d'Angers <sup>1</sup> trattava la teoria dello stato in modo che, abbandonato ogni resto di teocrazia, dal fondo delle sue idee spirava l'alito delle odierne libertà costituzionali. Si occupò delle diverse forme di governo e altresì delle diverse specie di monarchia preferendo ed encomiando la monarchia mista di elementi aristocratici e popolari. Dichiarò la sovranità superiore al potere delle leggi; in guisa che l'autorità sovrana non ha in terra giudice alcuno. Ammise implicitamente che la medesima origini e si trasmetta dal popolo. Soprattutto poi è da notarsi ciò che egli ha stabilito intorno alle leggi e alle forme di governo, che elleno, cioè, debbano corrispondere alle condizioni, ai costumi e bisogni del popolo. Con che ha in qualche modo presentata la scuola storica di Savigny, abbenchè egli pretendesse di costruire una teoria sulle origini delle uma-

<sup>1</sup> *De Republica*, 1584.



ne società pur prescindendo dalla storia — *etiam si ab historia deseramus*.

Più ancora di Bodino ha precorso la scuola germanica Bacone da Verulamio, il quale svolse la teoria delle fonti del diritto consuetudinario <sup>1</sup>. Egli ha anche posto il principio di una riforma radicale nell'indirizzo del diritto pubblico però che esso lo dichiarò la garanzia dei diritti privati. Con che lo trasformò completamente facendolo di padrone, quale era in passato, semplice custode del diritto privato. Rovesciato così il sistema dell'antichità, lo stato di fine diventa condizione e mezzo pei cittadini: e il cittadino, divenuto fine, cessa di essere immolato e assorbito dallo stato. L'individuo non è più una pietra che serve alla costruzione dell'edificio sociale, ma la base e la corona della compagine sociale, il centro delle pubbliche istituzioni. Questo concetto di Bacone, fecondo di conseguenze, fu sviluppato posteriormente e può dirsi il principio dominante degli stati odierni.

Ma sin qui la filosofia del diritto comprendeva soltanto il diritto politico ed era piuttosto una scienza dello stato. Con Ugo Grozio divenne scienza più speciale e cominciò ad esservi compreso anche il diritto privato. L'italiano Alberico Gentile, giureconsulto del secolo XVI, fece un primo passo. Tentò egli di distinguere il principio giuridico dal principio morale e religioso <sup>2</sup>. Per questo si meritò da taluni fama di fondatore del diritto naturale. Ma il suo tentativo, circoscritto all'oggetto speciale del diritto delle genti, fu

<sup>1</sup> *De augmentis scientiarum*, 1623.

<sup>2</sup> *De Jure Belli*.



imperfetto e rimase senza seguito finchè quarant'anni dopo Ugo Grozio superollo con una trattazione più sistematica, benchè ancora incompleta, della dottrina del diritto naturale.

Ugo Grozio istituì le basi del diritto delle genti, o come dicesi oggidì del diritto internazionale, dimostrando che le azioni e i rapporti degli stati fra loro sono dipendenti dal diritto e non già dall'utilità o dalla forza. Vi sono, egli dice, massime di diritto che non si fondano su leggi positive e non pertanto hanno un valore reale e generano un dovere assoluto; nè sono semplicemente desiderabili, ma necessarie e tali che sovrastanno a tutte le istituzioni e costituzioni e valgono universalmente come precetti imperativi. Gli stati sono retti da norme che mentre sono indipendenti e superiori alla sanzione delle leggi o all'estrinseca autorità del comando, sono distinte dalla politica, dalla morale ed obbligano assolutamente di per sè. La stessa guerra non può essere legittimata dall'esito della vittoria, ma solo da quelle norme. Onde Grozio imprese a dimostrare dapprima che il diritto è dato dalla natura e che non deriva dall'interesse e dall'egoismo degli stati. Questo diritto si fonda su un principio morale, il quale assolutamente e universalmente obbliga gli uomini. Dal principio etico della natura umana il diritto trae la sua forza obbligatoria.

Questo diritto che obbliga moralmente è da Grozio derivato dalla naturale socievolezza dell'uomo. Tale socievolezza non è un appetito fisico del momento, ma una tendenza generale e immanente che ha per iscopo il comune appagamento dei bisogni umani. È diritto solo ciò che è conforme alla natura socievole: tutto



il resto è contrario al diritto. Indi Grozio definisce il diritto: un dettame della retta ragione che ci fa conoscere se un'azione è moralmente onesta o disonesta secondo la convenienza o disconvenienza che essa ha colla natura ragionevole e sociale dell'uomo. Questo diritto è immutabile e però obbliga gli stati in tutti i tempi e in tutti i luoghi <sup>1</sup>.

Quantunque Grozio fondi il diritto su un principio etico, pur nondimeno il campo in cui si attua tale principio è il diritto nel vero senso. Però che egli distingue il diritto nel senso *lato* e nel senso *stretto* ed esclude il diritto in senso lato, vale a dire la morale. La quale per lui non si fonda su l'istinto della socialità, ma su l'apprezzamento intrinseco e assoluto del valore degli atti. Esclude altresì dallo stretto diritto ciò che può dirsi la virtù e la prudenza degli stati. Quindi e' procede nel campo del diritto alla inviolabilità della proprietà, all'esecuzione dei contratti, al risarcimento e alla pena. Questi istituti di diritto ei li considera quai condizioni fondamentali del consorzio civile. Così Grozio introdusse nella filosofia del diritto un elemento essenziale, vo' dire il diritto privato che mancava nei tempi anteriori. Secondo Grozio vi fu un tempo in cui la proprietà era comune a tutti. In seguito essa fu divisa per effetto di un contratto. Dal contratto del diritto privato va al contratto sociale. Reputa precetto di diritto naturale l'obbligo di mantenere i patti, perchè la civile convivenza degli uomini non è possibile senza una reciproca e costante obbligazione fra loro; e tale obbligazione non può essere altra che

<sup>1</sup> *De Jure Belli et Pacis*, 1625.



il patto. Perciò gli individui viventi in società sono tenuti a riconoscere che eglino promisero espressamente o tacitamente obbedienza alla maggioranza oppure alla potestà imperante. Dal contratto ossia dal consenso che può essere espresso o tacito, Grozio origina il fondamento del diritto così privato che pubblico. Qui vedesi il primo germe del contratto sociale di Locke e di Rousseau.

Secondo Grozio lo stato è la perfetta comunione d'uomini liberi, che colla loro unione ordinata e pacifica attuano la legge di natura. Esso perciò si distingue dal principe e forma il soggetto di tutte le relazioni giuridiche e delle pubbliche potestà. Per la qual cosa rimane sempre il medesimo e i suoi diritti e doveri perdurano, quali che sieno le vicende dei governanti, delle dinastie e delle stesse forme di governo. Donde l'immortalità degli stati. Scopo di ogni stato è il soddisfacimento comune dei cittadini ossia il bene pubblico, il quale forma la norma che sovrasta a tutti i diritti individuali. Da ciò il diritto eminente dello stato; quindi p. es. il diritto di espropriazione.

Gli atti legittimi di un sovrano obbligano il successore; e questa obbligazione non deriva tanto dalla istituzione in sè stessa quanto dalla sua medesimezza colla vita del popolo. Il principio costitutivo dello stato si identifica col popolo stesso quando l'associazione politica sia pienamente esplicita. L'obbligazione che ha il successore del trono dipende da ciò che il principe è il rappresentante del popolo e come tale co' suoi atti obbliga il popolo. Ma il popolo in fondo è sempre il soggetto del potere supremo.

Negli stati democratici il popolo è il pieno e asso-



luto soggetto di ogni potestà: negli stati monarchici non è tale nell'esercizio, ma solo potenzialmente. Onde il potere viene in origine dal popolo, ma l'esercizio non gli compete se non quando venisse ad estinguersi la famiglia regnante. Qui si nasconde il principio della sovranità popolare: ma Grozio non lo sviluppa; anzi lo sopprime. Imperocchè impugna espressamente la supremazia dei popoli sui re; e inoltre ammette che il principe riceva per trasmissione del popolo il potere, e per trasmissione piena e irrevocabile: di modo che il popolo per un atto della propria volontà si assoggetta per sempre al re. Egli parla benanco della sovranità del popolo, ma sempre della sovranità puramente virtuale, mentre quella del principe è reale; e come tale viene ad essere effettivamente superiore alla virtuale o potenziale del popolo.

Grozio dopo aver considerato lo stato come l'effetto dell'istinto naturale della socievolezza lo considera altresì quasi l'effetto di un contratto, non necessario, bensì libero degli uomini, non altrimenti di una stipulazione privata. Inoltre egli ammette che un popolo al pari di un individuo possa alienare la propria naturale libertà. In forza di questi principii riconosce due categorie di stati, patrimoniali e usufruttuali. Per patrimoniali intende quelli che il principe acquista per mezzo di armi, di compera, di trattati, di eredità. Per usufruttuali quelli che il principe ha dalla elezione del popolo. La conquista o la guerra è un modo di acquisto degli stati patrimoniali, che si fonda sul contratto tacito. Chi resta vinto consente implicitamente di darsi al vincitore <sup>1</sup>. Gli stati patrimoniali, in cui il potere

<sup>1</sup> Vedi nelle prime pagine del *Contratto Sociale* di G. G. Rous-



esiste puramente in vantaggio del principe, sono egualmente legittimi degli stati usufruttuali in cui il potere esiste nell'interesse e pel bene del popolo.

Ugo Grozio ha non solamente dato pel primo una forma scientifica al diritto naturale, ma ha eziandio aggiunto due grandi progressi: uno al diritto politico, l'altro al diritto civile. Nel diritto politico ha stabilito il principio che l'uomo nasce libero: in ciò egli ha riformato il sistema platonico ed aristotelico e in generale tutta l'antichità. Secondo la quale, gli uomini per legge di natura nascevano alcuni liberi, altri schiavi. Con Grozio invece tutti gli uomini nascono liberi. Quest'è un vero immenso progresso. Ma egli poi aggiunse che come un individuo, tuttochè libero per natura, può di sua volontà costituirsi schiavo d'un altro; del pari può un popolo alienare la propria libertà e darsi a un re. Quest'è una contraddizione poichè se l'uomo è libero per natura non può farsi schiavo che contro natura. Inoltre se l'uomo è nato, come pone Grozio, per la società e se la società forma il mezzo dell'appagamento dei bisogni e desiderii di tutti, in una parola, del bene comune, ogni potere che non serva a questo bene comune è contrario al vero fine della società. Ora se individui e popoli interi possono divenire schiavi di un principe, essi esistono pel bene particolare del principe, non questi pel bene generale della società. Costesta contraddizione menò Grozio a distruggere le naturali conseguenze del suo principio della sovranità del popolo. Secondo lui, il popolo è il fondamento gene-

seau una stringente ed eloquentissima confutazione contro Grozio di questo preteso diritto di schiavitù in guerra.



rale di tutti i pubblici poteri e il principe ne è l'organo particolare, nella stessa maniera che tutto il corpo dell'uomo concorre a formare il soggetto che vede, benchè il particolare soggetto della vista sia l'occhio (Stahl). Ma come l'organo particolare che riceve l'essere e la vita dal tutto può sopprimere il tutto e nonostante esistere, anzi conseguire maggiore energia e potenza? Le contraddizioni di Grozio per altro non tolgono il progresso ch'egli ha realmente segnato stabilendo il principio che *l'uomo nasce libero*.

Oltre questo progresso nell'ordine politico, ne ha segnato un altro nell'ordine civile, vo' dire la validità dei patti, quantunque pur sempre egli non abbia stabilito il limite entro cui soltanto i contratti obbligano. Non ha veduto la contraddizione che giace nella illimitata libertà di stipulare patti. Appunto perchè l'uomo è libero gli è assurdo e contraddittorio che in virtù di un atto della sua libertà possa alienare la propria libertà e vendersi o donarsi ad un altro. Il limite all'esercizio degli atti della libertà è appunto dove la libertà cessa di essere tale e diventa schiavitù. Gli è come se un cittadino in virtù del principio della tolleranza e del rispetto delle opinioni volesse farsi intollerante. Non è egli vero che questi concetti si escludono, libertà e schiavitù, tolleranza e intolleranza? La teoria di Grozio per questo lato altro non è che il nascimento e il suicidio della libertà. Appena nata la libertà, ei la spegne. Nondimeno la scienza filosofica del diritto ha dall'olandese Grozio ereditato il principio della forza obbligatoria dei contratti.

Con Grozio intanto il diritto naturale divenne una scienza a sè. Alla metà del secolo XVII cessò di es-



sere trattato confusamente colla teologia morale. La prima cattedra di diritto naturale fu eretta in Eidelberg nel 1661: e il primo a insegnarlo fu Puffendorfio.

Puffendorfio ha <sup>1</sup>, almeno nella forma esterna, sviluppato i principii di Grozio e quindi diffuso e in qualche modo perfezionato il sistema della sociabilità. Egli indaga quale sia il fine dell'umana società; e lo trova nella conservazione e nel perfezionamento dell'associazione degli uomini; in virtù di che l'associazione diviene sempre più intima e più compiuta, tende ognora più ad aggrandirsi e ad abbracciare l'umanità intera. Questo essendo il fine della società, segue che tutto ciò che conduce a questo fine è buono e giusto; e che da esso si possono dedurre tutti i doveri che reggono le relazioni degli uomini fra loro. Quest'è il principio fondamentale di Puffendorfio che si trova in Grozio.

Grozio ha fondato il diritto sulla natura nella guisa aristotelica. Ma Aristotile prese la natura come potenza generale; dovechè Grozio mosse dal particolare istinto della socievolezza. Egli ha cominciato a concretare Aristotile. Non basta la intuizione generale della natura: fa d'uopo particolarizzare gli attributi della medesima e conoscerne le singole forze e i singoli istinti. Perciò Grozio ha segnato un progresso su Aristotile in quanto che dalla sintesi generale procedette all'analisi particolare. Egli è come il fisiologo che dopo avere in generale osservato la vita di un organismo imprende a studiare un organo determinato per vedere, se fia possibile, come la vita si formi e funzioni. Perciò pure

<sup>1</sup> *De Jure naturae*, 1672. — *De Officio hominis et civis*, 1693.



Grozio ha iniziato un sistema di analisi che fu poscia continuato da altri cultori del diritto naturale, i quali assunsero a origine e base del diritto altri istinti. E così si fece successivamente l'esame dei molti istinti e attributi della natura umana. Onde si pervenne alla sintesi del tutto attraverso lo studio e l'analisi delle parti <sup>1</sup>.

Nello stesso modo che Grozio assunse come fondamento del diritto l'istinto sociale, Hobbes assunse quello della paura, Bentham quello dell'utilità, Smith del sentimento, altri d'altri istinti. Per cui questi particolari istinti, presi l'uno dopo l'altro, fecero più positivamente e più compiutamente conoscere la natura e valsero a integrare la base del diritto. Non è più un primo e vago sentimento generale dell'esistenza della natura che basta a istituire il fondamento del diritto; ma una cognizione scientifica della natura studiata in tutti i suoi istinti, in tutte le sue facoltà e in tutti i suoi rapporti; non altrimenti che a conoscere e ordinare lo stato non basta alla guisa degli antichi la generica notizia del tutto sociale, ma abbisogna la particolare conoscenza delle parti che lo compongono, vo' dire delle facoltà, degli attributi, delle attitudini, dei bisogni e interessi dei cittadini.

I diversi sistemi adunque che si succedettero dopo Grozio doveano fare meglio conoscere la natura umana

<sup>1</sup> Ugo Grozio è generalmente posto fra gli autori che esplicano il principio razionale. Io invece lo colloco nella direzione di Aristotile perchè la socievolezza è piuttosto un istinto di natura che un principio di ragione. Del resto Grozio partecipa puranco, come è facile vedere, della direzione razionale pura.



e dare al diritto un fondamento più compiuto. La più recente formola infatti della filosofia del diritto non è che il diritto si fondi su questo o quell'istinto, ma sul complesso degli istinti e delle facoltà dell'uomo. *Il diritto è la vita*; scrisse recentemente Lermnier. Ora nella vita si trovano compresi e quasi fusi tutti quanti gli attributi fondamentali della natura umana.

Hobbes contrappose all'istinto della sociabilità l'istinto della paura <sup>1</sup>. L'uomo cerca la società non pel soddisfacimento comune, ma per evitare lo stato di guerra. Non è la benevolenza per gli altri, ma l'amore di noi stessi, della nostra conservazione che ci spinge alla società. Prima di costituirsi in società l'uomo godeva di una libertà illimitata con un diritto illimitato a tutte le cose. Ma questo stesso diritto illimitato generò necessariamente il conflitto, però che tutti avendo il medesimo diritto sulle medesime cose niuno potea farne sua alcuna parte senza violare il diritto di tutti gli altri. Quindi il primitivo stato di natura fu uno stato di guerra, non già puramente accidentale e particolare, ma necessaria e universale; una guerra di tutti contro ciascuno e di ciascuno contro tutti.

Ora lo stato di guerra è uno stato deplorabile, in cui la distruzione degli uomini è una conseguenza ineluttabile. Non potendo gli uomini durare in tale stato si unirono mediante un patto, con cui assunsero l'obbligo reciproco di rinunciare alla loro illimitata naturale libertà e al loro illimitato naturale diritto su tutto per godere con sicurezza e pacificamente quello che acquisterebbero nello stato civile. Oltre il patto, gli

<sup>1</sup> *De Cive*, 1642. — *Leviathan*, 1651.



uomini in altro modo poterono abbandonare lo stato naturale di guerra reciproca e feroce; quando, cioè, un uomo forte e destro valse a stabilire su un certo numero d'uomini la propria autorità e seppe mantenerla. In tal caso lo stabilimento della società si fondò sul diritto del più forte: il quale non è meno legittimo del diritto nascente dal contratto. Avvegnachè carattere e fine della società essendo l'esistenza di un potere abbastanza forte per troncare lo stato di guerra, era indifferente che tale potere nascesse dal contratto o dalla forza, purchè fosse realmente sufficiente a fondare e mantenere in sicurezza e pace la società. E perchè il potere tale realmente fosse richiedevasi che gli uomini abdicassero alla loro volontà e al loro diritto e trasferissero ogni loro potere al sommo imperante in modo che non rimanesse loro alcun mezzo di resistere e di revocare il potere trasferito. Quindi Hobbes va dirittamente alla monarchia assoluta, come alla miglior forma di governo, dacchè essa concentrando in sè stessa tutti i poteri è necessariamente la più forte. Il potere imperante riunendo così in sè tutti i diritti e tutti i poteri degli individui è assoluto e illimitato; e perciò non vi ha alcun potere superiore a lui; ne esso può essere in alcuna guisa obbligato da leggi. I sudditi non possono tampoco giudicare gli atti della potestà sovrana. Quindi tutta la teoria di Hobbes si riduce all'assolutismo dello stato nel diritto politico; e nel diritto civile alla istituzione della proprietà per sola virtù di volontà e di legge. La legge, figlia dell'arbitrio, crea di propria autorità il mio ed il tuo, come ogni altro istituto di privato e pubblico diritto.

Il sistema di Hobbes con le conseguenze che ne



emanano naturalmente origina dalla paura continua e reciproca dello stato naturale di guerra in cui si trovano gli uomini prima dello stabilimento della società. L'esagerazione dello stato di natura e di guerra ha spinto Hobbes all'altra esagerazione di procurare la pace ad ogni costo. Per fondare la pace e la sicurezza degli uomini ha distrutto la personalità civile e politica dei cittadini. E' cadde altresì in contraddizione; però che è conforme a natura lo stato primitivo di guerra ed è ad un tempo conforme a natura lo stato civile di pace, il quale distrugge lo stato di guerra. Il diritto naturale a tutto viene distrutto dal diritto limitato a poco.

Helvezio segue davvicino Hobbes. Per lui pure l'uomo non può avere altro movente che l'egoismo, nè può proporsi altro scopo che il suo benessere. Nello stato di natura non è unito agli altri uomini da alcun legame, non è impedito nell'appagamento dei proprii istinti selvaggi; ha diritto di opporsi all'altrui felicità per aumentare la propria. Allorquando gli uomini sentirono il peso del loro isolamento e cominciarono ad unirsi in piccole società si stabilì una specie di compromesso tra tutti gli egoismi lottanti. Si istituì un capo per pacificare le differenze, per vegliare ai comuni interessi. Questa fu la prima autorità sociale. Le leggi che ne vennero ebbero di mira ciò che è conforme all'interesse del più gran numero. Questo interesse è ciò che chiamasi bene e giustizia. Gli usi e i costumi, secondo Helvezio <sup>1</sup>, hanno sempre avuto la loro sorgente nell'utilità reale o almeno apparente

<sup>1</sup> *De l'Esprit.*



del pubblico. Per lui le leggi scemano la somma della libertà e della felicità di ciascuno per assicurare la pace generale. Ciascuno consente a questa parziale rinunzia in compenso della protezione che riceve dalle leggi.

Segue da ciò che per questa dottrina non vi ha nè bene, nè male assoluto. Il furto, come dice Helvezio, non è un male se non perchè gli uomini, riunendosi in società, si sono scambievolmente guarentiti i loro beni. Ma tra i popoli, in cui non ha luogo simile convenzione, sarà dunque lecita l'invasione e la conquista? Siccome le nazioni non hanno, al pari degli individui, un potere che sia loro superiore, non è vi per esse nè giusto, nè ingiusto. È questa una conseguenza che nasce naturalmente dal principio di Helvezio.

Locke fonda la teoria del diritto prendendo l'uomo dal solo lato della sua esistenza sensibile. Pone una legge di natura, anteriore allo stato sociale fondato mediante il patto: la qual legge contiene tutto quanto si riferisce all'individuo umano: vita, libertà, sanità e proprietà. La proprietà ei la deriva dal bisogno empirico e ne spiega l'acquisto mediante il lavoro materiale. Dichiarava inviolabile la legge di natura e punibili gl'infrattori. Questo diritto punitivo si fonda sulla necessità della difesa; e prima della fondazione della società spettava ad ogni individuo; dopo, fu trasmesso alla società. Il carattere sensistico di Locke si vede dovunque. Egli tende sempre al positivo: vuole tutelato il cittadino nel suo essere sensibile e particolarmente nella proprietà, base della sua esistenza materiale.

Bentham <sup>1</sup>, più sensista di Locke, alla socievolezza

<sup>1</sup> *Introduction aux principes de la Morale e de la Legislation*, 1789.



di Grozio contrappose l'interesse e l'utilità sviluppando ancor meglio il principio di Hobbes e di Helvezio. Secondo lui, l'uomo non si determina ad un'azione se non in vista di un piacere da soddisfare o di un dolore da evitare. In ciò propriamente consiste l'utilità, la quale viene da lui definita: la proprietà che ha un'azione o un oggetto di aumentare la somma dei piaceri o di diminuire la somma dei dolori della persona individua o collettiva, sulla quale l'azione o l'oggetto può influire. Per dedurre conseguenze pratiche dalla teoria dell'utilità non basta sapere che un'azione è buona e giusta quando genera più piacere che dolore: ma bisogna valutare la quantità di bene e la quantità di male che risultano da un atto e determinare il rapporto di queste due quantità. Perciò Bentham si fa a misurare le due quantità e a determinarne i rapporti. Anzitutto enumera e classifica le differenti specie di piaceri e di dolori. Poi paragona i diversi piaceri che risultano dalle diverse azioni per sapere quale dei piaceri abbia più valore e quindi quale azione sia più utile. E siccome molte sono e svariate le circostanze che possono influire sul valore di un piacere e sulla utilità di un'azione, così egli ha cercato di determinare queste circostanze. Questa ricerca lo ha condotto al risultato; che per determinare il vero valore di un piacere bisogna considerarlo sotto sei rapporti principali: 1.º sotto il rapporto dell'intensità; 2.º della durata; 3.º della certezza; 4.º della prossimità; 5.º della fecondità; 6.º infine della purezza: non già nel senso che il piacere debba appartenere all'ordine puro della moralità, ma nel senso che vi hanno piaceri che non generano alcuna pena, mentre altri ve n'ha



che lasciano dopo di sè conseguenze più o meno penose.

Ma ciò non basta ancora: un altro elemento deve entrare nella valutazione dei piaceri e dei dolori. Imperocchè il piacere non è il medesimo in tutti; varia fra gli uni e gli altri in seguito alla diversità di costituzione, di età, di carattere, di sesso, di educazione, di abitudine e di tante altre cause. Cotali diversità negli individui influiscono sulle sensazioni loro in guisa che il medesimo piacere non è affatto identico nei differenti individui. Quindi Bentham si affatica a determinare le cause che possono influire sulla sensibilità di un individuo e con ciò rendere più o meno vivi i differenti piaceri e i differenti dolori, di cui essi sono capaci. Egli distingue queste cause in due ordini. Nel primo stanno i temperamenti, i differenti stati di salute o di malattia, i gradi di vigore o di debolezza di corpo, di fermezza o pusillanimità di carattere; le abitudini, le inclinazioni, gli sviluppi più o meno grandi dell'intelligenza; cause tutte che influiscono considerevolmente non solo sulla intensità, ma anche sulla durata e sugli altri elementi del valore intrinseco dei piaceri e delle pene.

Se non che in quest'aritmetica morale per prendere in considerazione tutti questi dettagli bisognerebbe considerare a parte ciascun individuo; il che non è possibile. Del che avvistosi Bentham si è fatto ad esaminare se vi fossero circostanze generali, ciascuna delle quali implicasse un numero più o meno grande di quelle cause e che insieme potessero servire di base al legislatore. Egli le ha trovate e le chiamò circostanze di second'ordine: e sono il sesso, l'età, l'educazione,



la professione, il clima, la razza, la natura del governo, la credenza religiosa. Ciascuna di queste circostanze influisce sulla sensibilità solamente in quanto implica un certo numero di cause elementari che appartengono al primo ordine. Così il sesso femminile implica un certo grado di debolezza corporale, un certo carattere, certe inclinazioni, certa intelligenza; perciò, il medesimo dolore o il medesimo piacere ha nella donna un'altra intensità, un'altra durata, altre conseguenze e, per dir tutto in breve, altro valore che in un uomo. Il legislatore non può conoscere ad uno ad uno tutti gl'individui; ma ben conosce la società e le grandi categorie nelle quali si ripartiscono gl'individui. Queste circostanze possono essere conosciute dal legislatore, apprezzate, ed entrare nei suoi calcoli. Egli può per esempio infliggere pene più miti alle donne che agli uomini.

Dopo avere considerato le pene e i piaceri nell'individuo, Bentham si occupa delle pene e dei piaceri derivanti dalle azioni degli individui. Vi hanno azioni che generano dolori e piaceri, i quali non si arrestano al solo individuo, bensì si propagano ad un gran numero. Da ciò un'altro elemento importante per Bentham. Data un'azione malvagia, vale a dire un'azione le cui conseguenze sono, tutto sommato, più dannose che utili, Bentham ne analizza le conseguenze nocive e le distingue in mali di primo, di secondo e di terzo grado. Mali di primo grado sono quelli che colpiscono certi individui che si possono con sicurezza determinare e conoscere. Il furto p. es. cagiona un male che non si arresta alla sola persona derubata, ma si estende alla moglie e ai figli, a tutta la famiglia. Qui oltre il



male primitivo, vi ha un male accessorio che colpisce un certo numero di persone.

Ma i cattivi effetti del furto si estendono oltre la famiglia del derubato: essi si diffondono anche su un numero indefinito d'altri individui. La società si allarma del furto commesso; e inoltre il furto sveglia la tendenza a commetterlo in vista anche che coloro che vi si danno raddoppiano di ardire e d'attività. Questi mali, l'allarme della società e il cattivo esempio, appartengono al secondo grado, atteso che il legislatore non può determinare le persone sulle quali i medesimi cadono.

Vi hanno finalmente mali di terzo grado; i quali non generano sempre di fatto, ma tendono sempre a generare conseguenze cattive. Se p. es. in una società il furto divenisse talmente facile e comune da essere eretto a sistema di brigantaggio per modo che la legge fosse impotente a reprimerlo, ne seguirebbe uno scôramento generale, ciascuno si sentirebbe scemare l'attività del lavoro, tutti paventerebbero della poca o niuna guarentigia accordata dalle leggi ai frutti delle proprie fatiche. Donde l'incertezza e l'inerzia in ogni cosa, fonte di disorganizzazione sociale.

Adunque tutte le azioni si dividono in due grandi categorie, utili e dannose. Utili non sono solamente quelle che in sè stesse soddisfanno attivamente e pienamente al piacere; ma quelle pure che contengono un danno minore od evitano un male peggiore. Per cui nella scelta delle azioni, utili si dicono quelle che, paragonate alle altre, giovano di più o nuocciono di meno.

Calcolando così le azioni umane nei loro effetti



utili o dannosi, Bentham risolve tutti i problemi della legislazione. È egli giusto erigere a delitti certe azioni e punirle? Il quesito si risolve a sapere se ciò è conveniente, se tale sanzione penale è utile alla società; se il delitto contenga più un male che un bene, più un' utilità che un danno. Che cos' è un delitto? è un' azione che trae seco mali effetti. Non si qualificano punto delitti le azioni che producono risultati buoni o almeno indifferenti. Il delitto è dunque un male. Vero è che pur la pena è un male inflitto all' individuo. Ma tra i diversi mali, bilanciati fra loro, va scelto il minore come quello che è relativamente utile. E questo male minore è la pena; la quale se non distrugge l' azione nociva o delittuosa, certo la previene e la limita e per ciò corrisponde allo scopo della società, quello di aumentare la somma di bene e diminuire la somma di male. Ella è cosa facile il dimostrare che la pena è per la società un male minore del delitto. Da ciò la convenienza e quindi la giustizia della pena.

Infine Bentham sempre coerente al suo sistema considera il piacere e il dolore quai moventi ch' ei mette in giuoco, di cui il legislatore può servirsi per spingere gli uomini a certe azioni utili e distoglierli da certe altre dannose alla società. Tai moventi sono le sole sanzioni delle leggi e vengono da Bentham enumerati in quattro classi. La prima si compone dei piaceri e dei dolori che ci vengono dalle nostre proprie azioni. Allorchè noi compiamo un atto, quest'atto adduce naturalmente per noi un certo numero di conseguenze gradite o spiacevoli che noi possiamo prevedere. Queste stesse conseguenze sono un possente motivo delle nostre determinazioni e costituiscono come



la sanzione interna dei nostri atti, che Bentham appella sanzione naturale o fisica.

Indipendentemente da queste conseguenze immediate e dirette ve ne ha altre indirette e mediate che ci vengono dall'impressione che i nostri atti fanno sugli uomini. Quando noi facciamo una cattiva azione, essa ci tira il disprezzo e l'inimicizia del nostro simile. Oltrechè tai sentimenti sono sgradevoli per noi, distolgono altri dal giovarci, dal renderci, dice Bentham, dei servigii gratuiti. Queste conseguenze puranco ci determinano e costituiscono la sanzione, secondo lui, di onore e d'opinione.

Oltre a ciò i nostri atti hanno un movente nelle leggi, le quali infliggono pene se i medesimi sono dannosi; e talvolta stabiliscono ricompense se buoni. Quest'è la sanzione legale.

Finalmente vi è il movente dei piaceri e dei dolori futuri, il quale nasce dalle nostre credenze religiose, che ci fanno sperare o temere dalla nostra condotta presente un premio o una pena nella vita futura. Queste credenze determinano pure esse le nostre azioni e formano la sanzione religiosa.

Ora il legislatore deve valersi di queste sanzioni come di tanti ausiliarii, quantunque a lui rigorosamente competa soltanto la sanzione legale.

Tale è in sintesi il sistema di Bentham. Egli ha dispiegato un'analisi estesa ed originale intorno ad un lato della natura umana, al lato materiale dell'utilità che senza dubbio è uno degli elementi che entrano nella costituzione del diritto. Per certo Bentham fu parziale ed esclusivo; però che vede soltanto la parte empirica e sensitiva della natura umana e di questa parte si li-



mitò ancora al piacere e al dolore fisico e alla esterna utilità materiale. Conseguentemente ha trascurato tutti gli altri istinti naturali, non che i piaceri e i dolori morali, la parte soprassensibile, in breve l'essenza psicologica della natura umana. Pur nondimeno ha perseguito a fondo un particolare istinto e mostrò così il bisogno di uno studio positivo e analitico della natura umana.

Altri hanno continuato l'analisi della natura sensibile. Adamo Smith <sup>1</sup> fondò il sistema sentimentale, che si può ridurre ai seguenti termini.

Allorché noi siamo in presenza d'una persona che prova visibilmente un certo sentimento o una certa passione, la nostra natura tende, senza l'intervento della ragione e della libera volontà, a riprodurre in sé quel sentimento o quella passione. Noi cerchiamo di collocarci in quella posizione di sentire nella quale si trova quella tale persona. Questo fenomeno può essere dubio in alcuni casi ma è assolutamente certo in tali altri. In presenza d'una madre che stringe al seno il pargolo morente ognuno prova in sé una certa effusione d'affetto.

E non solo sentiamo le altrui disposizioni d'animo, ma proviamo vero piacere di sentirci in armonia cogli altri. Financo una compiacenza istintiva ci porta a partecipare di certi sentimenti, a' quali prima eravamo estranei.

Questa proprietà della natura umana di riprodurre in sé i sentimenti altrui dicesi simpatia.

Il sentimento di simpatia ha il suo contrario, quello

<sup>1</sup> *Théorie des Sentiments moraux.*



dell'antipatia, il quale si manifesta allorchè vediamo commettere un'azione malvagia.

Questi due sentimenti naturali qualificano tutti i nostri atti e determinano la nostra condotta. Per essi solamente conosciamo se le azioni sono buone e ree: anzi arriviamo a stabilire il principio generale della bontà o pravità delle azioni partendo da ciò; che ogni azione è buona in ragione diretta dell'approvazione che essa eccita negli altri animi e che la migliore azione è quella che ottiene la simpatia più pura e universale. Per contro è malvagia quell'azione che eccita la disapprovazione degli altri; ed è peggiore di tutte quella che viene più universalmente disapprovata. Quindi il fenomeno sensibile della simpatia viene assunto come giudice supremo della moralità e della giustizia degli atti umani.

Smith traccia un sistema di regole per la condotta umana, desunto dai diversi gradi della bontà o pravità delle azioni. In tutto egli spiega un possente spirito di investigazione e d'analisi ed una logica che riconduce tutti i fenomeni morali della natura umana al principio della simpatia e dell'antipatia. Eleva a legge obbligatoria, ad autorità di diritto e di dovere le manifestazioni di questi due sentimenti. Da essi origina le regole dei nostri atti, le quali altro non sono che la generalizzazione delle disposizioni particolari dell'istinto simpatico. Di qui il dovere che altro non è che un obbligo di obbedire a quelle regole.

Le azioni contrarie all'istinto della simpatia possono altrui arrecare un male effettivo. Perciò interviene la giustizia, che consiste nel reprimere quel male, prevenendolo oppure castigandolo. Fra tutte le virtù, la sti-



ma, la gratitudine, la beneficenza e la giustizia, havene una sola, dice Smith, la cui omissione porti agli altri un male positivo e questa è la giustizia. Da ciò il diritto di esigere che si rispetti la giustizia ed all'uopo di costringere colla forza all'osservanza di essa. Da ciò pur anco il dovere di osservarla. Smith ha preso in esame un solo particolare istinto mentre la natura umana si compone di molti. Epperò ei fu esclusivo e cadde in più errori. Primieramente non tutti gli atti virtuosi e giusti eccitano la simpatia. In secondo luogo non è giusto far dipendere la regola della propria condotta dall'opinione degli altri. Inoltre non si deve confondere il sentimento colla ragione, e molto meno farlo superiore a questa. I giudizi sul valore delle azioni appartengono alla ragione, non al sentimento. Infine la regola che nasce dalle affezioni simpatetiche è essenzialmente mobile.

Ciò non ostante Smith fece conoscere una parte della natura umana, l'istinto della simpatia e dell'antipatia; come Bentham fece conoscere il piacere e il dolore quai moventi delle nostre azioni.

Bentham e Smith non sono i soli che abbiano perscrutato qualche lato sensibile della natura umana. Ma eglino sono i più insigni analizzatori di un elemento od istinto particolare di essa natura.

Gli scrittori moderni che si sono esclusivamente o principalmente occupati della parte organica e sensibile della natura umana hanno seguito la direzione aristotelica della natura. Portarono l'analisi e quindi lo sviluppo e la coscienza in quella stessa natura che Aristotile assunse come fondamento generale. L'investigazione minuta e l'analisi particolareggiata dei singoli



istinti e delle tendenze naturali dell'umanità era un lavoro necessario all'intelligenza della natura. Senza di che si poteva avere della natura una nozione generale, ma non la conoscenza particolare ed esatta, non la scienza vera e compiuta e, come a dire, lo specchio riflesso di essa.

Adunque il *principio naturale* di Aristotile ricevette da codesti autori particolare sviluppo ed illustrazione.

Del pari il *principio ideale* di Platone acquistò colla filosofia moderna uno svolgimento più grandioso particolarmente con Kant. Era necessario che questi due supremi principii, il principio naturale e il principio ideale, si svolgessero ulteriormente nei sistemi e divenissero le incontrastate potenze della scienza.

Ma intanto che si veniva, prima da Cartesio, ripigliando con un nuovo sviluppo la direzione tutta ideale di Platone, la filosofia del diritto fece novelli progressi in altra via: e quando apparve Emanuele Kant essa aveva di già percorso un lungo stadio di vita e di sviluppo.

Dopochè con Grozio e gli altri fu più scientificamente dimostrata la natura del diritto fra i precetti naturali furono distinti quelli che si possono far adempiere colla forza e quelli che sono lasciati alla libera coscienza dell'uomo, i coattivi e i non coattivi; assegnando ai primi la sfera esterna dell'azione e ai secondi la sfera interna della coscienza; in una parola, fu stabilita la divisione della morale e del diritto. Leibnizio ha intraveduto questa divisione ed altri la hanno in qualche modo posta, ma lo sviluppo di essa fu più particolarmente opera di Cristiano Tommasio. Samuele Puffendorffio distinse due scienze, la teologia e il di-



ritto naturale. Ad esse fece corrispondere la distinzione del *foro interno* e del *foro esterno* della coscienza, per guisa che i doveri interni o morali appartengono alla teologia ed i doveri esterni al diritto naturale. Ma altrove egli confonde gli uni e gli altri. Leibnizio invece dichiara che i doveri interni non appartengono propriamente al diritto naturale; ma non li annette neppure con Puffendorfio alla teologia; bensì dovrebbero, secondo lui, ricavarsi dalla ragione. Quindi egli stabilisce, oltre il diritto naturale e la teologia, un'altra scienza razionale dei doveri interni, ossia la morale. Se non che Leibnizio adombrò soltanto il disegno della divisione dei doveri, poichè in altro luogo delle sue opere assegna al diritto naturale anche il foro interno. Tommasio mise in opera ciò che Leibnizio ha intraveduto. Egli pure dapprima sviluppa il sistema della socialità e confonde cogli altri autori i precetti interni della gratitudine e della beneficenza coi precetti esterni del diritto. Ma poi sostituisce all'istinto naturale della socialità quello della felicità e s'avvisa che la distinzione del foro interno ed esterno non ha un fondamento sicuro. Epperò cerca di dare ai due ordini di doveri una base talmente certa che la prova della loro diversa natura riposi evidentemente sulla ragione. L'istinto della felicità adduce seco il bisogno della pace, la quale è *interna* ed *esterna*. Alla pace interna corrisponde la morale, all'esterna il diritto. Al diritto corrisponde il dovere negativo di non offendere gli altri: alla morale il dovere positivo di fare agli altri ciò che vorremmo fosse fatto a noi. Di qui la divisione dei doveri in *perfetti* ed *imperfetti*, che valse a stabilire la loro coattività o non coattività secondo che trattasi del giusto e



dell' onesto <sup>1</sup>. Tommasio meglio di tutti i suoi antecessori mostrò la diversa natura della morale e del diritto, distinguendo una doppia pace, interna ed esterna, ed originando dalla pace interna i precetti morali non coattivi dalla pace esterna i precetti giuridici coattivi. La divisione del diritto dalla morale fu ancor più sviluppata dopo Tommasio. Gundling in particolare separò totalmente la trattazione scientifica del diritto da quella della morale.

Oltre la separazione delle due discipline, si fece un altro progresso, quello della divisione dei diritti in *innati* e in *acquisiti*, abbenchè venissero scambiati facilmente gli uni per gli altri. Vi sono certi diritti talmente inerenti alla personalità dell' uomo che formano un tutt' uno colla sua stessa esistenza; p. es. la vita e l' uso delle membra. Tai diritti inseparabili dall' uomo furono detti innati. Altri diritti si formano col fatto dell' uomo, suppongono un atto della volontà, p. es. i diritti nati dai contratti: e questi diritti si appellarono acquisiti. I primi si potrebbero dire *a priori*: i secondi *a posteriori* perchè quelli non suppongono, questi suppongono un atto della volontà dell' uomo. Questa divisione vedesi, almeno come prima distinzione, in Puffendorfio, in Tommasio, in Volfio. Essa forse era necessaria per potere in seguito stabilire che i diritti innati non sono alienabili, mentre lo sono i diritti acquisiti. La logica delle cose portava naturalmente alla conseguenza che se esistono nella natura umana diritti innati, essi non si possono alienare. Tuttavia sino a Rousseau non fu scientificamente dimostrato che tai

<sup>1</sup> *Fundamenta Juris naturalis.*



diritti sieno inalienabili, e durò la massima: *volenti non fit injuria*. La libertà fu posta al di sopra del diritto senza avvertire che una libertà illimitata distrugge il diritto e sè stessa. In forza di quella massima l'uomo poteva alienare la propria libertà e personalità. Grozio infatti crede alla legittimità della schiavitù. Pur Puffendorfio la ammette. È per lui conforme al diritto naturale che il figlio di una schiava cada in proprietà del padrone per diritto di accessione. Tommasio non nega la schiavitù, al più la mitiga. Volfio la legittima dal contratto, ed anco dalla nascita solo finchè il padrone non sia risarcito delle spese per l'istruzione dello schiavo. Höpfner la legittima soltanto dal contratto. Burlamachi non crede propriamente alla legittimità della schiavitù, ma approva la servitù della gleba. Pensa anche che il padre possa vendere i suoi figli in caso di grave bisogno <sup>1</sup>.

La libertà fu posta tra i diritti innati e però dovette col tempo essere dichiarata inalienabile; perchè ciò che esiste in natura non può giustamente dall'uomo distruggersi: e soltanto ciò che si acquista col fatto dell'uomo può per la volontà dell'uomo cessare. La libertà fu meglio altresì riconosciuta e chiarita fonte di tutti i diritti che nascono dai contratti, ossia dagli

<sup>1</sup> Burlamachi, *Principii di diritto naturale*. L'A. con altri si occupa di futilissime questioni; p. es. se l'uomo abbia diritto di nutrirsi della carne degli animali. De Felice, annotatore di Burlamachi, porta opinione non esservi diritto naturale per gli atei. Lo stesso Burlamachi giudica punibili le intenzioni criminose non ancora esteriormente manifestate. Puffendorfio confonde il diritto coll'onore e persino colla delicatezza. In sì informe stato era il diritto naturale.



atti della volontà. Epperciò il patto acquistò sviluppo e valore di diritto sino al punto che fu preso come fondamento delle società politiche. La teoria del contratto sociale fu la conseguenza della libertà innata degli uomini ed insieme ne divenne la guarentigia.

Di già la scienza politica era entrata in una nuova direzione. Da una parte prendevano sviluppo e corpo i germi del patto sociale posti da Grozio e da Hobbes. Dall'altra venivano diffondendosi i principii della sovranità del popolo e della resistenza al potere tiranico; quali furono professati in sul termine del medio evo da Marsilio.

Secondo Marsilio da Padova il popolo è il vero legislatore e la cagione prima delle leggi; il fondamento altresì del potere del principe: ed ha il diritto di punire il principe ogni qualvolta violi gravemente le leggi. Il principe è tenuto a governare secondo il consenso e la volontà dei cittadini <sup>1</sup>.

Dopo Marsilio una schiera di autori impugnò formalmente la monarchia assoluta e preparò quel movimento che condusse alla catastrofe della rivoluzione francese. Languet, Milton ed altri combatterono la vecchia teoria che il principe non sia obbligato dalle leggi. Originarono il potere e la maestà regia dal popolo, il quale come conferisce il potere può tòrlo ogni qualvolta il principe governi male. Il popolo come superiore e più potente può anco punire il re. Provarono colla natura delle cose che il popolo può stare senza re, non il re senza popolo; che il re esiste pel popolo, non il popolo pel re.

<sup>1</sup> *Defensio Pacis*, 1328.



Senonchè codesti autori non trattarono la questione che nasce naturalmente dal principio della sovranità del popolo, se cioè il popolo debba egli stesso conservare il potere oppure possa trasferirlo. Inoltre essi ammisero la revocazione del potere ma solo allorchè il principe commetta ingiustizie. Il fine loro non era di ricostruire radicalmente la società, bensì di costituire il popolo vindice della tirannia. Nondimeno fu questo un gran passo verso la ricostituzione intera della società. Imperocchè altri raccogliendo quelle idee e aggiungendovi il contratto sociale riedificarono dalle fondamenta la società.

Con Languet, Buchanam, Milton il popolo è bensì giudice del re, ma il re conserva pur sempre un diritto reale ed ereditario di sovranità. Gli scrittori posteriori hanno reciso dalle radici i diritti sovrani ereditarii del principe.

Sidney <sup>1</sup> accetta le idee specialmente di Milton e le collega al principio di Hobbes sul contratto sociale. Così egli riunisce in una sola teoria la ribellione e il contratto. Impugna la dottrina del potere illimitato del principe e dell'assoluta illimitata obbedienza del popolo: dimostra la superiorità naturale dei popoli sui principi e il diritto del popolo di scegliersi la costituzione e i governanti. Mostra come gli uomini fossero nello stato di natura in una assoluta indipendenza e per reciproca paura fondassero lo stato di società mediante il patto. Egli segnò un perfezionamento nell'idea del contratto. Perciocchè mentre altri, e lo stesso Grozio, supponevano valido il contratto ancorchè sta-

<sup>1</sup> *Discorsi sul Governo*, 1683.



bilito col consenso tacito e presunto, invece e' sostenne che i sudditi non possono essere obbligati se non hanno prestato il loro consenso esplicito e negò recisamente che i popoli consentano d'essere governati dispoticamente. Dire, così egli, che il silenzio con cui un popolo sopporta il giogo di un governo dispotico tenga luogo di consenso equivale a credere che chi assalito dà la borsa al ladro, senza far motto, consenta di essere spogliato.

Locke pur esso impugna la monarchia assoluta, rivendica strenuamente i sovrani diritti del popolo e conseguentemente ammette l'assoluta libertà dell'uomo nello stato di natura e la fondazione dello stato sociale mediante il contratto. Più; egli stabilì un nuovo principio che ha molta importanza, anzi è parte essenziale nell'attuale sistema costituzionale, vo' dire la divisione dei poteri. Pervenne a questa divisione sviluppando i principio della sovranità del popolo, dimostrando cioè che il popolo ha tutta l'autorità di dar leggi a sè stesso; e perciò il re non è più legislatore ma piuttosto esecutore delle leggi. Stabili che in principio il vero potere sovrano è il legislativo, benchè chiamasse poi in certo qual modo sovrana anco quella persona che ha la suprema esecuzione delle leggi <sup>1</sup>.

Il principio della divisione dei poteri ricevette maggiore sviluppo per opera di Montesquieu. Ogni stato, secondo Montesquieu, oltre l'oggetto comune della propria conservazione, ha un oggetto particolare. L'ingrandimento era l'oggetto di Roma: la guerra quello di Lacedemone: la religione quello delle leggi giudaiche.

<sup>1</sup> *Governo Civile.*



che: il commercio quello di Marsiglia: la pubblica tranquillità quello della China: la navigazione quello di Rodi. Così per egual ragione può uno stato proporsi, come scopo particolare, la libertà politica. Questo si prefisse l'Inghilterra: il cui sistema politico si è appunto quello che fa duopo per guarentire la libertà. Per ottenere ciò occorre una istituzione che renda impossibili gli abusi del potere. In ogni stato, egli dice, vi sono tre sorta di poteri: il legislativo, l'esecutivo e il giudiziario. Quando il potere legislativo è unito all'esecutivo non vi ha libertà perchè si possono fare leggi tiranniche per tirannicamente eseguirle. Se il giudiziario non è disgiunto dal legislativo, il potere su la vita e la libertà dei cittadini è arbitrario perchè il giudice sarebbe legislatore. Se il giudiziario non è disgiunto dall'esecutivo il giudice può avere la forza di un oppressore. Tutto poi è perduto se i tre poteri sono riuniti in una sola persona o corpo. In Turchia, osserva Montesquieu, dove i tre poteri sono riuniti nella persona del sultano regna un orribile despotismo. Onde i diversi rami del potere devono essere divisi in guisa che reciprocamente si frenino. Il che tutto viene espresso colle parole: *bisogna che per disposizione di cose il potere arresti il potere*. Questa massima sembra paralizzare l'azione dei poteri e condannarli alla immobilità. Ma siccome il movimento necessario delle cose spinge i poteri ad essere attivi, così tutti saranno costretti a procedere d'accordo.

In virtù di questa limitazione reciproca dei poteri la politica libertà dei cittadini resta assicurata. Epperò per Montesquieu la libertà dipende totalmente dall'ordinamento sociale dei tre poteri: in guisa che la loro



separazione la guarentisce, quanto la loro riunione la sopprime.

Il potere legislativo deve in parte spettare ad una assemblea di rappresentanti del popolo: il potere esecutivo al principe. E ciò perchè da una parte il popolo ha diritto di dare leggi a sè stesso e non può di per sè direttamente esercitare questo diritto: dall'altra perchè un'assemblea è più atta a deliberare e un individuo, il principe, ad eseguire.

Il medesimo potere legislativo deve comporsi di due corpi, i quali abbiano diritto di opporsi l'un l'altro per raffrenarsi. L'uno deve essere formato di rappresentanti scelti in ogni ceto: l'altro di persone eminenti per nascite, ricchezze, onori. Questo secondo corpo sarà costituito in modo ereditario ed avrà per iscopo non solo di opporre un freno e un limite all'altro corpo, ma nel tempo stesso di guarentire i privilegi dei proprii membri contro le altre classi.

Il potere esecutivo per opporre un limite efficace al legislativo bisogna che abbia qualche parte in questo. Ma perchè tal parte non tolga la separazione dei poteri fa mestieri che sia strettamente necessaria e più negativa che positiva. Questa parte è il *veto* con cui il principe entra nella formazione delle leggi. Senza il veto l'assemblea legislativa potrebbe abbattere il potere esecutivo, il capo di esso, il principe.

Altronde il potere legislativo deve opporre un limite altrettanto efficace al potere esecutivo; e ciò può fare soltanto coll'invigilare sulla esatta esecuzione delle leggi e col possedere i mezzi che alla medesima obblighino. Questi mezzi dovrebbero essere la responsabilità, ove l'esecuzione non sia seguita fedelmente ed all'uopo



anco la punizione. Se non che questi mezzi farebbero il potere esecutivo soverchiamamente dipendente e quasi mancipio del legislativo: e quindi quello cesserebbe di essere un freno e un contrappeso a questo. Perciò Montesquieu ricorre ad un altro mezzo, che è la responsabilità non del capo del potere esecutivo, ma dei consiglieri di lui, ossia dei ministri. Chi ha per sé il potere esecutivo, dice egli, non deve essere responsabile; bensì la responsabilità deve colpire i consiglieri di lui ed egli nulla deve poter eseguire senza la firma e quindi la garanzia di un consigliere <sup>1</sup>.

Tale è il sistema, oggi universale in Europa, della divisione dei poteri e dei freni reciproci di loro. Quale che sia l'obbiezione contro questo sistema, gli è certo che il principio della divisione dei poteri, quando non diventi estrema e tale da tôrre l'accordo e l'armonia loro, rimarrà pur sempre nella scienza del diritto politico sotto qualunque costituzione che voglia davvero guarentire la libertà dei cittadini e la retta amministrazione della giustizia <sup>2</sup>.

Frattanto Locke e Montesquieu sono i veri fondatori della dottrina costituzionale.

Ma la scienza politica non si ristette a Montesquieu.

<sup>1</sup> *L'Esprit des Lois*.

<sup>2</sup> A Montesquieu si poté obbiettare che il suo sistema politico corre rischio di essere un meccanismo esterno di parti sapientemente congegnate, ma non un organismo vivente. Infatti perchè tal sistema funzioni perfettamente si richiede che sia incarnato nei costumi e nella storia, rinsanguini, come a dire, nella vita della nazione. Ove è importato e sovrapposto ad un popolo è a dubitarsi che faccia buona prova. Se in Inghilterra quel sistema va a meraviglia gli è che appunto si sviluppò presso quel popolo come una produzione organica della sua vita.



Gian Giacomo Rousseau volle spingerla più oltre. Egli raccolse l'eredità de' suoi predecessori, tanto di quelli che soltanto ammisero il contratto, quanto di quelli che soltanto insegnarono il diritto alla resistenza e alla ribellione, quanto finalmente di quelli che insieme accettarono e il contratto e la ribellione. Perciò nel ginevrino si trovano come riassunti tutti gli scrittori anteriori e i risultati della dottrina politica secondo la novella direzione. Queglino però da cui egli prese l'adentellato in modo più visibile sono Sidney e Locke, i quali appunto sviluppano in un solo concetto la teoria del contratto e quella della ribellione.

Se non che Rousseau si eleva su tutti, spezza più d'ogni altro le tradizioni e i legami col passato e si slancia nella via che conduce direttamente alla rivoluzione francese <sup>1</sup>. Mentre prima il principe, benchè obbligato dalle leggi e sorto dal patto, acquistava un diritto reale di sovranità, perchè il popolo gliel'aveva trasmessa, con Rousseau il popolo non trasmette mai affatto il suo potere e il principe non acquista mai un vero e reale diritto. Per modo che non occorre neppure giustificare la ribellione allegando che il principe ha violato le leggi e 'l patto, perchè la deposizione del principe, anche non fondata, è sempre un atto legittimo della sempre competente autorità sovrana del popolo.

Rousseau prima dimostra con appassionate e focose

<sup>1</sup> *Contrat Social*. — Questo piccolo libro (trasunto di un'opera che portava il titolo — *Istituzioni Politiche* — non mai condotta a termine dall'A.) contiene tutta la rivoluzione francese; è la stessa rivoluzione anticipatamente scritta. Perciò Rousseau fu chiamato padre della rivoluzione francese.



parole che l'uomo nasce libero; che la libertà è inalienabile; che la forza non costituisce il diritto; che nessuno ha da natura il diritto di comandare agli altri. Posto e sviluppato il principio della libertà naturale e inalienabile e della naturale uguaglianza degli uomini, era necessario organizzare e assicurare quella libertà e quell'uguaglianza, conformi a natura, in un corrispondente sistema politico. Perciò nasce il problema sociale che Rousseau formola nei seguenti termini: Trovare una forma di associazione che difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ogni associato e per la quale ciascuno unendosi a tutti non obbedisca che a sè stesso e rimanga libero come prima.

La soluzione del problema si ottiene mediante il contratto e consiste in ciò che ciascun membro della società rinunzi a tutti i suoi diritti in favore dell'intera comunità. Questa rinunzia deve essere piena: avvegna- chè ogni singolo membro abbandonando tutti i proprii diritti, la condizione addiviene uguale per tutti, non riesce onerosa ad alcuno e si ha realmente la reciprocità assoluta. Deve inoltre la rinunzia farsi a tutti, all'intera comunità, non ad un solo soggetto sia individuale o collettivo; re, senato o parlamento; perchè mediante cotale cessione non perdiamo nulla, rimanendo tutti i membri tante parti uguali della comunità; oppure se ciascuno perde alcun che riguadagna altrettanto.

Da codesta rinunzia compiuta di tutti in favore di tutti nasce la volontà generale dell'associazione politica, la quale sovrasta a tutti i singoli gl'individui, ma non è opprimente e dispotica perchè si compone delle forze di tutti gl'individui, è la risultante delle volontà par-



ticolari: e non può avere alcun interesse ad opprimere perchè opprimerebbe sè stessa. Questa volontà è il solo vero sovrano. La sovranità così composta risulta da tutti i poteri e da tutti i diritti dei singoli membri dell'intera comunità; e perciò acquista un potere superiore; il quale viene esercitato nell'interesse stesso dei membri della società e consiste nel costringerli ad essere liberi. La sovranità così concepita è inalienabile come la stessa libertà e personalità.

Ciò posto, la sovranità non si può dividere nè limitare e neppure rappresentare. Non si può dividere e conferire ad un corpo particolare, al principe, senato o governo, perchè la volontà di quel corpo è una volontà particolare, non generale, e può essere a questa contraria o diversa. La volontà particolare inclina di sua natura alla preferenza, mentre la volontà generale inclina all'uguaglianza. Non si può limitare perchè la volontà del popolo non può essere vincolata da alcuna legge, perchè niuna volontà è superiore a quella del popolo e il popolo non può contrattare con sè stesso, essendo assurdo che alcuno stipuli patti con sè medesimo. Può bensì contrarre impegni nelle relazioni estere con altri popoli, non però come sovrano, ma solo come privato. Quanto ai suoi membri non può essere limitato da alcun loro diritto, avend'essi rinunciato a tutto senza riserva. Soltanto può il popolo errare nella scelta del meglio, ma questo limite essendo dell'intelligenza, non della volontà, può sempre col consiglio e col sapere essere rimosso. Finalmente non si può rappresentare perchè qualunque corpo elettivo è sempre una volontà particolare diversa dalla volontà generale. La volontà non si rappresenta: essa deve essere libera in ogni mo-



mento. Il popolo inglese non è libero che al momento dell'elezione dei suoi rappresentanti; appena gli ha eletti, ei torna schiavo e non è più nulla. Nei brevi istanti di sua libertà, per l'uso che ne fa, merita di perderla <sup>1</sup>. Il popolo deve esso stesso esercitare la sovranità; appena si aduna, cessa qualunque autorità dei magistrati, però che quando il rappresentato compare i rappresentanti dispajono. È inutile aggiungere che non si può distruggere la sovranità del popolo senza distruggere la volontà generale e l'intera associazione.

Quantunque Rousseau voglia in tutti i modi garantire la intrasmissibilità del potere sovrano del popolo, nondimeno riconosce che la moltitudine sociale non può tutto fare da sè stessa. Quindi egli insegna che quanto alla legislazione statuyente su oggetti generali il popolo sovrano non può essere rappresentato: in quella vece la rappresentanza ha luogo in quella parte di reggimento che si riferisce ad oggetti particolari. Egli quindi distingue gli atti legislativi, i quali consistono nello statuire norme universali per universali oggetti, dagli atti esecutivi che provvedono a particolari bisogni. Quelli sono i veri atti sovrani, i quali essenzialmente spettano al popolo. Questi invece sono atti amministrativi di second'ordine e non sovrani; pei quali il popolo può essere rappresentato. Il potere che lo rappresenta si chiama *Governo* e può essere un principe, un senato o un parlamento. Quindi sovrano e governo sono cose totalmente differenti. Il popolo, che è il vero e perpetuo sovrano, sceglie, mediante

<sup>1</sup> *Cont. Soc.* Capitolo XV.



una legge, la forma di governo e le persone che debbono governare. Queste persone non acquistano alcun potere proprio, non hanno alcun diritto assoluto, nulla possono pretendere dal popolo. Però che non interviene fra esse e il popolo alcun contratto con cui questi trasmetta tutta o parte della propria autorità. Un tal contratto è impossibile perchè si risolverebbe in una alienazione della sovranità e della libertà del popolo: e l'una e l'altra sono essenzialmente inalienabili, intrasmissibili. La legge che determina la forma di governo e l'elezione dei magistrati sono una manifestazione e un atto della volontà del popolo, che il popolo può sempre revocare; conciossiachè egli non contrae come sovrano mai impegni con nessun individuo, con nessun ente collettivo, neppure con sè stesso. Perciò i magistrati, quali che sieno, re od altro, sono semplici ufficiali del popolo sovrano, i quali hanno il mandato precario di esercitare il potere in suo nome e non possono essere mai altro che puri depositarii. Quindi il popolo può in ogni istante ritòrsi il potere, modificarlo, variarlo come crede. Non che acquistare un diritto, i magistrati devono obbedire in tutto e costantemente alla suprema volontà del popolo; non possono neppure rinunziare al mandato loro conferito, perciocchè governare non è diritto, ma dovere, è atto di obbedienza cui ogni membro è tenuto verso il sovrano e la legge. Da ciò risulta che la forma di governo è cosa affatto secondaria. Sia essa monarchica, aristocratica o democratica, la forma della sovranità è sempre popolare. L'assoluta democrazia della costituzione, quest'è il principio fisso di Rousseau.

Quanto alla forma di governo, essa ha poco valore,



perchè su lei, qualunque sia, non fondasi la sovranità, nè tampoco essa muta per nulla la sovranità. Rousseau anzi non raccomanda la forma democratica di governo, perchè in essa sovrano e governo non sono distinti, come devono essere. Nondimeno una volta posto il principio che la costituzione deve essere essenzialmente popolare e che conseguentemente qualunque magistrato, persino il re, non è che un semplice ufficiale del popolo, il principio regio diveniva impossibile, la sua distruzione inevitabile. Questa distruzione si realizzò colla rivoluzione francese, la quale in fondo non è che l'attuazione delle idee politiche di Rousseau.

Rousseau ha sopravanzato tutti gli scrittori anteriori in ciò che esso fa il popolo costantemente sovrano in atto, mentre gli altri lo considerano tale in potenza e in atto solo quando si tratta di por fine al governo tirannico.

Il contratto sociale preso alla lettera è insussistente; però che l'uomo è un essere essenzialmente socievole, e non ha duopo di un contratto per costituirsi in società. Parlare dell'uomo vivente nell'isolamento è lo stesso, per mo' d'esempio, che parlare dei pesci viventi fuori dell'acqua. Lo stato di società, non lo stato di solitudine, è conforme a natura. Però il contratto fu una finzione per ricostruire dalle fondamenta la società. Volendo spezzare il vincolo col passato e rigenerare le sorti umane bisognava porre un principio nuovo e radicale. Si risalì all'origine della società, si fece un taglio netto di tutta la storia del despotismo e si fondò la società mediante il patto. Il patto suppone l'uguaglianza degli uomini e la loro libertà, in breve, suppone il diritto umano elevato ad uguale grado



di potenza per tutti. Se non che il modo onde Rousseau intende e ordina l'uguaglianza e la libertà e in generale lo stato e le conseguenze che nascono dalla sua dottrina soggiaciono a gravi appunti di critica. Anzitutto il bene pubblico, che per lui è il fine dell'associazione politica, non significa il bene di ciascuno secondo le diverse condizioni individuali, bensì il bene di tutti secondo le condizioni uniformi per tutti. In altri termini Rousseau non prende l'individuo nelle sue differenze specifiche che lo distinguono da ogni altro individuo; ma l'individuo come uomo il quale ha perciò le qualità generali e comuni di tutti gli uomini. Da ciò nasce ch'egli provveda all'appagamento degli interessi generali e comuni e non dei particolari e proprii. Quest'è un principio di soppressione delle diversità individuali che in certo modo conduce ad una uguaglianza comunistica. Infatti Rousseau, quantunque non fosse comunista, pure ha aperto l'adito al comunismo. Maledetto il giorno, egli esclama, in cui il primo uomo ergendo un muro o piantando una siepe tra due campi disse al suo vicino: questo è mio, quello è tuo. Lo che è una conseguenza dell'aver troppo preso l'uomo dal solo lato ch'egli ha comune cogli altri uomini. Per altro la critica acerba mossagli contro non è tutta fondata dappoichè avendo egli trattato il diritto politico, non il civile, doveva tener conto dell'uguaglianza politica più che della disparità civile. Infatti dinanzi allo stato i cittadini devono essere uguali e poco monta che le loro condizioni civili sieno disformi.

Consequente punto di critica cui soggiace Rousseau gli è che ha conferito potere illimitato su tutto alla volontà sovrana del popolo. L'individuo ha certi di-



ritti proprii irrefragabili che la sovranità sociale deve sancire. Le istituzioni di diritto privato, la proprietà, i contratti, le successioni, sono naturali diritti che lo stato non crea, ma riconosce. Vero è che la volontà generale, secondo Rousseau, non ha interesse a distruggere certe istituzioni fondamentali perchè alla fin fine distruggerebbe le proprie basi e sè stessa. Ma anzichè partire da questa presunzione era meglio determinare i diritti inviolabili dei cittadini e segnare il campo d'azione della sovranità. Accordando senz'altro una illimitata autorità allo stato pare che alla guisa antica l'individuo sia un ente creato dallo stato anzichè dalla natura. Però non viene tolto affatto il despotismo, tuttochè lo stato non sia qui l'espressione della volontà individuale, come in passato, bensì il risultato della volontà generale.

Malgrado tutta la critica che può farsi alla dottrina <sup>1</sup> di Rousseau, bisogna riconoscere ch'egli ha aggiunto alla scienza un novello importantissimo principio: *l'inalienabilità della libertà*. Mentre anticamente secondo Omero, Platone ed Aristotile gli uomini nascevano alcuni schiavi, altri liberi; poi con Grozio ed Hobbes tutti nascevano liberi, ma potevano alienare la propria libertà: con Rousseau non solamente gli uomini nascono liberi, ma la loro libertà è inalienabile. Quest'è il grande progresso fatto da Rousseau. Poco importa che egli non riescisse col suo ordinamento politico ad

<sup>1</sup> Gli uomini più illustri non iscrivono di cose politiche senza confutare Rousseau. Guizot, Carlo Comte, Romagnosi lo fanno cadere sotto i loro colpi. Ma Rousseau è una personalità che ha un valore assoluto, e però non soccombe ad una critica.



assicurare la libertà. Ha fatto molto sviluppando scientificamente il principio della inalienabilità della libertà.

Intanto che la scienza e la vita politica pervenivano al più alto grado del liberalismo, la filosofia del diritto riprendeva con più largo sviluppo l'indirizzo ideale puro tracciato primitivamente da Platone. Locke e Rousseau sono filosofi sensisti che partecipano della direzione di Aristotile anzichè di Platone, quantunque Rousseau fondasse i proprii principii sull'autorità assoluta della ragione. Essi hanno investigato la natura, nelle cui leggi e nei cui istinti e attributi hanno trovato la libertà.

Un'altra schiera di filosofi del diritto imprende a indagare lo spirito anzichè la natura. Nelle leggi dello spirito e dell'intelletto, nelle facoltà razionali dell'uomo, nel puro pensiero, non nelle leggi e negli istinti della natura organizzata e vivente, cerca i principii d'ogni diritto.

Grozio, tuttochè assegnasse per base al diritto un istinto di natura, pure contiene il germe del sistema razionale. Per lui il diritto è un dettame della retta ragione; e vi hanno massime di diritto che sovrastanno a tutti come puri principii assoluti.

Puffendorffio, continuatore di Grozio, unì il diritto naturale alla filosofia cartesiana del suo tempo e dichiarò la ragione umana fonte sufficiente di cognizioni. Tommasio manifesta la tendenza a dedurre il diritto dai concetti puri. Volfio col suo processo dimostrativo tutto vuole dedurre dalla sola ragione. Egli fonda il diritto sulla perfezione dell'uomo; e quantunque il bene, nell'acquisto del quale consiste la perfezione, ci sia attestato dai sensi dell'appetito e del piacere, pure solo la ragione lo concepisce in sè stesso. I sensi possono



ingannarci sul bene; ma la ragione solo ne scopre gli essenziali caratteri e ci fa conoscere il vero bene.

Altri scrittori dedussero il diritto dalla ragione, ma non svilupparono il sistema razionale puro del diritto e non si può dire che veramente appartengano alla direzione data da Platone.

Emanuele Kant fu quegli che nel passato secolo operò una vera rivoluzione nella filosofia e nel diritto. Il suo sistema trova in qualche modo l'addentellato in Platone, in Cartesio ed in altri filosofi benchè minori.

Il sistema razionale puro presenta diverse gradazioni e diverse direzioni. Anzi vi sono diversi sistemi razionali, come vi furono diversi sistemi naturali. Gli uni cercano in modo diverso di fondare il diritto sulla ragione, come altri di fondarlo su diversi istinti. Ma il principio, che il diritto è un concetto a priori della ragione, è comune a tutti. Il diritto non è più derivato dall'istinto nè dall'esperienza, bensì dalla ragione in sè stessa, che sovrasta di gran lunga alla natura e alla esperienza. Fra coloro che negano all'istinto e alla esperienza la facoltà di darci la nozione del diritto è l'inglese Price <sup>1</sup>.

Secondo Price, noi abbiamo due facoltà, l'intelligenza e la sensibilità. L'intelligenza vede le cose quali realmente sono: la sensibilità le apprende secondo l'effetto che elle operano in noi. Per cui le idee che nascono dall'intelligenza esprimono le realtà indipendenti

<sup>1</sup> V. Jouffroy — *Cours de Droit Naturel*. — Price, come il suo espositore Jouffroy, trattano della morale; ma eglino intendono ad un tempo trattare del diritto; giacchè, secondo l'antica scuola, la legge di natura comprendeva in uno la morale e il diritto.



da noi e che esisterebbero pur sempre ancorchè noi non esistessimo; mentre che le idee che nascono dalla sensibilità esprimono per contro fatti che senza noi non esisterebbero. L'intelligenza, che sovrasta alla sensibilità, fu chiamata ragione intuitiva; sorgente feconda di idee primitive, semplici e fondamentali, dalle quali emanano tutte le altre.

L'idea del diritto appartiene all'intelligenza sovrasensibile: è quindi semplice e assoluta e superiore ad ogni esperienza. Prova di ciò è che tale idea precede l'esperienza, che l'esperienza presuppone quell'idea. In fatti non si potrebbe pronunciare alcun giudizio sul diritto senza l'esistenza anteriore dell'idea del diritto. Quando noi giudichiamo che la tale azione è contraria al diritto non intendiamo che essa sia tale per la sensazione che riceviamo, si bene per sè stessa. Un atto criminoso è tale in sè, non per l'impressione che ci fa. Questa è contraria appunto perchè l'atto è in sè colpevole. Invero se l'azione fosse delittuosa per la sensazione che ne proviamo; ove la sensazione fosse piacevole, l'azione non sarebbe più criminosa. Ed ove in due diversi momenti provassimo due contrarie sensazioni, una grata l'altra spiacevole, quell'azione sarebbe insieme giusta ed ingiusta. Due persone che pel medesimo fatto provassero opposte impressioni farebbero che l'azione fosse per l'uno innocente, per l'altro rea. Qualunque giudizio che emanasse dalla sensazione sarebbe giusto; e le azioni in sè sarebbero indifferenti. Lo che è falso.

L'idea semplice del diritto non è una pura forma del nostro spirito, bensì una concezione a priori di fatti reali; nello stesso modo che la concezione del



tempo e dello spazio corrisponde ad una realtà certa fuori di noi. Quindi l'idea del diritto è oggettiva, assoluta, immutabile. Essa si riferisce a principii e ad azioni, ad enti che non possono essere visti coll'osservazione, ma solo intesi colla ragione. Nel medesimo modo che noi concepiamo che un avvenimento si svolge nella durata del tempo, tuttochè il tempo non sia visibile; così pure concepiamo che le azioni sono giuste od ingiuste secondo i loro veri caratteri e le loro qualità intrinseche. La giustizia o l'ingiustizia di un atto sono cose reali quanto l'atto stesso. Queste qualità punto non dipendono dal rapporto di convenienza o disconvenienza dell'atto con un fatto esteriore e sensibile. Elle sono un rapporto di convenienza o disconvenienza in sè stesse. Le azioni hanno le loro assolute qualità morali, come i corpi materiali hanno le loro proprietà fisiche. Le qualità del giusto e del buono non sono dedotte da alcuna esperienza, sono tante verità primitive, tanti assiomi che ci balenano alla mente appena riflettiamo su di un atto. Queste verità fanno parte del vero assoluto ed eterno, che è secondo Price, un modo dell'essere di Dio. Così esse non sono formule desunte da un certo numero di fatti che noi possiamo applichiamo ad altri fatti congeneri: sì bene qualità intrinsecamente inerenti a ciascuno dei medesimi fatti.

Oltre le idee che appartengono solo all'intelligenza e solo alla sensibilità, ve n'ha altre che all'una e all'altra appartengono. Di questa natura mista sono per es. i giudizi con cui dichiariamo belle e lodevoli le azioni buone, e vituperevoli le malvagie. L'emozione aggradevole che ogni buona azione ci cagiona è un



fatto soggettivo, che, cioè, dipende dalla natura della nostra sensibilità: ma il giudizio che noi pronunciamo dipende dalla oggettività delle nozioni e delle idee che sono in noi a priori. Lo stesso piacere che proviamo per le buone azioni non ci apparisce come un risultato della organizzazione arbitraria della nostra natura, bensì come la conseguenza necessaria della natura degli oggetti che lo producono. Tali sono le sensazioni contrarie che sperimentiamo secondo che la giustizia in certi atti è stata rispettata o lesa. Ogni effetto sensibile, che si collega alle nostre primitive idee, è essenziale alla natura dell'oggetto che lo produce.

Dopo ciò, fondamento del diritto è, secondo Price, il bene, non fisico, ma morale. L'istinto e l'esperienza non ci possono dare i caratteri del bene assoluto. Esso appartiene alla pura ragione intuitiva ed è identico alla volontà di Dio. Dall'idea del bene nasce l'idea del dovere. Queste idee sono così strettamente legate che l'una non può stare senza l'altra: anzi esse non sono che due forme d'una sola e medesima concezione. Quindi il dovere è legge universale degli esseri umani: è assoluto e immutabile come il bene.

Price originando il diritto e il dovere dal bene assoluto è condotto ad ammettere una sanzione interna morale, in virtù della quale chi fa bene ha bene, chi fa male ha male. Questa sanzione assoluta fa sì che noi siamo inclinati a stimare e lodare l'uomo virtuoso essenzialmente ed unicamente perchè virtuoso. Quindi i riguardi esterni sociali, come p. es. che la virtù è utile alla società, il vizio le è dannoso, non hanno alcun valore e non determinano la nostra stima.

Così Price dà al principio giuridico una base so-



stanzialmente intrinseca e razionale e superiore ad ogni istinto ed esperienza.

Altri scrittori svilupparono con diverse modificazioni i principii razionali che regolano le azioni sì morali che giuridiche. Wollaston muove dal bene ch'ei fa consistere nel vero, in conformità al quale l'uomo deve costantemente agire. Secondo lui, si può mentire colle azioni come colle parole; attesochè le azioni sono segni del pari che le parole; e si può esporre o celare, affermare o negare la verità sì con le une che con le altre. Clarke, contraddittore di Hobbes, fonda l'obbligazione sul bene, ch'ei fa consistere nell'assoluto ordine universale. Crusius fa della volontà di Dio la regola suprema delle nostre azioni. Cumberland deduce la norma delle nostre azioni dal principio della benevolenza universale <sup>1</sup>. Altri partono dal perfezionamento dell'uomo, altri dalla felicità e così di seguito <sup>2</sup>.

Emanuele Kant elevandosi su tutti ha sviluppato altamente il sistema razionale puro del diritto.

Egli imprese a combattere il sistema esclusivamente empirico tanto nella filosofia che nel diritto, e cominciò dalla conoscenza. Già Locke aveva posto nella conoscenza un solo elemento, lo sperimentale. Kant invece vi pone due elementi, l'empirico e il razionale. L'ele-

<sup>1</sup> *De legibus naturae.*

<sup>2</sup> Gli scrittori che assunsero a base del diritto una qualità particolare o una determinata tendenza della natura umana partecipano del sistema naturale o del sistema razionale o dell'uno e dell'altro ad un tempo, secondo che quella qualità o tendenza appartiene all'ordine del senso o a quello della ragione o ad entrambi. Cumberland, Crusius, come pure Wolf, sono collocati nel sistema rzzionale. (Vedi Jouffroy Op. cit.).



mento empirico viene dal di fuori e lo spirito non fa che coglierlo: laddove l'elemento razionale viene dallo spirito stesso, che lo trae dal proprio fondo e lo aggiunge al primo. Dall'insieme di questi due elementi risulta la conoscenza. L'elemento sperimentale forma la materia della conoscenza ed è da Kant chiamato elemento materiale: l'elemento razionale costituisce la forma della conoscenza ed è detto elemento formale. La forma è il modello secondo cui la materia deve essere foggata. Forma e materia sono del pari necessarie; perocchè la forma senza la materia rimarrebbe un modello vuoto e la materia senza la forma non sarebbe raccolta ad unità, non sarebbe indirizzata ad un fine, si rimarrebbe, in una parola, informe.

La coesistenza necessaria dei due elementi nella conoscenza si prova di leggieri. Quando accade un fatto noi giudichiamo tosto che esso ha una causa. In ciò appariscono i due elementi: uno è la nozione del fatto, la quale ci viene dall'esperienza esterna per via dell'osservazione: l'altro è la concezione che tal fatto ha una cagione. Questa concezione ci viene dal nostro spirito, il quale la connette intimamente alla prima, facendo così dell'una e dell'altra una sola conoscenza. Questi due elementi sono inseparabili perchè da una parte niun fatto ci può apparire senza che ne concepiamo una cagione; dall'altra bisogna che il fatto ci sia apparso affinchè questa concezione sia possibile. La sola idea del fatto non costituisce la conoscenza. Questa suppone un giudizio, il quale non ha luogo senza la concezione della causa. Ma tale concezione non si produce mai in noi senza l'esistenza di un fatto che la determini.



La sola osservazione del fatto ci mostra che il fatto esiste, ma non che esso abbia una cagione. Questa sfugge al fatto perchè è di gran lunga superiore al fatto: e sfugge non ad uno solo bensì a tutti i fatti. Di modo che ove, per conoscere, non avessimo altro mezzo che l'osservazione, non sapremmo mai che le cose hanno una cagione. La cagione dunque viene da un'altra fonte superiore alla osservazione, dalla fonte dello spirito stesso. Perciò in ogni conoscenza vi hanno due elementi, uno *a posteriori*, l'altro *a priori*.

Dopo ciò Kant passa a determinare il carattere proprio dell'uno e dell'altro elemento. L'elemento materiale della conoscenza è essenzialmente variabile, limitato e particolare, mentre che l'elemento formale è essenzialmente immutabile e universale. Il primo cangia ed è contingente: il secondo permane ed è assoluto. Se nella caduta di un corpo distinguiamo l'elemento materiale, che consiste nel fatto della caduta, dall'elemento formale ossia dalla cagione troviamo che questa rimane inalterata mentre che il fatto può essere altrimenti. La caduta può essere di un ciottolo, di un legno, di un ferro e avvenire in un luogo o in un tempo anzichè in un altro: ma sarà sempre vero che essa ha una cagione.

Kant procedendo nell'indagine dei due elementi stabilisce che il fondamento di tutta la conoscenza umana è l'elemento formale e non punto l'elemento materiale. Diffatti, tolta la parte formale, non v'ha più alcuna conoscenza e alcuna verità. Al contrario, tolta la parte materiale, l'altra parte rimane pur sempre.

Poniamo che una volta, conosciuto un fatto, si sia stabilito che ogni fatto ha una cagione. Se in seguito



si tolgono tutti i fatti e si annienta tutto il reale, la proposizione che ogni fatto ha una cagione sussiste pur sempre, ella è pur sempre vera. Onde tutto ciò che vi ha di vero si trova nello spirito umano. Quanto esiste fuori di esso, tutto il mondo delle cose e dell'esperienza non è nè vero, nè falso: è semplicemente un fatto o un complesso di fatti. Il solo elemento formale dunque contiene la verità e la contiene a priori. Kant distingue le verità in teoriche e pratiche: chiama teoriche le concezioni a priori che non hanno alcun rapporto colla pratica, che non hanno per fine di muovere e determinare la volontà umana: come ogni fatto ha una cagione. Chiama pratiche quelle concezioni a priori o formali che hanno rapporto colla pratica: per es. cerca la tua felicità. Questa massima tende a divenire legge della volontà. Quindi la ragione, ossia la facoltà che concepisce queste verità, è distinta in speculativa e pratica.

Così nella ragione pratica, alla quale appartiene la morale e il diritto, egli muove da due nozioni fondamentali; dalla nozione della legge e del dovere e dalla nozione della causa libera ossia della personalità.

Secondo lui, non v'ha persona che non abbia a priori l'idea del dovere e del diritto e l'idea altresì di una libera causa. Egli poi assume questi due concetti e li esamina in sè stessi, astrazione fatta da ogni causa reale e da ogni essere vivente sommerso al dovere. Egli cerca solamente ciò che i due concetti implicano necessariamente in sè stessi.

Il concetto della causa importa che essa si determini da sè medesima, che non sia determinata da altra forza. Un ente che viene determinato o mosso da un



altro non è causa, ma in certo qual modo effetto di quello che lo determina. È impossibile concepire una causa, che non abbia in sè stessa il principio della propria determinazione e azione. Il che, in altri termini, vuol dire che il concetto di causa implica l'idea di un ente che si dà il proprio fine e lo assegue. Quest'ente deve necessariamente essere libero e intelligente. Imperocchè se esso non fosse libero, quand'anche si proponesse un fine, non potrebbe raggiungerlo: bisognerebbe che attendesse da altri un impulso per ottenerlo. D'altra parte se esso non fosse intelligente non potrebbe proporsi un fine. La causa dunque deve essere libera e ragionevole. E tale essendo, la legge della causa stessa non può essere costringente perchè non può esservi nessun potere esterno che la vincoli senza che ella cessi di essere causa. Altronde la legge della causa deve essere un motivo che la obblighi. Dove risiede il principio che obbliga e che ad un tempo non toglie la libertà? In ciò, che un motivo diviene obbligante quando è stato compreso e l'intelligenza se ne convinse. Il convincimento è il termine medio che sottopone ad una legge la libertà senza negarla. Se la libertà agisse senza un motivo interno che la determini e muova, essa non avrebbe alcuna legge e non esisterebbe per un fine da raggiungere.

Dunque il concetto di causa libera e intelligente implica un altro concetto, quello di una legge obbligatoria, ossia del dovere. Il concetto del dovere importa che il motivo che obbliga non possa essere indirizzato che ad un essere intelligente e libero. Per modo che come il concetto di un essere libero e ragionevole implica il concetto del dovere, così reciprocamente il con-



cetto del dovere implica quello di un essere libero e ragionevole.

Poichè l'essenza di un essere libero e intelligente è di avere in sè stesso il motivo della propria determinazione, segue che la legge di quell'essere debba essere conforme al concetto di lui, conforme, cioè, a tutta la natura libera e ragionevole; ossia una legge universale. In vero un essere ragionevole che dalla propria essenza trae la sua legge e il suo fine non può avere che una legge la quale partecipi della medesima natura della ragione e che applicandosi a tutti gli esseri ragionevoli sia universale. Onde carattere necessario della legge e del dovere è di essere universale e di essere compresa dalla ragione in modo che tutti gli esseri ragionevoli si riconoscano obbligati. Frattanto l'obbligatorietà e l'universalità sono i due caratteri essenziali della legge.

Così Kant, prescindendo dalla realtà, ricava dall'analisi dei due puri concetti della causa e del dovere le regole e le determinazioni dell'una e dell'altro. Egli non si cura se esistono esseri liberi e ragionevoli, bensì istituisce i principii assoluti cui dovrebbero uniformarsi cotesti esseri se esistessero. E per conoscere se dessi, esistendo, vi si conformano bisogna vedere se il motivo che li determina obbliga davvero, e inoltre se quel motivo può essere universalizzato, vale a dire eretto a precetto di legislazione universale. Kant non nega che un soggetto libero possa essere determinato da molteplice varietà di motivi; ma egli sostiene, come principio assoluto, che il solo motivo che possa produrre una determinazione ottima è quello che obbliga universalmente.



Dopo aver posto in astratto i principii e le regole della condotta degli esseri umani, prescindendo affatto dalla loro esistenza reale, Kant discende dai principii speculativi e si pone fra gli uomini. Quivi cerca i motivi che in concreto muovono e determinano la nostra volontà. Trova che noi siamo sollecitati e mossi dall'interesse personale, dal piacere e da differenti altri motivi. Li raccoglie tutti e prova che essi mancano dei due caratteri, uno obbligatorio l'altro universale, i quali costituiscono i soli motivi legittimi delle nostre determinazioni e azioni. Così per lui i motivi di Bentham, di Hobbes, di Smith non hanno un valore che obblighi. Tali motivi sono accessorii e puramente estrinseci e però non costituiscono l'intimo e assoluto movente del nostro essere e operare. Secondo lui il principio obbligante non può derivare dalla natura dei sensi e degli istinti, ma dai puri precetti della ragione. Così il precetto di fare il bene obbliga di per sé, indipendentemente dal vantaggio o dal piacere che ne possa derivare. Il bene va fatto per sé stesso, non pel motivo esterno dell'interesse o d'altro. Quindi tutto ciò che è appetito, desiderio, inclinazione, affetto non può mai essere un motivo che obblighi perchè non è un motivo morale, un principio razionale assoluto. Persino le azioni buone fatte per amore di Dio o per timore delle pene nell'altra vita non sono azioni morali più di quello che siano le azioni lodevoli e buone, ma fatte per ambizione od egoismo. Il motivo morale, o la legge razionale, che obbliga è talmente assoluto che sussisterebbe anche senza Dio, che persino obbliga Dio.

Laonde Kant diede al diritto una base essenzialmente intrinseca e razionale. Stabili massime generali



indipendentemente dalla esistenza concreta degli esseri, ai quali le medesime si applicano. Quindi non si prende alcuna cura della varietà degli individui e delle loro azioni: bensì risolve tutta quanta la varietà nell'unità delle leggi della ragione, la qual ragione per lui consiste nella somma o nel sistema delle forme e dei concetti con cui formiamo le nostre cognizioni a priori, cioè senza esperienza. Fuori della legge del pensiero e della essenza della ragione non v'ha alcun elemento morale e giuridico.

E però la teoria morale di Kant si riduce al postulato della ragione: Opera in modo che i tuoi atti possano divenire legge universale. Il qual postulato si risolve in ciò: opera conforme ad un fine che tu non ti proponi arbitrariamente, ma che ogni essere razionale si deve proporre. Ora nella pratica codesto mena a considerare sè stesso ed ogni altro essere ragionevole come fine. Perciò Kant fonda il regno morale come un regno di fini, ch'ei deduce dall'essenza stessa della ragione.

Da questa essenza deduce eziandio la teoria del diritto, mostrando che la libertà esterna è come contenuta nell'essenza della ragione. Perciò la volontà non deve essere determinata dalle impressioni del mondo esterno che sono di due specie: il sentimento interno e la forza esteriore. Entrambe devono soggiacere alla ragione perchè questa è la suprema potenza assoluta. Le impressioni destate da un appetito del senso cadono nella legge morale: quelle invece che ci vengono dalla forza esteriore cadono nella legge giuridica. La legge morale quindi è una legge interna che obbliga l'uomo ad osservarla: è una specie di coazione psicologica che



l'uomo esercita verso sè stesso. La legge giuridica è invece una legge esterna che tutela l'uomo rimuovendo la forza esteriore ed esercitando la coazione sugli altri. Di qui la differenza tra la morale e il diritto. La morale e il diritto sono da Kant ricavati dai concetti della ragione. Perciò l'ideale è il principio supremo dell'una e dell'altro. Ora il diritto dovendo regolare i rapporti della vita non può starsi un puro concetto immobile della ragione impersonale e assoluta, bensì deve discendere e internarsi nella varietà dei fatti e delle azioni e dei rapporti della vita. Come avviene questo passaggio dalle pure idee a priori ai fatti concreti e viventi? Quando Kant discende dalle altezze metafisiche alla società ed applica alla personalità vivente dell'uomo le sue forme assolute e i suoi puri concetti confonde l'impersonalità della ragione colla personalità dell'uomo, la legge razionale col soggetto reale, l'astratto col concreto, il mondo vero, che per lui è l'ideale, col mondo falso dell'esperienza. Egli in modo arbitrario desume qualche regola dalla ragione assoluta e qualche regola altresì dall'uomo vivente. Così da una parte fa dipendere la proprietà dal volere degli uomini e dall'altra sottopone i rapporti di famiglia all'impero della ragione. Una volta egli stacca la ragione dall'uomo, un'altra considera l'una e l'altro come un solo ente indiviso.

Egli risolve tutta la varietà del mondo esteriore nell'unità della ragione. Ma come, data quest'unità, io mi figuro quando un corpo inorganico, quando una pianta, quando un bruto, quando un uomo? Dato il concetto del diritto, come si spiega la diversità delle condizioni giuridiche e delle istituzioni sociali? Se la scienza filosofica del diritto non può omettere l'unità,



non può neanche omettere la varietà, la quale è un fatto universale e costante della vita e della storia ed ha un valore che vuole essere spiegato. Kant non deriva, come fanno altri razionalisti, tutta la varietà del mondo dall'unità semplice del pensiero: Egli ammette fuori della ragione un mondo diverso in sè stesso, mediante il quale la ragione per sè una e semplice si manifesta diversamente. Ma tuttavia la ragione dà unità alla stessa varietà che è fuori di lei. In fondo, egli dice, a tutta la diversità sociale vi è la ragione. Essa domina tutto il fenomenale e lo riduce all'unità <sup>1</sup>. Ma perchè abbia luogo codesta riduzione bisogna che siavi qualche rapporto tra l'unità della ragione e la varietà delle cose. Ora l'unità o la semplicità della ragione impersonale e astratta non ha alcun nesso necessario colla natura varia e composta delle cose, colla molteplicità degli oggetti particolari e contingenti; nello stesso modo che non evvi rapporto tra l'infinito e il finito. Affinchè la ragione fosse unita in guisa necessaria alla molteplice diversità delle cose, dei fatti, delle istituzioni dovrebbe contenere in sè stessa una diversità di concetti e di forme corrispondenti a quella varietà. E però la ragione dovrebbe essere in sè varia, come è vario il mondo.

Se non che la varietà fenomenica non esiste, secondo Kant, a priori nella ragione: in essa solo si trova l'unità. Ora, posta l'unità nella ragione e la varietà nelle cose, necessariamente avviene che la ragione nulla di per sè conosca della varietà del mondo e che applichi alle cose un'unità che non è nelle cose, ma solo in lei stessa. Quindi l'unità è sovrapposta e per-

<sup>1</sup> *Principii metafisici del diritto.*



mane estranea alle esistenze concrete e viventi. Queste perdurano sempre nella loro varietà. Di modo che la ragione viene accampata fuori della realtà.

Kant avrebbe dovuto ammettere che, quantunque la ragione sia originariamente dotata di concetti puri e di forme assolute, pur nondimeno quei concetti e quelle forme non abbiano alcun valore positivo e assoluto se non in quanto acquistano un contenuto reale dal mondo esterno dell'esperienza. In guisa che la ragione divenisse un essere, per così dire, vivo ed attivo passando attraverso la realtà delle cose. Anzichè negare ogni importanza alla esistenza reale e varia delle cose e degli istituti umani, e con un processo astratto dedurre tutto dalla ragione avrebbe dovuto assumere come materia necessaria della cognizione il reale nella sua varietà e riempire con esso le vuote forme del pensiero. Di guisa che la ragione non consistesse solamente nelle leggi immobili dell'intelligenza, nelle forme assolute del pensiero, nei puri concetti, ma eziandio per molta parte nella facoltà conoscitiva, mediante la quale il pensiero uscendo dal soggetto spaziasse negli obbietti, li riflettesse come specchio e ne formolasse i principii reali e le leggi. Così molte leggi assolute sarebbero riconosciute appartenenti non più alla ragione, ma alla realtà. La ragione non conterrebbe più la verità, bensì sarebbe il mezzo che adduce alla conoscenza della verità. A questo modo il mondo esteriore, sia la natura che la storia, cesserebbe di essere incatenato alle pure e immobili forme della ragione; in quella vece si introdurrebbero di continuo in essa nuovi elementi e nuovi veri atti ad empire, ampliare e sviluppare la stessa ragione.



Ogni nostra concezione ha un oggetto il quale non è contenuto nella ragione, ma è fuori di lei. La ragione dispiega le sue facoltà sugli oggetti per conoscerli ma essa stessa non è gli oggetti. Noi perveniamo alla cognizione della verità e della giustizia mediante l'attività della ragione, ma la verità e la giustizia non sono la ragione. Scambiare l'organo che conosce e riflette la verità e la giustizia colla stessa verità e giustizia gli è come scambiare l'occhio cogli oggetti che esso vede, o come ritenere che gli organi del corpo coi quali ci nutriamo sieno il nutrimento stesso.

Kant vuole che la ragione comprenda il tutto e dia al sapere non già una base particolare e accidentale, quale è quella dei sensi e dei fatti sempre limitati e labili, sì bene una base necessaria e assoluta, la quale perduri inalterata oltre ogni variare di fenomeni. Egli vuole cogliere il fondamento ultimo e necessario che si nasconde in tutte le apparizioni; il permanente interno nell'esterna mutazione. Se non che prima di arrivare al fondamento delle cose bisogna attraversare le cose stesse; prima di raggiungere il tutto universale bisogna percorrere i particolari. Ciò che Kant pose come primo è ultimo: innanzi di dedurre dall'universale il particolare bisogna conoscere i particolari e da essi indurre l'universale. Invece del metodo deduttivo astratto fa mestieri il metodo induttivo concreto.

Che il diritto appartenga non al solo pensiero ma anche a qualche cosa che è fuori del pensiero si vede anche da ciò, che mentre il pensiero e la ragione è, secondo Kant, illimitato ed eterno, il diritto invece è dovunque limitato e finito. Inoltre il diritto riconosce la propria esistenza in gran parte dalla libertà, i cui



atti obbligano giuridicamente, p. es. i contratti. Sicchè non solo il pensiero, ma anche l'azione entra a costituire il diritto.

Tutti i concetti puri di Kant sono tante forme vuote che abbisognano di essere riempite di oggetto e di contenuto reale. La nozione della libertà e del diritto al pari di tutte le cognizioni a priori ha bisogno di essere determinata in concreto: e appena viene così determinata non è più la medesima, muta quasi natura. Il diritto è uno, necessario ed eterno nella sua nozione formale, ma nella realtà è vario, limitato e contingente. La libertà nel suo concetto è assolutamente uguale per tutti; ma ciò perchè non è determinata per alcuno. Quando il diritto e la libertà acquistano un contenuto reale si dilegua la loro uniformità e uguaglianza assoluta e diventano particolari e ineguali. Ciò perchè i concetti kantiani sono una mera possibilità, la quale man mano che si determina e si riveste di elementi concreti si fa necessariamente disforme e varia nei diversi tempi e luoghi. Questa opposizione tra la ragione e la realtà deriva da ciò che Kant intese per ragione le forme e le leggi immobili della intelligenza e non già l'attività vivente e progressiva della medesima. Se egli avesse considerato la ragione come attiva e impersonata nell'uomo non l'avrebbe accampata fuori dell'azione, della vita e della realtà, e sarebbe stato indotto ad ammettere la libertà e il diritto più che nelle forme razionali pure, nella realtà vivente ed operante dell'uomo.

Non ostante la critica che si può fare a Kant e in particolare alla sua teoria filosofica del diritto non si deve sconoscere che egli è capo di quella scuola pura, la quale in certo modo riprendendo e continuando le



tradizioni di Platone portò al più alto sviluppo la coscienza razionale del diritto. Ciò che da Grozio, Hobbes, Bentham ed altri fu fatto intorno allo studio della natura; da Volfio, da Kant e da altri fu fatto intorno allo studio della ragione. Così un ordine di scrittori perfezionò l'analisi e la conoscenza della natura umana; ed un altr'ordine perfezionò la cognizione della ragione umana. Per tal modo le due direzioni di Platone e di Aristotile sono state portate nei tempi moderni ad uno sviluppo scientifico affatto nuovo. Questo sviluppo operò un mutamento e una rivoluzione nella filosofia del diritto. Sino a Grozio non esisteva questa scienza come sistema indipendente di principii determinati. Da Grozio a Kant prese nome di *diritto naturale*, titolo pienamente legittimo dacchè il diritto era fondato sulla natura. Ma con Kant il diritto cessò di essere fondato sulla natura: in quella vece venne fondato sulla ragione. E però al titolo di diritto naturale fu sostituito quello di *diritto razionale*.

Il diritto razionale di Kant ha informato e informa tuttavia la filosofia del diritto; divenne anzi la filosofia del diritto dominante. In generale gli scrittori anco più recenti convengono con Kant che vi sieno fatti, rapporti e condizioni umane fuori della ragione, ma che tai rapporti e condizioni sieno soltanto giusti in quanto corrispondono alle regole preesistenti della ragione.

Dopo Kant, gli scrittori che seguirono quella direzione razionale non segnarono alcun grande progresso nella filosofia del diritto, ad eccezione di Fichte. Secondo Amedeo Fichte, continuatore di Kant, la ragione consiste non già nelle vuote forme del pensiero, sibbene nell'essere pensante, nell'uomo in quanto opera se-



condo le leggi del pensiero. La ragione impersonale di Kant diventa coscienza personale in Fichte. Ciò che Kant ricava dalle leggi del pensiero, Fichte lo ricava dalle leggi della coscienza, la quale è qualche cosa di più concreto e di più vivo della ragione kantiana. Le forme fisse e immobili di Kant diventano attive e mobili in Fichte perchè identificate colla personalità vivente dell'uomo. Quindi Fichte, personificando nelle individualità le categorie kantiane, fa che queste non formino più tante massime generali ma si tramutino in massime particolari negli individui.

Quindi la libertà e il diritto non conseguono dai puri concetti della ragione ma dalla esistenza reale della personalità vivente: con ciò è meglio riconosciuta la loro base positiva. Il diritto anzichè spettare alla pura ragione viene incarnato nell'essere personale <sup>1</sup>.

Del resto Fichte anco più di Kant deduce tutto a priori, non solo le regole razionali, ma anche le relazioni e gli oggetti delle medesime, persino i corpi del mondo esterno. Ciò perchè ponendo egli la personalità operante e consapevole in luogo delle pure forme della ragione, segue che mentre per Kant le leggi del pensiero sussistono in sè, astrazion fatta dal soggetto e da tutti gli oggetti, per Fichte invece v'ha identità tra ragione e soggetto e tra soggetto e oggetto. L'identità della ragione e del soggetto è evidente: essa risulta dall'essere la ragione attiva e impersonata nell'uomo. L'identità del soggetto e dell'oggetto conseguita da ciò che nell'*io*, che è la coscienza di sè, vi ha ad un tempo il soggetto pensante e l'essere corpo-

<sup>1</sup> *Diritto Naturale.*



reo e naturale. Per cui l'io è ad un tempo soggetto ed oggetto. Pertanto Kant e Fichte sono particolarmente i due filosofi che hanno sviluppato e perfezionato il carattere razionale e soggettivo del diritto. Eglino passarono dalla natura fisica alla natura razionale e perciò approfondirono la coscienza filosofica del diritto. Mentre gli scrittori anteriori fecero la natura esclusivo oggetto dei loro studi ed unico o almeno principale fondamento del diritto, Kant e gli altri elevandosi di gran lunga su la natura entrarono nel puro regno del pensiero e svelarono la potenza della ragione. E così il diritto acquistò vie meglio doppia base, *naturale e razionale*.

Sin qui adunque la filosofia del diritto acquistò dalla serie successiva dei sistemi due grandi fondamenti. Se non che il fondamento della natura e quello della ragione non bastano ancora: fa mestieri altresì il *fondamento istorico*.

Ora il *fondamento storico* del diritto venne formulato dalla scuola storica di Germania. Già in Bodino e Bacone comincia a vedersi qualche principio della nuova scuola. In Machiavelli la storia prende un andamento metodico indirizzato a grandemente ammaestrare la vita. Per lui, gli uomini nel procedere loro denno studiare i tempi e ai medesimi accomodarsi. Egli vede nella storia la legge della continuità essendo che ogni mutazione lascia l'addentellato per la edificazione dell'altra. Montesquieu segnatamente precorse la nuova scuola poichè considera le leggi e in generale le istituzioni giuridiche nel loro nesso con tutte le condizioni di un popolo, vale a dire colla natura del paese, col clima, col temperamento, coi costumi, colla religione. Egli vede in ogni popolo un genio particolare e quindi considera



i popoli come tante individualità, le quali hanno un fine proprio da compiere. Tutto ciò insieme ad alcune massime quà e là sparse da parecchi altri scrittori formò i primi rudimenti del sistema storico. Ma perchè la storia potesse entrare come uno degli elementi essenziali nella filosofia del diritto doveva essere elevata, più che ad ammaestramento, a scienza. Lo che tentò pel primo di fare, non senza grandi risultamenti, Giambattista Vico.

Il Vico critica Platone perchè considera l'uomo come dovrebbe essere, non come è; l'uomo ideale non l'uomo storico; e tiene conto dello sviluppo umano per arrivare attraverso di esso a quel modello ideale che Platone creò a priori. Mentre Platone vuole che la storia non sia che l'attuazione dell'ideale; e quindi immedesima la natura storica e la natura ideale dell'uomo; Vico invece fonda la storia sulla potenza della volontà, a cui si appuntano i fatti, la quale è diversa dalla potenza dell'intelligenza a cui si appuntano le idee. Quindi egli venne alla fondamentale distinzione del vero e del certo, attribuendo il vero all'intelligenza, il certo alla volontà ossia al fatto. Ma l'intelligenza e la volontà si appuntano, come a centro comune, all'unità vivente dell'uomo, e però ha da essere tra il vero dell'intelligenza e il certo della volontà armonia e unità. Questa unità si forma mediante la conversione del certo col vero: la quale si opera nel seguente modo. Il certo è prima limitato dal fatto particolare, il quale poscia si estende, in fine diventa universale; ed è allora che il certo si converte col vero, che il fatto della volontà si identifica col vero della mente. In questo processo di universalizzazione il certo si avvicina



progressivamente al vero finchè da ultimo gli si immedesima. Per cui il vero sociale non può essere conosciuto senza il certo della storia, nella quale lo spirito umano si attua, si svolge e si rivela. Così Vico pervenne a conciliare l'uomo ideale di Platone e l'uomo storico di Tacito.

Posto che per via della universalizzazione del fatto, il certo che ne scaturisce si traduca nel vero, bisogna anzitutto conoscere i fatti e separare i particolari e gli accidentali dagli universali e necessari: questi solo costituiscono quel certo che si converte col vero. Perciò non tutti i fatti sono storici: molti ve n'ha di niun valore. Fatti storici sono i fatti generali e costanti e quelli che lasciano vestigi di sè. Gli altri non hanno alcun valore e somigliano alle foglie degli alberi che cadono in autunno.

Raccolti i fatti veramente storici, per ridurli a sistema occorre altresì stabilire la natura comune di tutti quanti gli uomini. Però che, scrive un valente illustratore del Vico <sup>1</sup>, come sotto la varietà successiva e fenomenica della coscienza individuale si occulta e perdura una sola unità; similmente sotto quest'onda di uomini che va e viene su la terra, incalzata dal tempo, si nasconde e vive un solo pensiero umano. Perciò il Vico investigò e pose una legge unitaria esplicativa, una psicologia delle nazioni <sup>2</sup>. Per lui il modello platonico non può raggiungersi se non dopo che lo spirito umano avrà raggiunto l'ultimo sviluppo nelle diverse e molteplici manifestazioni della propria attività.

<sup>1</sup> Lettere sulla *Scienza Nuova* del Ch. Prof. Francesco Fiorentino.

<sup>2</sup> *Scienza Nuova*. 1725.



La coscienza di questo sviluppo non è data a priori, non preesiste come nell'idea platonica, bensì si svolge e si perfeziona assieme allo stesso sviluppo storico. Egli costruisce la storia e ne fissa le leggi dello sviluppo partendo dalle tre facoltà che assegna allo spirito umano, le quali sono: dapprima senso; poi fantasia; da ultimo intelletto. Queste facoltà si succedono e ad esse corrispondono tre età: divina, eroica ed umana. Ogni età si distingue pure in tre momenti che sono: la religione, l'arte e la scienza. Alle tre facoltà ed età corrispondono puranco tre forme di governo: la teocratica o divina, l'aristocratica od eroica, e l'umana che può essere popolare o monarchica. Vi sono puranche tre giurisprudenze: la teologica, l'eroica e l'umana. Finalmente tre lingue: la geroglifica, la simbolica, e la volgare.

Platone anch'esso aveva posto tante forme di governo quante sono le facoltà dello spirito. E poichè fra le facoltà umane primeggia la ragione, diè la preferenza assoluta al governo dei sapienti ossia degli ottimati. Dopo il governo dei saggi viene quello dei guerrieri perchè il coraggio sta dietro alla ragione, protegge i precetti di questa contro gli appetiti sensuali della moltitudine. Ultimo viene il governo della classe composta di agricoltori, artigiani e mercanti, che Platone degrada col nome di vili mercenarii. Se non che Platone non tenne alcun conto dello sviluppo storico delle facoltà umane per determinare nei diversi tempi la forma prevalente di governo. Per cui egli stabilì assolutamente per tutti i tempi la forma aristocratica. Il Vico invece segnò lo svolgersi graduale delle facoltà umane e formola una legge storica, secondo la quale



nelle diverse epoche prevale o il senso, o la fantasia, o l'intelletto; a cui corrispondono altrettante forme storiche di governo. Il dispiegamento successivo della ragione umana sul senso primitivo avviene nel seguente modo. Dapprima l'uomo si trova chiuso nel sentimento e nella vita, che sono di loro natura limitati e particolari. Poi per una naturale tendenza che lo muove verso l'uniforme e l'universale cerca di uscire dalla particolarità del sentimento e, per così dire, dal proprio corpo: si rivolge a qualche altro particolare, al quale il suo proprio rassomigli <sup>1</sup>. Due particolari che si assomigliano rompono di già in qualche modo il proprio limite e vanno allargandosi. Continua così a procedere dal particolare all'universale finchè al sentimento e alla vita succede la riflessione e la ragione <sup>2</sup>. È questo il medesimo processo onde il certo si converte col vero.

Per via di questo sviluppo della ragione umana l'uomo dispiega la propria potenza. Dapprima egli immerso nei sensi immaginosi deifica ogni cosa naturale, poi comincia a distinguersi dalla natura, infine si pone come uomo ossia come intelletto. Man mano che si sviluppa l'intelligenza l'uomo acquista maggior forza di volontà e di potere. Il conoscere determina il volere e il potere: perocchè l'uomo tanto vuole quanto sa e tanto può quanto vuole. E però la facoltà conoscitiva

<sup>1</sup> Lettere citate del Ch. Prof. Fiorentino.

<sup>2</sup> Il Vico peraltro fece succedere con ritorno perpetuo le tre età: quindi i popoli cadono e risorgono continuamente. Egli è l'autore della teoria dei *corsi e ricorsi delle nazioni*. Il principio del progresso continuo nella storia è un trovato posteriore. — Vedi la *Teoria del progresso dell'umanità e del diritto* — nel mio *Nuovo Diritto*, pag. 419.



è la facoltà principe dalla quale rampollano e ricevono norma e misura le altre due del volere e del potere. Quindi il Vico indaga come l'uomo conosca, per ind sapere come l'uomo operi e faccia la storia. Egli ammette che l'uomo conosce bene ciò che esso stesso fa: quindi deve essere possibile una scienza della storia, atteso che questa è un prodotto dello spirito umano. Così il Vico è a ragione considerato il creatore della filosofia della storia. La storia per lui non è una casuale congerie di fatti, ma una necessaria incarnazione dello spirito nella realtà. Lo spirito senza la storia è sterile e vuoto, come la storia senza lo spirito non ha un principio che la governi, è accidentale e vana. Perciò quella legge provvidenziale che esiste nel mondo della natura deve pur anco esistere nel mondo della storia. Riconobbe e stabilì il Vico che il mondo della storia non è un puro riflesso della volontà subiettiva o del libero e mutevole arbitrio, ma, come egli stesso dice, nel giro de' generali è l'opera della provvidenza, la quale indirizza le stesse passioni degli uomini ad un fine buono e razionale. E qui il Vico segnò un grande progresso sul concetto e la natura della provvidenza quale riscontrasi nella filosofia teocratica del diritto del medio evo. Mentre per sant'Agostino e san Tommaso la provvidenza che governa la storia era sovranaturale e divina, pel Vico invece è naturale ed umana. Anche Bossuet e tutti i fautori della chiesa ammettono una provvidenza esterna e superiore, la quale viene in aiuto dell'umanità impotente colle sue naturali facoltà a raggiungere il proprio fine. Vico all'opposto sostituisce alla provvidenza divina la provvidenza umana: con che rese possibile la spiegazione delle vere cause dei fatti.



Eliminato l'intervento sovranaturale, la provvidenza si risolve nelle azioni umane e nella persuasione degli animi che esista la provvidenza sovranaturale, non nell'azione della provvidenza stessa. Persuasi gli uomini dover esistere una provvidenza che con norme li dirige verso un fine si danno essi stessi la norma e il fine, impongono alle proprie azioni, a sè stessi una legge. E ciò e' prima fanno indovinando, poscia fantasticando, da ultimo ragionando secondo le tre facoltà dello spirito; senso, fantasia e intelletto. Per cui la provvidenza non consiste nell'azione di Dio ma nella persuasione degli animi umani che una tal provvidenza debba esistere. Ond'essa è tutta naturale ed interna allo spirito, non esterna e sovranaturale <sup>1</sup>.

Frattanto Giambattista Vico ha pel primo posto e sviluppato scientificamente l'elemento storico, il quale più tardi informò la scienza del diritto. Oltre ad avere posto il principio storico da non confondersi col principio naturale e col principio razionale, il Vico ha eziandio formulato alcuni canoni che valsero quai postulati fondamentali alla scuola storica del diritto. Così p. es. la legislazione considera l'uomo qual è: la filosofia quale deve essere. Il diritto naturale delle genti è uscito coi costumi delle nazioni senza alcuna riflessione. I governi escono dalla natura degli uomini governati. La qual natura produce i costumi e i costumi determinano gli stati del popolo; donde vengono le leggi. Epperò le leggi formolate dal legislatore debbono

<sup>1</sup> Questo punto capitale in cui la provvidenza di divina si fa umana è posto in chiaro dal Ch. Prof. F. Fiorentino e già prima rilevato dal dotto commentatore del Vico Cataldo Jannelli; ed ora in parte anche da Carlo Cantoni.



essere in rapporto continuo con lo stato storico in cui trovansi gli uomini governati. Quest'ultimo pensiero si risolve nella massima fondamentale della scuola storica che il legislatore debba essere l'organo che interpreta e rappresenta la coscienza giuridica del popolo. Vero è che il Vico meditò un diritto ideale eterno: ma riconobbe altresì che quel diritto corre nello spazio e nel tempo, si sottopone cioè alle condizioni storiche universali. Impertanto il Vico mentre fondava la filosofia della storia presegnava la recente scuola storica del diritto.

Quegli poi che ha formolato la novella scuola fu Federico Savigny. Il Vico aveva posto la fonte del diritto nell'ordine delle cose <sup>1</sup>. Savigny invece cerca nella storia come siasi originato e svolto il diritto. Egli è il primo che sistematicamente abbia fondato il diritto sulla storia, mentre prima di lui già sappiamo che lo si fondava esclusivamente sulla natura e sulla ragione.

Presso ogni popolo, egli dice <sup>2</sup>, noi vediamo il diritto civile rivestire un carattere determinato, affatto peculiare a quel popolo, non altrimenti che la sua lingua, i suoi costumi, la sua costituzione politica. Tutte queste differenti manifestazioni non hanno punto un'esistenza separata; ma sono altrettante forze e attività di quel popolo, in natura indissolubilmente collegate e che solo alla nostra esterna osservazione appajono quasi dissociati elementi. Ciò che di codeste manifestazioni forma un sol tutto è l'universale coscienza del popolo, è il sentimento uniforme di intimi bisogni, il

<sup>1</sup> *Dell' Unico Principio e dell' Unico Fine dell' Universo Diritto.*

<sup>2</sup> *Della Vocazione dell' età nostra per la Legislazione e la Giurisprudenza.*



quale esclude ogni idea dell'origine meramente accidentale e arbitraria del diritto. Il diritto nei tempi primitivi si riveste di atti simbolici, i quali possono considerarsi come la vera grammatica del diritto. In seguito sviluppandosi la capacità di astrarre, la scienza formola i canoni del diritto. Ma quest'organamento scientifico del diritto non è assolutamente possibile nelle età primitive.

La naturale dipendenza del diritto dai costumi e dal carattere del popolo si conserva pure nel progresso del tempo, non altrimenti che il linguaggio. Tanto per questo che pel diritto non v'ha istante di assoluto riposo. Ogni movimento e sviluppo sta sotto la medesima legge d'intrinseco bisogno. Onde il diritto progredisce col popolo, si perfeziona con lui o perisce quando il popolo perde il suo carattere.

In ogni civiltà crescente, sviluppandosi molto le varie attività del popolo, queste si vanno sempre più separando e tutto quello che prima era di comune appartenenza del popolo si divide in molteplici rami distinti, uno dei quali cade in mano dei giuristi. In questo stato il diritto prende un andamento scientifico e dove per l'innanzi viveva nella credenza e nella cognizione popolare, ora è diventato di competenza dei giuristi, dai quali il popolo per questa parte viene rappresentato. D'ind' in poi il diritto diviene un organismo più complicato giacchè non cessando pur mai di vivere la vita del popolo ne ha esso un'altra come scienza speciale nelle mani dei giuristi. Quindi Savigny distingue due elementi nel diritto: l'*elemento politico* che si forma e si svolge nella vita del popolo; l'*elemento tecnico* che forma l'esistenza scientifica del di-



ritto. Fra questi due elementi non v'ha mai assoluta separazione. Soltanto può prevalere l'uno o l'altro, secondochè è più o meno sviluppata la vita del popolo. Ma la vera fonte del diritto è la vita e la coscienza del popolo: la dottrina del diritto o la giurisprudenza è una fonte secondaria.

Pertanto, conclude Savigny, ogni diritto trae origine dagli usi e dalle consuetudini, esso cioè è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, indi dalla giurisprudenza; sempre dunque da una forza interiore e tacitamente operosa e non mai dall'arbitrio di alcun legislatore <sup>1</sup>.

Savigny per propugnare la scuola storica contro la scuola razionale pura, ch'ei chiamò antistorica, fondava un giornale <sup>2</sup> assieme a Eichorn e a Göschen. In un articolo sulla fondazione di quel giornale espone <sup>3</sup> l'essenza della nuova scuola e dichiara che lo spirito di essa non si può bene intendere finchè la si limiti al solo diritto civile, mentre ella è d'una natura molto più universale e si appalesa più o meno in tutte le umane cose ed in quelle maggiormente che conducono alla costituzione e al governo degli stati. Egli formola nel seguente modo le idee fondamentali della scuola storica.

Dal punto di vista di questa scuola non v'ha alcuna esistenza parziale e segregata, sia nel diritto che nella vita e nella storia. Anzi, tutto quello che può essere apparentemente considerato come particolare non è che un

<sup>1</sup> *Della Vocazione ecc.* Capo I. Origine del diritto positivo.

<sup>2</sup> *Giornale di Giurisprudenza Storica.* 1815.

<sup>3</sup> Vedi — *Ragionamenti Storici sul Diritto.* — Volume che contiene parecchi articoli staccati e lavori parziali di Federico Savigny.



elemento di un tutto più generale. Onde come ogni uomo individuo devesi necessariamente considerare quale membro d'una famiglia, d'un popolo, d'uno stato; così ogni epoca novella deve considerarsi come la continuazione e lo svolgimento dei tempi passati. Ciò posto, ogni epoca non produce da sè volontariamente e arbitrariamente la propria esistenza: ma è questa in connessione necessaria con tutto il passato. Questo che attualmente esiste non è intero prodotto della volontà particolare del presente, ma oltrechè si connette al passato dipende altresì dalla destinazione più elevata del popolo, che perennemente si svolge e si attua. Di questo ideale dei popoli il presente è un momento che nel tutto e col tutto vuole ed opera; sicchè tutti i momenti della storia si connettono e fanno un tutto. La storia è quindi il solo mezzo a veramente conoscere la nostra esistenza attuale. Perciò la riflessione attiva del nostro spirito deve essere indirizzata a studiare questa intima e necessaria connessione nelle tradizioni del passato.

In conformità a questi principii generali la scuola storica, dice Savigny, opina che il diritto sia la tradizione del passato, che proceda dallo spirito e dalla storia d'una nazione.

Il progresso che la recente scuola ha segnato nella scienza del diritto consiste nell'aver dato al diritto un nuovo fondamento, che non si trova in tutti i sistemi anteriori. Il diritto per essa origina dalla storia, nella quale e colla quale si svolge e si perfeziona in guisa da apparire parte organica della grande vita dei popoli e da intimamente e universalmente collegarsi al movimento dell'umanità. Esso non è una manifestazione



dell'istinto fisico, nè una forma ideale assoluta e immobile, ma qualche cosa che vive e si muove e perennemente si forma; è uno degli elementi della intera vita del popolo che si collega intrinsecamente a tutti gli altri elementi, alla lingua, all'arte, alla scienza, ai costumi; i quali insieme procedono reciprocamente determinandosi come un tutto indivisibile animato e mosso da un principio interiore e vivente.

La storia, nel cui seno il diritto nasce e si sviluppa, forma una continua tradizione progressiva, nella quale il presente è un periodo che in ogni sua parte viene determinato dal passato, che non può mai esistere separatamente, nè è conoscibile ove non si risalga a investigarne la genesi nel passato. Donde la continuità del diritto e il suo sviluppo nella storia. Il diritto, diceva Savigny, è in istato di genesi e di esplicazione continua <sup>1</sup>.

Lo stesso Savigny rispondendo all'accusa mossagli di voler fare il suo secolo mancipio del passato osservava: Sostenendosi che la scienza considerata sotto il punto di vista istorico ponga l'antica forma del diritto quale tipo assoluto e immutabile pel presente e per l'avvenire si altera affatto questo punto di vista. Al contrario chi mira spassionatamente impara da esso a conoscere il merito e l'indole di ciascuna epoca, giacchè più di tutto tende a chiarire il nesso che congiunge al passato il presente, il qual nesso ove ci sfuggisse, coglieremmo le manifestazioni esterne del diritto, ma non potremmo penetrarne lo spirito. Parlando in particolare del diritto romano questa dottrina non gli at-

<sup>1</sup> *Storia del Diritto Romano nel medio evo.*



tribuisce punto, come si crede, un' autorità illimitata, ma studia l'insieme del diritto moderno con l'intento di scoprire e di stabilire tutto ciò che abbia una certa origine romana per impedire che a nostra insaputa ne siamo dominati; poscia decompone l'elemento romano e se alcuna di queste parti morte nel fatto non conserva che un'apparenza di vita elimina tale superfetazione per aprire un campo più libero allo sviluppo e all'azione salutare degli elementi vivi. Questo lavoro lungi dall'esagerare l'autorità del diritto romano molto gli toglie e persino non poco di quanto vi è compreso dagli oppositori <sup>1</sup>. In somma Savigny non voleva punto incatenare il presente al passato, ma solo conoscere storicamente il diritto.

La conoscenza storica non nega punto la mutazione e il progresso delle condizioni giuridiche. E però da essa non consegue che le norme di un tempo passato si debbano far rivivere e applicare in un tempo posteriore quando lo stato giuridico è mutato. Il principio storico non consiste nel ricondurre la storia al passato, bensì nel riconoscere in essa una costante potenza interna di sviluppo progressivo e continuo.

Dopo ciò si vede che il diritto, secondo la scuola storica, è una specie di essere organico ed insieme libero e consapevole che si svolge e matura in seno alle condizioni tutte di un popolo. Non però esso è, come pretendono gli avversarii di questa scuola, una mera produzione della natura, un puro fatto naturale che cresce e si sviluppa a guisa di una pianta senza libertà e senza intelligenza. In quella vece la libertà e l'intelligenza

<sup>1</sup> *Sistema del Diritto Romano moderno.*



hanno parte intima ed essenziale nel diritto. Solamente il diritto prende corpo nei fatti in modo da apparire una produzione storica dello spirito. La scuola storica, messi da canto gl'istinti e i fatti di natura della scuola sentista non che le idee pure della scuola astratta, origina il diritto dai fatti umani, ossia dagli atti della volontà che si manifestano negli usi e costumi, nelle consuetudini e tradizioni di un popolo.

La natura si svolge inconsapevolmente e necessariamente; la storia invece è un prodotto dello spirito, la cui essenza è libertà e consapevolezza. E però la scuola storica, giova ripetere, non considera il diritto e il suo svolgimento come un essere che si sviluppa obbedendo alle leggi irresistibili di una evoluzione tutta naturale. Bensì stabilisce in prima che esso comincia coll'azione e che in seguito interviene la riflessione a formolarlo scientificamente. Di modo che nella formazione del diritto concorrono due elementi egualmente necessari, il fatto che comunemente prende forma di consuetudine, poi la coscienza riflessa del fatto stesso. L'azione che precede l'intelligenza diviene poi il materiale dell'intelligenza stessa, la quale esplica meglio e perfeziona il diritto facendone di un prodotto spontaneo un prodotto elaborato e riflesso. Codesto è consentaneo alla legge fissata dal Vico, che cioè l'uomo, essendo prima senso poi ragione, prima opera e crede poi riflette e giudica. Se non che la riflessione che succede ad un fatto preesistente sovente preesiste e precorre fatti futuri; e però è anch'essa autrice del diritto. La riflessione che è succeduta all'azione prepara e forma una nuova azione, essendo così determinata da un'azione e determinatrice di un'altra.



Laonde non può sostenersi che la scuola storica escluda dal diritto la libertà e l'intelligenza; d'altra parte nol fonda sulla intelligenza pura. Per cui mentre si separa dalla scuola naturale, la quale originariamente il diritto dagli istinti animali e dalle qualità fisiche da considerarlo sussistente quasi ancorchè non esistesse l'intelligenza, si separa altresì dalla scuola pura avvegnachè la costringa a cercare fuori della ragione e delle idee un contenuto e una materia che le dia l'essere e la vita <sup>1</sup>.

La scuola razionale non ammette alcun sviluppo intrinseco nell'idea del diritto: per lei il diritto ne' suoi diversi gradi e progressi altro non è che l'attuazione successiva degli archetipi assoluti della mente. La scuola naturale ripone l'origine e 'l fondamento del diritto nella essenza fisica prescindendo dalla essenza morale e intellettuale. La scuola storica tramezza, per così dire, l'una e l'altra originando il diritto dai fatti umani che in fine sono fatti della volontà, a cui necessariamente tien dietro la coscienza e la riflessione. Suoi postulati sono: che il diritto si collega intimamente alla vita del popolo; che esso in prima si forma per una esplicazione spontanea e indi si perfeziona coll'attività dell'intelletto; che in fine è, come la storia, in via continua di formazione e di progresso.

Questa scuola riconosce o almeno conduce a riconoscere una profonda verità; cioè che la storia è retta da una intelligenza e da un governo e che si svolge

<sup>1</sup> Vedi il mio *Saggio di Filosofia Giuridica* in cui svolgo con ampiezza i principii fondamentali della scuola storica da un punto di vista speculativo e dò le principali notizie sulla letteratura di essa.



in armonia ad un ordine e ad un fine non arbitrarii, bensì voluti da quelle stesse leggi assolute che reggono il mondo.

Se non che essa mal può bastare alla compiuta filosofia del diritto perchè si limita a dare forma riflessa e scientifica al diritto storicamente esistente: in mentre che, oltre di questo, la filosofia del diritto deve sorpassare i limiti del passato e del presente, e spingersi nel futuro istituendo principii di universale giustizia. Senza di che sarebbe fredda spettatrice di quello che è stato e chiusa affatto all'avvenire. La scienza filosofica del diritto non s'arresta soltanto alle tradizioni del passato, ma le spoglia per indurne principii riflessi per l'avvenire.

Intanto che questa scuola con Savigny mutava radicalmente l'indirizzo della scienza del diritto, gli studii storici con Niebuhr progredivano mutando essi pure indirizzo. Quindi quel movimento del pensiero che tende a convertire la storia in scienza, a fissare la legge dei fatti e dell'incivilimento, come ne offre dottissimo esempio, fra gli altri, l'inglese Buckle; e che finirà collo stabilire in gran parte le leggi del mondo morale, come si è già fatto rispetto al mondo fisico. È questa una conferma ed una esplicazione della veduta fondamentale del Vico formolata brevemente così: l'uomo per una lunga serie di esperimenti tende a fissare le leggi dell'ordine morale e cosmico.

Tutto il sin qui detto addimostra irrepugnabilmente che i sistemi che si sono succeduti da Platone fino a noi hanno generato qualche nuovo principio e perfezionato una base particolare del diritto; e che risultato finale di tutti i loro progressi e del movimento



generale del pensiero umano è il ritrovamento e l'accertamento dei tre grandi elementi: *l'elemento razionale*; *l'elemento naturale*; *l'elemento storico*; i quali insieme compenetrati denno dare la vera e intera base della filosofia del diritto.

Se non che nei diversi tempi i diversi sistemi hanno assunto a fondamento un particolare elemento: e niun sistema èvvi che tutti assieme li abbia compresi come unico universal fondamento. Il perchè tutti furono parziali ed esclusivi e perciò incompiuti e imperfetti.

La filosofia del diritto che parte dal solo puro elemento razionale; mentre nega il progresso nell'ordine ideale del diritto e non comprende punto la parte sensibile e storica dell'uomo e della società; spezza il vincolo che unisce lo spirito e l'intelligenza alla vita e alla natura. La filosofia del diritto che si fonda esclusivamente su l'elemento naturale nelle sue diverse forme e manifestazioni è ancor più tronca e dimezzata della prima; però che mette in non cale l'essenza superiore della libertà e della ragione, poco o nulla distingue il regno umano dal regno animale, e particolarmente sconosce che l'ordine superiore della ragione può piuttosto in sè contenere l'ordine inferiore della natura, che questo contenere quello. Imperocchè la ragione umana essendo una manifestazione superiore al senso ha eziandio leggi e fini superiori che suppongono e in qualche modo implicano i fini subalterni della natura, che non possono in nessuna maniera essere abbassati e subordinati a questa. Finalmente la filosofia del diritto che si attiene unicamente e troppo all'esperienza storica non può elevarsi sino alle cagioni dei fatti, le quali sono fuori e superiori ai fatti stessi; nè può pe-



netrarne lo spirito. Ella può bensì perscrutare l'ordine fenomenale dei fatti umani, ma rinchiusa e, per così dire, imprigionata entro i cancelli di questi non può all'uopo rompere il corso dei medesimi e penetrare lo spirito dell'umanità e dell'avvenire. Molti infatti per essere positivi e storici hanno amato esageratamente il passato: alcuni difesero persino la schiavitù <sup>1</sup>, altri l'inquisizione, altri il despotismo. La teoria dei fatti non è vera se non quando può nel suo seno comprendere anco i fatti possibili e futuri, i quali sovente rompono e rinnegano i presenti. I fatti devono fornire il contenuto alle idee; ma non denno le idee riempirsi materialmente di fatti e rinchiuersi ferreamente tra quelli. Di modo che l'intelletto per cogliere il vero spirito delle cose, deve mettersi in un superiore punto di vista per tutte dominarle. Il qual punto di vista è sempre fuori e al di sopra dei fatti particolari. Per il che ogni singolo sistema, quale che sia l'elemento particolare che lo informa, non basta a dare il vero e intero fondamento della filosofia del diritto. Abbisogna adunque un sistema generale che riunisca in sè i tre sommi elementi, li contemperi e li compenetri fra loro e ne faccia, per così dire, uscire un sol tutto organico. Ora questo fu tentato da Schelling e da Hegel.

Schelling fuse l'elemento ideale e l'elemento reale, comprendendo in quest'ultimo tanto l'elemento naturale che l'elemento storico. Egli anzichè subordinare la natura e la storia alla ragione e quasi annullarle dinanzi a questa, come fece Kant, o ricavare tutto l'e-

<sup>1</sup> Hugo nel suo *Manuale di Diritto Naturale* si fece difensore della schiavitù.



sistente dalla coscienza attiva dell'io, come fece Fichte; oppure, secondo i sistemi opposti, incatenare la ragione al puro reale, scemando e pressochè distruggendo l'essenza e il valore di essa; ammise del pari l'esistenza dell'ideale e del reale considerandoli come due potenze parallele, le quali successivamente si svolgono per una legge universale che le muove, insita in loro, detta processo cosmico, ossia sviluppo necessario del mondo. L'una e l'altra potenza, insieme prese, si risolvono in una terza potenza superiore chiamata assoluto, il quale è insieme ragione, natura e storia.

Quel processo cosmico esplica tutto l'esistente dai primi e infimi prodotti della natura sino all'umanità, alla sapienza e alla perfezione. È sempre un medesimo processo o legge di universale sviluppo che promuove tutti i gradi della evoluzione mondiale, dal più basso dell'ordine fisico al più alto dell'ordine morale <sup>1</sup>. La natura, l'intelligenza, la storia nei gradi successivi del loro sviluppo sono una esplicazione continua di un tale processo necessario del mondo. Tutto quanto esiste, ogni rapporto, ogni avvenimento, ogni pensiero, ogni realtà è il risultato di quel processo. L'uomo stesso è un tal risultato.

Tutta la natura altro non è che un sistema di gradi e di formazioni, di cui il regno inferiore serve, per così dire, di sostrato al regno immediatamente superiore, e questo a sua volta porge il materiale e l'ad-dentellato ad un altro e così di seguito. Di modo che

<sup>1</sup> La filosofia di Schelling e di Hegel ha quasi preso l'appiccio da Aristotile presso cui si vede questa legge ascensiva della natura e si comincia anco vedere che la legge superiore contiene l'inferiore come il 100 contiene il 10.



tutti si concatenano su una scala ascensiva di sviluppi ed è vi una legge vivente di continuità nello svolgimento e nei progressi che i regni della natura segnano gli uni sugli altri <sup>1</sup>.

Ad imitazione della natura, la storia pur essa si svolge formando un sistema di ordini e di progressi che si addentellano e si continuano. Uno e medesimo è il processo che nella natura produce le specie, i generi, i regni e che nella storia produce la famiglia, il comune, lo stato, la nazione. La successione onde si formano gli organismi morali (famiglia, comune, stato) e le sociali istituzioni nella storia corrisponde alla congiunzione dei diversi prodotti, ordini e regni nella natura. Perciò la storia, come la natura, è fornita di unità, di connessione e di continuità.

È principio fondamentale di Schelling che le leggi del reale e le leggi dell'ideale si incontrino perfettamente: in modo che le leggi del mondo esterno debbano trovarsi immediatamente dentro di noi siccome leggi della coscienza; e viceversa, le leggi della coscienza debbano trovarsi fuori di noi come leggi del mondo esterno <sup>2</sup>. Perciò l'elemento reale e l'elemento ideale si combaciano e si svolgono l'uno di rincontro all'altro. Donde segue che ad ogni forza e sviluppo del reale corrisponda una forza e uno sviluppo dell'i-

<sup>1</sup> Schelling perciò ha creato la filosofia della natura, come Vico la filosofia della storia.

<sup>2</sup> Questa veduta fondamentale di Schelling che può anche dirsi della filosofia alemanna è tratta, come osserva Terenzio Mamiani, da Giordano Bruno, il quale affermava una e medesima essere la scala per la quale la natura discende nella produzione delle cose e l'intelletto ascende alla cognizione di esse.



deale e viceversa. Di qui la legge dello sviluppo parallelo dell'intelligenza e della realtà nella storia: legge di già presentita dal Vico laddove nelle cose ch'egli chiama *agibili* fe' intendere che il sapere e il fare procedono assieme.

Schelling fece dell'ideale e del reale due parti essenziali di un sol tutto, ossia dell'assoluto, in cui si risolvono come in suprema sintesi que' due grandi elementi e in cui tutte si compongono le antitesi che nascono dalla differente natura di loro.

Posto che la storia si formi e si sviluppi per un processo cosmico tutti gli avvenimenti sociali accadono necessariamente; essi non possono essere opera intera della scelta e del calcolo. Il grado particolare, al quale ogni secolo giunge in quel processo, determina fatalmente lo stato della coscienza e le azioni degli uomini. Di qui il progresso oggettivo e necessario della storia. Perciò si fa manifesta l'impotenza dell'individuo e della sua libertà particolare a creare il diritto. La volontà soggettiva non ha alcun potere che in alcun modo vinca la legge della evoluzione universale, alla quale tutti gli esseri sottostanno. Quindi bisogna originare il diritto da altra fonte che non sia la volontà particolare e il potere soggettivo. Tale fonte è la volontà universale e oggettiva. Questa volontà non è semplicemente la somma delle volontà particolari soggettive, ma una volontà superiore. La stessa volontà che nei singoli individui è soggettiva diventa in tutti, presi come unità, volontà oggettiva della natura. Questa volontà oggettiva si compagina e si svolge pel processo cosmico; è in un continuo progresso che promuove e matura in ogni epoca un particolare stato giuridico. Perciò il diritto è una creazione della vo-



lontà universale. Di qui pur anche la natura oggettiva del diritto e il suo progresso necessario nella storia. In questo Schelling ha compiuto Savigny però che incardinò nel mondo la legge del progresso continuo e irresistibile del diritto. Adunque Schelling, tuttochè abbia applicato il processo cosmico alla storia ed abbia perciò posto la fatalità in vece della libertà, ha nondimeno avanzato di molto i sistemi anteriori di filosofia del diritto in quanto che non solo riconobbe l'esistenza dei due sommi elementi, ideale e reale, ma li accordò tra loro e li unì in seno all'assoluto. E oltre a ciò stabilì la natura oggettiva e il continuo progresso del diritto. Con ciò egli ha preparata la conciliazione dei tre grandi elementi, il razionale, il naturale e lo storico; ed ha dimostrato la vera natura del *principio storico*, che consiste nel perpetuo divenire dell'umanità.

Hegel pure conciliò ed unì i tre elementi nella celebre formola: Ciò che è razionale è reale, e ciò che è reale è razionale <sup>1</sup>. Con la quale il mondo esterno reale addiviene tanto necessario e razionale quanto la ragione stessa: e d'altra parte la ragione addiviene concreta ed oggettiva quanto la realtà stessa; ondechè in fine i fatti della storia acquistano valore di diritto. Questa semplice formola stabilisce il nesso della ragione, della natura e della storia: è il vincolo unitivo delle grandi potenze che compongono il mondo, la potenza ideale e la potenza reale: alle quali è del pari riconosciuto un'esistenza assoluta. Tale formola ha completato il fondamento della filosofia del diritto. Imperocchè mentre nei sistemi anteriori o solo il principio

<sup>1</sup> *Filosofia del Diritto.*



ideale, o solo il principio naturale, o solo il principio storico, costituiva, almeno principalmente se non affatto esclusivamente, la base filosofica del diritto: col nuovo concetto il fondamento del diritto è costituito dai tre principii insieme presi dacchè l'uno è inscindibile dall'altro e tutti hanno egual forza e valore e compongono l'essenza del tutto ossia l'assoluto, del quale il diritto è un lato o un aspetto. Il perchè non solamente l'ideale è convertibile nel reale, l'idea genera il fatto, come esclusivamente ammisero Platone e Kant; ma anche il reale si converte nell'ideale, il fatto si traduce in idea. Le potenze, ideale e reale, sono traducibili l'una nell'altra; per cui la storia si tramuta nell'ideale della ragione e l'ideale della ragione si tramuta nel reale della storia.

Hegel inoltre ancor più di Schelling ha sviluppato il principio storico stabilendo metafisicamente la legge del progresso continuo dello spirito nella storia <sup>1</sup>. Lo spirito del popolo, e' dice <sup>2</sup>, si sviluppa continuamente e nel suo sviluppo si distinguono determinati periodi, per ognuno dei quali è necessaria una determinata costituzione che non è l'affare della scelta, ma che debb'essere conforme allo spirito del popolo. Per Hegel, come per Schelling, gli organismi morali (famiglia, stato, nazione), sono il prodotto della volontà.

La storia è una serie continua di mutazioni e di sviluppi, i quali sono ad un tempo transitorii e neces-

<sup>1</sup> *Fenomenologia dello Spirito*. — In quest'opera Hegel per primo svolse in un sistema metafisico la dimostrazione della legge del progresso continuo nella storia.

<sup>2</sup> *Filosofia della Storia*.



sarii; transitorii perchè sono tanti momenti particolari nello svolgimento generale dello spirito; necessari perchè lo spirito non può oltrepassare un momento senza prima averlo gradualmente percorso ed esaurito. Così nello sviluppo storico della libertà umana si incontrano tanti gradi o momenti pei quali dalle primitive condizioni in cui lo spirito giaceva implicato nella natura, progredi man mano nell'acquisto della libertà. In Oriente non era libero che un solo uomo, il despota: in Grecia e Roma erano liberi alcuni uomini soltanto. Nei tempi moderni tutti sono liberi.

Questo corso naturale onde procede lo spirito forma il progresso o il *divenire* dell'umanità, nel quale apparisce la contraddizione però che quello che dee avvenire da una parte non esiste ancora, non è peranco addivenuto; dall'altra non è il nulla perchè addivienne. Questa contraddizione non esiste solo nella storia, ma nella natura, in tutto; ed è il cardine fondamentale della filosofia di Hegel, come pure di Schelling, che può dirsi la filosofia dello sviluppo. Tale contraddizione si risolve nel termine superiore dell'assoluto, nel quale tutte le opposizioni spariscono.

Hegel mette in campo tre termini, i quali si riproducono dovunque e formano la chiave di tutto il suo sistema: la tesi, l'antitesi e la sintesi <sup>1</sup>. La prima è l'affermazione di un obbietto; la seconda la negazione del medesimo; la terza la negazione di quella nega-

<sup>1</sup> Questi tre termini che tanto facilmente si trovano nei moderni tedeschi rimontano in certo modo ad Aristotile, il quale ammise nella natura istinti contrarii di cui i malvagi annullano i buoni, ma sono poi i malvagi stessi annullati da altri superiori in virtù e perfezione.



zione, che si risolve in una suprema affermazione. Per es. la legge positiva, ossia il diritto scritto, è l'affermazione del diritto naturale: il delitto è la negazione di esso diritto; la pena è la negazione di quella negazione ossia il ristabilimento e l'affermazione suprema del diritto.

Con questo processo dei contrarii Hegel spiega e sviluppa ogni cosa. Così p. es. nella pianta vi ha la gemma, il fiore e il frutto. Il fiore è la negazione della gemma e nondimeno segna uno sviluppo su lei; il frutto è la negazione del fiore ed è nel tempo stesso l'ultimo sviluppo della gemma e del fiore.

Codesta triplicità di termini puossi eziandio applicare a tutta l'umanità onde spiegarne l'intero sviluppo storico. La tesi p. es. è lo stato degli uomini, anteriore ad ogni esistenza politica, ad ogni organizzazione sociale; esprime l'epoca del così detto stato di natura, in cui gli uomini errano per la selva della terra. L'antitesi apparisce colle prime organizzazioni sociali, colla diversità dei costumi e degli organamenti giuridici, colle opposizioni degli interessi delle genti, colle loro divisioni, inimicizie e lotte; col costituirsi e svilupparsi vario delle singole individualità dei popoli, i quali hanno bisogni, interessi e fini particolari. Finalmente esaurita la serie delle antitesi si ha la sintesi, la quale comprende la tesi e l'antitesi, l'umanità primitiva e l'umanità posteriore, vale a dire l'umanità che passò attraverso gli sviluppi successivi e pervenne a quello stato in cui spariscono le opposizioni.

L'umanità che primitivamente apparisce nell'unità; l'umanità che dappoi si sviluppa nella varietà; l'umanità che da ultimo si è perfezionata, presenta i tre ter-



mini, di cui la tesi è l'affermazione dello stato primitivo degli uomini; l'antitesi la negazione di quello stato primitivo, il quale si risolve nell'acquisto successivo dei lumi, nell'esplicazione della civiltà; la sintesi è la comprensione dell'una e dell'altra, ossia dell'umanità e di tutti i suoi sviluppi. La quale sintesi è ad un tempo la più alta affermazione della tesi e dell'antitesi e la loro ultima negazione. In quanto che essa suppone l'umanità primitiva e ne raccoglie gli sviluppi posteriori e per ciò afferma la tesi e l'antitesi; ma nel tempo stesso nega l'una e l'altra; perchè col perfezionamento cessa lo stato primitivo e l'ulteriore sviluppo.

Quale che sia il valore di codesta triplicità di termini, Hegel fa passare attraverso di essa tutto il suo sistema e l'universale esistenza delle cose. Tutto quello che esiste sia nell'ordine dello spirito che in quello della natura e della storia si svolge; e si svolge con questa triplicità.

Hegel divide la storia in quattro grandi epoche. — La prima in cui lo spirito rimane sepolto nella propria essenza e non ha ancora acquistato coscienza di sè. È questo il mondo orientale in cui l'uomo non ha alcun diritto, alcuna libertà, ad eccezione del solo individuo sovrano e despota, che ha tutti i diritti e tutte le libertà. — La seconda in cui una certa coscienza si sviluppa e produce il sentimento, la vita, l'indipendenza dell'individualità. È questo il movimento onde comincia l'antitesi e onde l'uomo acquista qualche diritto proprio sotto la forma del ritmo della vita, del bello morale: tale è il mondo greco. — La terza, in cui ha luogo uno sviluppo più profondo della coscienza, si incontra nel mondo romano, dove i patrizii intenti



alle caste non si curano punto del diritto umano e i plebei al contrario intenti a far valere il loro bisogno e il diritto umano non hanno riguardo ad alcun principio di casta. È qui che si manifesta la più forte opposizione. — La quarta consiste nel più ampio acquisto della libertà e del diritto e di tutte le libere forme della vita. È questo il mondo germanico, in cui finisce la precedente opposizione e si raggiunge la più intima e perfetta unità. Le istituzioni politiche dei popoli ricevono l'ultima loro perfezione dalla monarchia costituzionale, la quale nel principio regio presenta la sintesi del potere legislativo che traccia le regole generali e del potere esecutivo che applica quelle regole ai diversi bisogni e casi particolari. E' potrebbe anco dirsi che è la sintesi della sovranità di uno (tesi) e della sovranità di tutti (antitesi).

L'errore di chiudere lo sviluppo della storia all'epoca germanica non toglie che Hegel abbia sempre meglio dimostrato il divenire dell'umanità. In forza di questo divenire, anche il diritto, che è un lato della vita, si svolge e progredisce con tutti gli altri lati e si attua di per sé senza uopo di riflessione. Non fa mestieri che l'uomo si prenda alcuna cura del diritto. La riflessione altro scopo non ha che quello di conoscere come il diritto addiviene. Generalmente la riflessione, anziché precedere, segue l'azione, la quale per questo non è libera, essendoché quello che è deve essere e la riflessione deve unicamente intenderlo come cosa necessaria. In ogni epoca il diritto si attua da sé perché è l'espressione necessaria dell'idea che un popolo è chiamato a rappresentare nel mondo. Qui pure, come in Schelling, è posto lo sviluppo fatale non li-



bero del diritto. Inoltre in Hegel, come in Schelling, non è fatta distinzione tra morale e diritto: conseguenza ella è questa del panteismo che congloba il tutto e nol distingue nelle sue parti, ne' suoi diversi aspetti e lati essenziali.

Nel sistema di Hegel il principio ideale, il principio naturale e il principio storico formano l'intera unità, il tutto universale. Egli è bensì vero che Hegel ammette il pensiero puro, in guisa da apparire ch'ei dia preferenza pressochè esclusiva al principio ideale; ma per lui il pensiero puro non è quel medesimo di Kant, non è immobile e fuori della realtà, bensì addiviene natura e storia: le nozioni formali sono le leggi dell'essere; la logica stessa di Hegel è una specie di dialettica delle cose, è l'essere stesso in tutti i suoi progredimenti reali.

Adunque Schelling ed Hegel hanno preparato un nuovo indirizzo verso l'unità dell'ideale e del reale, che nei sistemi anteriori appariscono come opposti. Se non che eglino non fecero che un grande tentativo, comunque coronato da qualche successo.

I tre sommi principii sin qui desunti dai sistemi della filosofia del diritto scaturiscono, come dicemmo, dalla natura stessa dell'uomo individuo, il quale è senso, intelletto e volontà; e formano un'unità indivisibile come l'uomo stesso. Essi sono assolutamente necessari per dare alla filosofia del diritto una vera e compiuta base. Imperocchè la sola ragione umana, chiusa in sè stessa, non potrà mai conoscere e spiegare colle proprie facoltà interne il mondo esterno della natura e della storia. Essa ha bisogno di estrinsecarsi, di spaziare nell'esistente, internarvisi e formularne le leggi.



D'altra parte l'intuito ideale fa sovente le veci, ed anco più, del nudo studio sperimentale. Sovente un uomo di possente intelletto e di genio in un momento felice vede e formola talune verità che riassumono l'esperienza di secoli. L'intuizione della mente è anch'essa un fattore della scienza, quanto l'esperienza. Per essa si hanno le percezioni immediate, che sono tante rivelazioni interne dello spirito. Vero è che pur cotali intuiti o percezioni mentali sono in fondo determinate dal mondo in cui viviamo, dalla natura che ci anima, dall'esperienza che ci circonda; ma essendo manifestazioni immediate dell'intelletto, non l'opera di una speciale e più o meno lenta osservazione esterna, cadono nella pura categoria del principio ideale o della ragione.

Eziandio la sola natura non può conferire l'intera base del diritto. Perciocchè gli istinti, le facoltà fisiche, tutti gli attributi animali sono parte dell'uomo, ma non sono tutto l'uomo. Oltre la natura fisico-organica, la quale sottostà all'impero delle leggi fatali, vi ha la natura libera e intelligente che forma la parte superiore e veramente caratteristica dell'uomo e non può essere pretermessa senza recidere parte dell'uomo, senza rinnegare la sua essenza psichica. Ove si voglia fondare il diritto sulla pura natura fisica e sensibile, questa essendo comune a tutti gli esseri organizzati e viventi, il diritto puranco diviene comune ai bruti secondo l'antica definizione romana: *jus est quod natura omnia animalia docuit*. Ma il diritto non si limita al nutrimento, al sonno, al moto o riposo, all'accoppiamento di venere, alla generazione, all'allevamento della prole e simili; ciò che è un istinto di natura proprio di tutti



gli animali. Benanco si estende alle funzioni e manifestazioni superiori dello spirito. Del resto il diritto per quanto si elevi sulla fisica organizzazione non può mai porre in non cale i fisici bisogni, gli interessi materiali, le manifestazioni tutte della plasticità organica, la natura sensibile alla quale intimamente si lega, come lo spirito al corpo e la vita alla natura. La proprietà p. es. è un istituto di diritto che ha per fine il soddisfacimento dei bisogni in gran parte materiali della vita. Finalmente la sola storia non può dare il fondamento filosofico del diritto. Però che disgiunta dalla natura e dall'ideale manca di perfezione e di qualsiasi sostegno. La volontà umana, che è la fonte dei fatti che formano la storia, trova il suo primo fondamento nella natura, dalle cui sensazioni è determinata e mossa, e il suo compimento nella ragione che la riflette e la perfeziona. Gli istinti, i bisogni, le affezioni, tutte in generale le naturali potenze della vita ci spingono ad agire e sono come la sottobase e il materiale della volontà e della riflessione. La libertà, forma più perfetta della volontà, sceglie fra i moventi naturali quella direzione che la ragione dimostra migliore. Onde la libertà non può scindersi dalla parte fisica e animale senza che il soggetto volente ed operante cessi di essere, secondo natura, organato e vivo. Nè la si può sottrarre al potere della mente e delle conseguenti facoltà della riflessione e dell'intuizione senza tòrle la sua forza direttrice superiore. E mentre la libertà si lega alla natura, che ne è il cardine fondamentale, e alla ragione, che ne è l'essenza e la regola suprema, produce un elemento storico, il quale a sua volta entra attivamente, quanto la natura e la ragione, nella for-



mazione del diritto. La storia è, non che importante, necessaria non solamente perchè offre sicuri criterii sperimentali atti a correggere le teorie giuridiche e ad adattarle nei tempi diversi ai diversi popoli, ma più ancora perchè riempie del proprio essere le idee del diritto e somministra dati che indicano la direzione futura nel movimento generale delle condizioni giuridiche. La storia ci mostra quali temperamenti e quali esplicazioni abbia successivamente subito il diritto; e quali condizioni si richiedano perchè un sistema di diritto non venga contraddetto e distrutto dai tempi posteriori e più progrediti. Soprattutto è solo dalla storia che possiamo apprendere lo svolgimento del diritto e solo per essa può la scienza formolare il dogma della natura progressiva e perfettibile del diritto. Egli è evidente che i diritti cominciano colla naturale capacità, progrediscono in seguito e si perfezionano con lo sviluppo della vita e col progresso della storia. Tutto si forma e matura nel tempo. Le società, come gli individui, hanno i periodi di fanciullezza e di minorità e pervengono in seguito ad un sviluppo adulto, all'acquisto di nuovi diritti, al governo di sè in virtù del progresso storico.

Adunque la filosofia del diritto deve contenere nel proprio concetto i tre grandi elementi: la *natura*, la *storia*, la *ragione*. E per dir tutto in breve la si può definire: *La scienza che pone i fondamenti ideali del diritto e che rintraccia le leggi che governano la vita giuridica dell'umanità*. L'elemento *razionale* si trova nei *fondamenti ideali* del diritto, nei principii teorici regolatori del diritto pubblico e privato. È questa la parte puramente dottrinale e dogmatica del diritto. L'e-



lemento *naturale* e l'elemento *storico* si trovano nelle *leggi* che reggono la vita dell'umanità. Le quali sono di due sorta: le une *naturali*, le altre *storiche*. Fra le leggi naturali, principale e riassuntiva di tutte è quella della propria conservazione, che è un istinto di tutti gli esseri viventi. Le leggi storiche poi si compendiano in quella suprema dello sviluppo progressivo e continuo dell'umanità. In armonia a queste leggi naturali e storiche deve essere formata la teoria filosofica del diritto.

Però i tre sommi elementi si ponno esprimere nell'istinto della conservazione, che è legge di natura; nello sviluppo dell'umanità, che è legge della storia; nella dottrina del diritto, che è ad un tempo formata dalla cognizione delle leggi della natura e della storia ed è in parte il risultato di certi principii e massime di ragione.

Il diritto comprendendo i tre elementi il razionale, il naturale e lo storico così intesi, può comunemente definirsi: il complesso delle condizioni essenziali alla conservazione e allo sviluppo degli esseri ragionevoli.

Ho detto della *vita giuridica dell'umanità* per distinguerla dalla vita morale, la quale è estranea alla filosofia del diritto, riportandosi essa al foro interno della coscienza: dovechè la nostra scienza comprende la parte esterna, pratica, obbligatoria, coercibile delle azioni e relazioni individuali e sociali.

Il diritto può essere considerato sotto due aspetti: o nel suo svolgimento continuo, o nel suo stato attuale. Il medesimo svolgimento del diritto può essere preso come una successione non interrotta di momenti, come una elaborazione progressiva e perpetua; oppure può



essere preso a momenti distinti, quai particolari risultati di quella elaborazione nelle diverse attualità del suo essere. In altri termini, il diritto si esplica e progredisce perennemente; ma nel mentre stesso in ogni periodo del suo progresso può essere considerato nelle sue condizioni attuali, come in un momento di riposo. Questo particolare momento, preso a sè, astrazione fatta dal tutto, viene elevato a principii e regole nei rapporti della vita individuale e sociale di un'epoca. In quanto il diritto di un popolo viene collegato al diritto degli altri popoli nella varietà dello spazio e nella successione del tempo apparisce come un sol tutto in istato continuo di generazione e di sviluppo. In quanto poi il diritto di un popolo viene preso nell'attualità del suo essere, astrazione fatta dai rapporti che lo legano alle leggi dello svolgimento storico dell'umanità e alla catena progressiva dei tempi, forma il diritto proprio di un'epoca, ossia il sistema dei principii assiomatici che ordinano e regolano obbligatoriamente gli atti e i rapporti esterni della vita individuale e sociale.

I diversi stati giuridici presi nella loro esistenza particolare sono tanti diritti a sè; presi invece nella loro successione sono altrettanti momenti di un solo e medesimo diritto che si svolge e progredisce con nesso e continuità. Nello stesso modo che, come vedemmo, i diversi sistemi da Platone alla scuola storica e ad Hegel sono altrettante parti di un solo sistema che si venne perfezionando; sono, per dirlo ancora con un modo tedesco significantissimo, il divenire della vera filosofia del diritto.

Per la qual cosa il diritto ha i suoi stati e i suoi



progressi, il suo movimento e il suo riposo. Hevvi, a si dire, una dinamica del diritto e una statica del diritto. L'attualità in riposo del diritto altro non è che un momento o periodo particolare del diritto in movimento e in progresso. Perciò non puossi bene conoscere un periodo della vita giuridica quando lo si segreggi totalmente e lo si stralci dall'intera vita dell'umanità. Bisogna dunque bensì considerare in sè stesso ogni momento particolare del diritto, ma non staccarlo dalla serie intera dei momenti onde l'universale organismo del diritto si forma e compone.

I due aspetti, pei quali il diritto può essere contemplato nel suo movimento o nel suo riposo, ricadono del pari nella sfera della filosofia del diritto; costituiscono insieme il vero campo di essa.

Di questi due aspetti del diritto, quello che lo considera nel suo risultato e nella sua stasi è comunemente accettato. L'altro, che lo considera nel suo moto o nel suo sviluppo storico continuo, è affatto nuovo e non è peranco entrato nel sistema della scienza filosofica del diritto.

Nella prefata definizione della nostra scienza si trovano contenuti i due generali aspetti. La prima parte che istituisce le basi razionali del diritto è comune, solo mutata la forma, all'antico diritto naturale, che cominciando da Ugo Grozio viene insino a questi ultimi tempi. La seconda parte, che investiga le leggi naturali e storiche che governano la vita e lo sviluppo giuridico dell'umanità, è nuova; essa deve essere un portato dell'odierno indirizzo della filosofia del diritto.

Epperò la nostra scienza non deve soltanto gittare le basi ideali del diritto pubblico e privato, come s'è



fatto sinora, ma benanco costruire storicamente i sommi principii del diritto preso come un ente che si muove e si esplica perpetuamente e universalmente; deve cioè indagare e comprendere lo svolgimento perenne del diritto nella sua continuità storica, fissarne le leggi dello sviluppo, e considerare i diversi stati dei diritti dei popoli, non già come tante esistenze separate, bensì quai parti integranti di un solo organismo del diritto che si muove e si perfeziona nelle varie e successive epoche della storia.

Se le umane società vivono e si muovono denno aver leggi che ne governino la vita e il movimento. Tai leggi non possonsi stabilire a priori, però che a priori non si conosce la natura e la storia; bensì denno essere un riflesso e una rivelazione che si manifesta col corso della natura e più ancora col progresso della storia. Quant'è maggiore l'esperienza e la storia tanto meglio l'umanità rivela sè stessa perchè la riflessione che abbisogna di un contenuto esteriore alla ragione trova in una lunga esperienza un materiale assai sviluppato e ricco, entro cui si nascondono le leggi della vita e della storia, ch'essa riflessione può inquisire e formolare. Egli è il grandioso svolgimento della vita e della storia d'oggi ciò che rende possibile la filosofia del diritto così concepita.

Poichè il diritto è una condizione fondamentale di esistenza e di sviluppo dell'umana personalità e quindi si svolge congiuntamente alla vita e alla storia, ne segue che con una longeva esperienza storica si abbia una più alta civiltà giuridica. Indi è che il diritto debbe avere leggi proprie già formate, le quali sono leggi della ragione, leggi della natura e leggi



della storia, in quanto tai leggi si rapportano alla vita esteriore, al compaginamento politico, alle relazioni civili, all'armonica convivenza degli uomini. Ora a conoscere le leggi dello svolgimento del diritto importa conoscere le leggi della storia. E a conoscere queste non basta la cognizione delle leggi mentali e fisiche, ossia delle sole leggi razionali e naturali, come vogliono alcuni che considerano le azioni umane quai meri prodotti dei due fattori: mente e natura <sup>1</sup>. Bensì bisogna conoscere la storia in sè stessa, nella sua propria esistenza, nel suo organismo indipendente dalla ragione e dalla natura; perchè dal momento che le azioni umane, staccatesi dal loro autore, diventano corpo e sistema di fatti acquistano una nuova natura e perdono l'antica. Elle di subbiettive che erano nell'individuo diventano oggettive nella storia, formano un corpo dotato di leggi proprie che non si trovano nella natura e nella mente, tuttochè da queste originariamente derivino. Nello stesso modo che gli esseri organizzati e viventi hanno una costituzione propria che non puossi

<sup>1</sup> Il Buckle nel suo *Incivilimento* afferma che ogni azione è il prodotto di qualche movente e che ogni movente è il risultato di qualche antecedente: che quindi se noi conoscessimo tutti gli antecedenti potremmo con certezza predire tutti i loro risultati. — *Capitolo Primo.*

Se non che nelle nostre azioni e nella storia evvi un principio che potrebbe dirsi di *infuturamento*, il quale oltrepassa, non che la mente e la natura, la stessa storia presente: il qual principio può solo determinarsi quando la storia venga assunta come corpo a sè e sia studiata non solo positivamente ma anche speculativamente. Del resto Buckle non si propose lo studio della storia nel nostro senso, ma non di meno rimane pur sempre uno dei più illustri promotori dell'odierno sviluppo della scienza storica.



confondere colla costituzione generale della natura, benchè da essa originino: così pure la storia ha leggi particolari e proprie che non si ponno identificare con le leggi della natura e con quelle della mente. La natura p. es. in tutti gli esseri viventi manifesta una legge di progresso *circolare*: nascita, sviluppo e morte; di una perpetua ripetizione di vicende nelle stagioni del tempo; di un principio universale di produzione e distruzione in tutto il regno vegetale e animale. Egli è fato comune della natura che tutto nasca e pera per alterno moto di vita e di morte. La storia invece manifesta una legge di progresso, non circolare, ma continuo che non trovasi nella natura. Lo spirito umano nella storia rompe il circolo della natura, si esplica e s'infutura perennemente. Le manifestazioni della natura sono un prodotto di cause fatali e cieche, benchè il tutto in lei sia da una potenza occulta indirizzato e coordinato ad un fine. Laddove la storia è un prodotto di cause libere e intelligenti. I fatti umani sono più varii e progressivi dei fatti della natura. Questa pure varia continuamente nelle sue produzioni, ma in guisa che elle dopo un giro più o meno lungo si riproducono le medesime. Le produzioni invece dello spirito umano non si ripetono mai di una stessa maniera, bensì si innovano incessantemente. Non v'ha stagione dell'anno, nè alcuna legge del tempo che costringa i fatti umani a riprodursi costantemente gli stessi. Ciò perchè mentre la natura raggiunge il suo più alto sviluppo nel movimento circolare: la storia invece nol raggiunge che in un progresso indefinito. Vero è che pur la natura progredi continuamente dalla materia inorganica agli esseri viventi passando per diversi gradi,



ordini e regni che si succedettero con nesso e continuità dall' infimo regno minerale al regno vegetale, indi all' animale e da ultimo all' umano. Ma pervenuta a quest' ultimo regno essa si arrestò ed ora non fa che alternarsi tra la vita e la morte e aggirarsi in un corso e ricorso di cose: mentrechè la storia cominciò il proprio movimento progressivo e continuo laddove la natura terminò il proprio. All' apparire dell' uomo sulla terra, che è l' ultimo perfezionamento della natura e la corona dell' esistente, la storia esordì il proprio progresso. Lo spirito umano svolge ed attua nella storia il principio interiore della propria perfettibilità. La storia si addentella alla natura e le sovrasta per la continuazione e per lo svolgimento dei progressi umani. Nè puossi ritenere che l' umanità sia mai per ritornare al circolo della natura: perchè anzi tende sempre più a spezzare definitivamente quel circolo. Il fenomeno che ci mostra la storia dei popoli, la cui civiltà dopo un alto grado di sviluppo declinò e perì, come in Oriente, in Grecia, in Roma; fenomeno che rassomiglia al circolo della natura; è destinato a sparire in ragione che la civiltà progredisce e diviene universale. Tutte le particolari civiltà dei popoli, per legge storica, tendono a fondersi in un' unica civiltà universale.

Ciò che dico della storia in rapporto alla natura deve puranco dirsi in rapporto alla ragione. La conoscenza delle leggi della ragione non ci può far conoscere le leggi della storia. Perchè, quantunque la storia si svolga in armonia alle leggi generali dello spirito umano e in essa si attui la ragione, pur non di meno come sistema attuato di fatti ha principii che vogliono



essere ricavati dal sistema stesso, non dalla pura ragione. L'umanità storica ha certe leggi che la governano, la cui essenza non può essere intesa che collo studio speculativo della storia stessa. Come il mondo fisico è retto dalle leggi dell'attrazione e della ripulsione, così il mondo sociale ha del pari leggi proprie, che la ragione deve riconoscere non altrimenti che quelle del mondo fisico. Le leggi del mondo sociale che somigliano a quelle del mondo fisico sono p. es. l'autorità e la libertà, dal cui rapporto e dualismo apparente nasce l'armonia sociale, non altrimenti che dal contrasto del moto centripeto e centrifugo nasce l'armonia cosmica. Queste due leggi che pajono anche della ragione, sono nella ragione soltanto in modo derivato. Imperocchè la ragione senza l'esperienza storica quand'anche potesse conoscere le due leggi e formolare la teorica delle medesime non potrebbe determinare i gradi positivi di efficacia relativa di ciascuna, nè il rapporto in che entrambe stanno nei diversi tempi, nè la prevalenza dell'autorità sulla libertà in antico, nè lo sviluppo della libertà in tempi più progrediti. Onde una teorica puramente razionale non avrebbe alcun valore perchè, dato pure che fosse ben pensata, non tenendo conto dello sviluppo storico di queste due forze sociali, statuirebbe principii a cui non corrisponderebbe la vita, darebbe forme senza materia. Il rapporto dell'autorità e della libertà, prese come due leggi storiche, non può essere pei diversi tempi determinato a priori; bensì viene formandosi mediante una molteplicità crescente di produzioni e di sviluppi, che sono il portato storico dei tempi ossia dello spirito generale della società. Nello stesso modo che niuna teoria pura potrebbe de-



terminare il grado di civiltà di un'epoca se nol desumesse dai fatti dell'epoca stessa, così pure non è possibile conoscere le due leggi se non seguendo il loro corso storico. Tutte le indagini puramente speculative della mente chiusa in sè stessa, tutti i ragionamenti astratti non possono darci alcuna vera e scientifica cognizione di queste due leggi fondamentali del mondo umano perchè sono leggi della storia, nella quale esistono e si svolgono come in elemento e regno proprio <sup>1</sup>.

Adunque le leggi della storia sono altre da quelle della natura e della ragione, benchè questi tre sommi elementi formino un sol tutto. Il diritto partecipa della natura di tutti questi elementi; ma distinguendolo, come facemmo, nel suo essere e nel svolgimento si vede che nel suo essere partecipa particolarmente della ragione e della natura, nel suo svolgimento invece partecipa della storia. Perchè considerato in sè presenta l'immutabilità che è propria della natura e della ragione; considerato nel suo svolgimento presenta il progresso che è proprio della storia.

Introducendo nella filosofia del diritto il principio storico tratto dal progresso o dal divenire dell'umanità resta risoluto il seguente problema fondamentale. Il diritto è egli uno, immutabile, perfetto: oppure vario, progressivo e perfettibile? Tutti gli autori anco moderni che seguono il principio razionale o il principio

<sup>1</sup> Nella Prelezione al corso libero di Filosofia del Diritto letta nell'Università di Padova (1867) e pubblicata nel Giornale scientifico *l'Avvenire* svolsi la tesi dell'*Autorità e della Libertà umane* prese appunto come due leggi fondamentali che governano la vita storica dell'umanità.



naturale e que' pochi eziandio che s'accostano al principio storico si pronunciano per la natura immutabile del diritto. Al contrario coloro che fondano il diritto esclusivamente sulla nuda esperienza si dichiarano, almeno implicitamente, per la natura perpetuamente cangevole e variabile del diritto. Ma il principio progressivo o la natura perfettibile del diritto non può essere inteso e professato se non da coloro che riconoscono il principio storico nel senso del divenire. Ora questo principio storico non essendo per anco entrato nella scienza filosofica del diritto, gli autori sono generalmente imbevuti dei principii immutabili del diritto sia che lo fondino sulla natura o sulla ragione: e que' pochi che si discostano da tai principii sono spinti ad ammettere una natura esclusivamente empirica, instabile, accidentale e relativa del diritto. Donde il perpetuo dissidio dei sistemi, il quale consiste in ciò che se si ammette un diritto puramente vario, cangevole e fenomenico non puossi avere alcun principio assoluto, alcuna fondamentale unità: se si ammette il principio assoluto e l'unità deesi trascurare il lato vario, mutevole e relativo del diritto. Un tale dissidio deriva dal chiudersi gli uni nel principio assoluto ed eterno del diritto riposto nella ragione o nelle leggi immutabili della natura; e dal divagare gli altri nei fenomeni passeggeri dell'esperienza e nella contingente varietà delle forme giuridiche. E veramente il mondo veduto esclusivamente da uno di questi due lati, il relativo e l'assoluto, il vario e l'uno, il cangevole e l'immutabile, presenta una opposizione irreconciliabile, però che quale mai accordo può esistere tra due termini di cui l'uno è la negazione dell'altro? Se il diritto è immutabile non può esistere



il suo contrario, la mutazione: se è mutabile non si può ammetterne l'assolutezza e l'immutabilità. La scienza non può assumere questi due termini senza cadere in una intrinseca contraddizione. Ma nel mondo vediamo la varietà e la mutazione e vediamo altresì un'immutabile unità di principii essenziali. Il che non si può altrimenti spiegare se non ammettendo che il vario e il relativo si lega all'uno e all'assoluto, che il mutevole è contenuto nell'immutabile. Se la mutazione avesse luogo senza un principio superiore e immutabile che la generasse si avrebbe soltanto il lato contingente e relativo: e se vi fosse soltanto il principio immutabile e assoluto, la varietà e la successione dei fenomeni non si concepirebbero. Volendo conciliare i due termini bisogna assumerli in un solo principio e stabilire che la mutazione è compresa nel principio immutabile; in altri termini, che è legge immutabile che le cose mutino.

Ora se la mutazione è prodotta da una legge assoluta non può non essere necessaria e deve avere un valore assoluto. Essa, anzichè causale, deve essere ordinata ad un fine. Questo fine nella storia è lo svolgimento vario e successivo dello spirito umano indirizzato all'acquisto della perfezione. Tale svolgimento, che è legge dell'umanità, inchiude l'immutabilità e il cangiamento dappoichè è legge immutabile che l'umanità si sviluppi e lo sviluppo di lei importa necessariamente la successione, la varietà, la mutazione.

Oltrechè la mutazione implica un principio assoluto perchè essa stessa è perpetua, universale e immutabile, vediamo pur sempre sussistere subietti, quale che sia il loro cangiamento. Per cui gli stessi sono assoluti



in quanto permangono e relativi in quanto cangiano. Negli individui e nelle cose particolari prevale il carattere relativo e accidentale, ma nel genere e nel tutto universale predomina la legge assoluta. Perchè man mano che dai particolari si monta agli universali i principii essenziali e costitutivi acquistano forza e potenza e si appalesano quai veri fondamenti delle cose. Il perchè la mutazione, che può essere un puro accidente e un effetto arbitrario e capriccioso negli individui, diviene nell'umanità una condizione necessaria della legge del progresso.

Ora per conciliare nella dottrina filosofica del diritto l'immutabile e il mutevole bisogna unire insieme i tre principii, il razionale, il naturale e lo storico. I due primi, secondo la scienza del diritto naturale, rappresentano l'immutabilità del diritto: il terzo ossia il principio storico ne rappresenta la mutabilità e il progresso. Perchè la natura immutabile del diritto si accordi colla natura mutabile e progressiva di esso bisogna che sia legge immutabile che il diritto cangi e si rinnovi. Questa legge immutabile costituisce il principio superiore che promuove l'esplicamento del diritto; ma non è da confondersi con l'esplicamento stesso. Essa permane sempre la medesima mentre il diritto muta e progredisce. Essa è quella che non muta e non progredisce, ma che fa tutto mutare e progredire. Codesto è necessario a stabilirsi per tórre che il principio assoluto e immutabile, il quale promuove lo svolgimento del diritto, si svolga esso stesso e *addivenga*: nel qual caso cesserebbe di essere assoluto e diventerebbe relativo e vario nei diversi tempi e luoghi. Nè perchè il principio assoluto rimanga inalterato, si richiede



che vi sia nel diritto soltanto un progresso reale e storico e non ideale e tipico. Però che la legge immutabile che presiede e promuove lo svolgimento ideale del diritto rimane pur sempre la stessa; e inoltre non si possono scindere i tre principii costitutivi della filosofia del diritto senza distruggere il progresso del diritto. Conciossiachè ove il principio ideale del diritto venisse diviso dal principio storico e quello fosse assoluto e immutabile, non s'avrebbe più alcun progresso storico; dacchè ogni sviluppo si risolverebbe in una semplice applicazione storica del tipo ideale assoluto.

Perchè dunque la mutazione del diritto sia progressiva e necessaria bisogna che abbia radice nell'assoluto e che si riferisca non solo alle esterne forme storiche del diritto, ma anche all'ordine interno e ideale del medesimo.

La legge immutabile che promuove e matura gli stati varii e successivi del diritto, benchè sia fuori e superiore agli stati medesimi, pur nondimeno si rivela attraverso di loro, essendochè essi formano il mezzo necessario alla manifestazione progressiva della medesima legge. Quantunque le esistenze storiche non sieno porzioni di quella legge, sono nondimeno elementi che la riflettono e la rivelano, nello stesso modo che gli effetti svelano la cagione.

Poichè la mutazione non è accidentale ma necessaria, e richiesta alla realizzazione del progresso, ne viene che quanto maggiore è la mutazione e 'l progresso tanto maggiore sia la rivelazione e la cognizione dell'assoluto: appunto come una più costante e lunga serie di fenomeni adduce ad una più perfetta conoscenza della loro cagione. Perciò col progresso del diritto cresce



anco la cognizione dei principii immutabili del medesimo. E per dir tutto in breve, il modello ideale di Platone e il tipo puro di Kant sono l'ultimo risultato dei progressi storici dello spirito umano, anzichè una forma primigenia dell'idea o della ragione.

L'umanità nei diversi periodi della sua vita ha bensì costantemente l'idea dell'esistenza di un Dio, dell'esistenza dello spirito, dell'esistenza della verità, dell'esistenza del diritto e della giustizia. Ma questa generale coscienza, tuttochè dimostri esservi un assoluto, è varia e relativa nei diversi tempi e luoghi; e le diverse fasi della vita storica delle umane società insegnano che la verità e 'l diritto non sono mai perfettamente raggiunti. Non v'ha dubbio che perciò solo che tutti abbiamo l'idea del diritto, quell'idea è assoluta, quale che ne sia l'applicazione nei diversi tempi e luoghi. Anche laddove si commisero le maggiori nefandezze, per ciò solo che le medesime si credevano conformi al diritto, l'idea del diritto è assoluta. Ma una tale idea non basta: essa deve svolgersi e perfezionarsi storicamente. Essa di per sè è soltanto una nozione generica e formale, la quale, per divenire reale e scientifica, abbisogna di un contenuto determinato in cui si incarni come in essere proprio. La cognizione che noi diciamo innata del diritto è solamente una generalità indeterminata, una idealità astratta, la quale da sè non può in alcun modo dare la scienza filosofica del diritto <sup>1</sup>. Essa rassomiglia, per mo' d'esempio, all'idea che abbiamo del tempo e dello spazio, idea che risolvesi in una nozione priva di contenuto determinato e reale

<sup>1</sup> Nella Prelezione pubblicata il 1866 *Dell' Origine e del Progresso della Giustizia*, ho confutato la filosofia astratta del diritto.



finchè da essa non discendiamo alla successione dei fenomeni e alla varietà dei luoghi, in che propriamente consiste il tempo e lo spazio. Fino a tanto che prescindiamo dalla successione e dalla varietà avremo la forma del tempo e dello spazio, non la materia dalla quale solo riceve essere e compimento quell'idea. Altrettanto è del diritto, la cui nozione primitiva ha bisogno di forze e di esistenze attive e reali che la informino e la riempiano; e queste esistenze sono l'essere del diritto nel suo svolgimento storico.

Nello stesso modo che il concetto di albero non ci dà la cognizione di tutti gli alberi esistenti nella molteplice varietà delle loro strutture e forme; così pure il concetto del diritto non ci può far conoscere tutti i diritti nei loro diversi ordini, stati e progressi. Neppure dato il germe di una pianta, puossi conoscere il tronco, i rami e i frutti che si esplicheranno. Per egual ragione, conosciuto il principio del diritto, non se ne può determinare lo sviluppo nella sua ricchezza e varietà. Imperocchè primieramente un tale sviluppo non è mera attuazione del principio, ma intrinseca e progressiva esplicazione per la quale il diritto cangia e si rinnova interamente; in secondo luogo, non possonsi determinare a priori le circostanze e le condizioni del tempo e del luogo, in cui il diritto si svolge; dappoichè infiniti sono gli accidenti che influiscono sulla determinazione e sullo sviluppo del diritto; i quali nondimeno non si possono separare dal diritto e porre in non cale come cosa di niun momento. Imperocchè è nel loro insieme che il principio del diritto si realizza e prende corpo nelle istituzioni. Riunendo le particolari condizioni di fatto che sono proprie di un tempo,



mentre ciascuna di esse presa isolatamente è un accidente, prese insieme formano lo stato del diritto, il quale non è più accidentale, ma necessario. Come l'albero non sussiste pel solo interno principio vegetale o pei soli rami e per le sole foglie, ma per quello e per questi, ossia per l'unità del tutto; così il diritto esiste in uno e pei principii interni e per la varietà fenomenica molteplice e relativa del suo essere reale. Vero è che le esterne forme storiche del diritto sono manifestazioni di un principio interiore e vivente dell'umanità; nello stesso modo che le foglie e i rami sono produzioni del processo interno della pianta. Ma come la forza di questo processo si rivela nelle produzioni stesse del tronco, dei rami e dei frutti; così pure i principii assoluti del diritto si manifestano nella varietà dei fatti e delle istituzioni, degli sviluppi concreti e relativi delle società; attraverso i quali soltanto que' principii si possono determinare e conoscere. La potenza di un principio si rivela in generale dalle sue stesse esterne manifestazioni ed è per la cognizione di queste che si perviene alla cognizione di quello. Perciò la verità del diritto risulta dall'insieme della sua nozione primitiva e della sua esistenza concreta e storica. Anzi la sua nozione diviene man mano scientifica e perfetta in ragione dell'attuazione e dello svolgimento del diritto nella vita reale delle società. Indi è che la filosofia del diritto, per non essere vuota e puramente formale, deve arricchirsi del contenuto reale del diritto, il quale si svolge e progredisce nella storia come un organismo in continua formazione. Tale organismo ne' suoi diversi gradi di sviluppo presenta diverse fasi e diversi stati di civiltà, dei quali i posteriori riassu-



mono e contengono implicitamente gli anteriori su una scala ascensiva dai primissimi rudimenti del diritto sino alla più alta civiltà giuridica. Ogni particolare incivilimento giuridico non è che la successione e il risultato degli incivilimenti anteriori coll'aggiunta di sempre nuovi elementi. Così tutto il passato viene, per così dire, a fondersi nel presente e il presente tende a trasformarsi nell'avvenire, essendochè si sviluppa del continuo una nuova materia che diviene fondamento di nuova vita e di nuova civiltà.

Laonde gli stati giuridici dei popoli appariscono siccome tanti momenti storici di un unico diritto universale, non altrimenti che i diversi incivilimenti sono altrettante fasi di un'unica civiltà e tutte le epoche sono parti necessarie dell'indivisibile unità del tempo.

Impertanto il diritto si connette intimamente ed essenzialmente al principio generale dell'umanità e della storia, si incarna e si sviluppa armonicamente e successivamente assieme a tutto l'organismo della civiltà.

Da ciò si fa manifesto che il vero campo e 'l vero obbietto della filosofia del diritto è l'insieme dei vari organismi dei diritti dei popoli.

Ora chi guarda lo stato di questa scienza, quale si trova nei trattati di diritto naturale, resta persuaso ch'essa è posta fuori della sua vera base. Imperocchè gli scrittori sono generalmente informati ai principii esclusivi ed astratti della ragione; con che pongono dei principii puramente formali, i quali hanno press'a poco quel valore che ha, per mo' di dire, una teoria del nuoto imparata fuori dell'acqua. Oltre a ciò limitano la filosofia del diritto alla pura parte teorica e dogmatica dei principii che regolano i rapporti della vita e fanno



della filosofia del diritto non più che una giurisprudenza.

Ma la filosofia del diritto è ben altra e diversa dalla giurisprudenza. Questa è la cognizione sistematica del diritto pubblico e privato che trovasi in vigore presso un popolo congiunta alle regole pratiche per bene applicarlo. In mentre che la filosofia del diritto si eleva al di sopra del diritto di un dato popolo e tutti comprende i diritti dei popoli. Per lo che vi sono tante giurisprudenze quanti diritti di popoli. Vi ha una giurisprudenza romana, una giurisprudenza germanica, una giurisprudenza francese; ma di filosofia del diritto ve n'ha una sola.

Il giurista studia il diritto di un popolo nella sua esistenza separata; e se collega i diversi diritti, ciò solo e' fa in quanto un diritto si trasfonde e si incorpora nell'altro. Invece il filosofo del diritto studia i diritti dei diversi popoli come tanti momenti di una sola e medesima successione <sup>1</sup>. Per cui il collegamento del giurista è parziale ed esterno, laddove quello del filosofo del diritto è generale ed intimo. Laonde la filosofia del diritto è universale: la giurisprudenza è particolare. Quella abbraccia un più vasto organismo, a cui questa non giunge <sup>2</sup>.

Ciò non vuol dire che la filosofia del diritto e la giurisprudenza non abbiano tra loro alcun rapporto. Che anzi da ciò si vede quanto sia erroneo il distinguere, come molti fanno, la scienza positiva dalla scienza filosofica del diritto per questo che, cioè, soltanto la scienza positiva abbia a suo obbietto un diritto reale positivo

<sup>1</sup> G. F. Puchta. *Storia del Diritto presso il Popolo Romano*.

<sup>2</sup> Puchta. *Op. cit.*



e storico e che l'oggetto per contrario della filosofia del diritto nulla abbia di tradizionale e di positivo, manchi al tutto di storia e sia immediatamente tratto e dedotto dai postulati della ragione universale, emani invariabilmente dalle leggi della immutabile ragione <sup>1</sup>. Questa distinzione, dice Puchta, fu pure esposta nel seguente modo. Si è sostenuto che la scienza positiva del diritto si occupi di quello che storicamente esiste: la scienza filosofica del diritto di quello che dovrebbe esistere. Secondo questa opinione la filosofia del diritto avrebbe sempre ad occuparsi dell'inesistente, dacchè se il suo obbietto dallo stato di dover essere si tramutasse in quello di realtà, cesserebbe di esistere e s'incarnerebbe nella scienza del diritto positivo <sup>2</sup>.

Per sottrarre la filosofia del diritto all'accusa di occuparsi dell'inesistente si è fatto un passo più innanzi, affermando che la filosofia del diritto si occupa di quello che dovrà essere in rapporto con l'attualità, che anch'essa ha per suo obbietto il diritto reale, ma che però si limita al solo elemento ragionevole di esso diritto e che questo elemento è la vera parte reale del filosofico diritto <sup>3</sup>. Se non che in qualunque senso s'intenda la parola ragionevole, non si potrà mai fare che la giurisprudenza non si occupi anch'essa del medesimo obbietto. Sicchè, secondo una tale opinione, non rimarrebbe alcun posto alla filosofia del diritto o distinguerebbersi dalla giurisprudenza solo in quanto sarebbe anch'essa una giurisprudenza meschina <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Puchta.

<sup>2</sup> Id.

<sup>3</sup> Id.

<sup>4</sup> Id.



La filosofia del diritto deve elevarsi al di sopra di ciò che è presente: ma ad un tempo è una violenta usurpazione il sottrarre dal dominio di lei l'elemento positivo <sup>1</sup>.

La filosofia del diritto e la giurisprudenza hanno questo di comune, che entrambe comprendono l'elemento positivo del diritto; ed hanno questo di diverso, che la giurisprudenza si chiude in quell'elemento particolare, lo accetta, per così dire, come un dogma, mentre la filosofia del diritto considera quell'elemento da un punto di vista più critico, lo prende come un momento dell'esistenza che il diritto ha nella storia dell'umanità, si eleva al di sopra della individualità di questo o quel popolo e studia i diversi organismi giuridici come tante parti di un solo organismo universale del diritto.

Da ciò segue che la filosofia del diritto deve attingere alle fonti del diritto positivo, tuttochè poi lo sorpassi e spazii in una sfera di idee più universali e più speculative. E però essa partecipa della giurisprudenza in quanto da lei trae la cognizione del diritto positivo di un popolo; come a sua volta la giurisprudenza deve ricorrere alla filosofia del diritto, ove voglia conoscere il nesso che il diritto ha con lo spirito generale dell'umanità.

Questi sono i tratti fondamentali e caratteristici che fanno della filosofia del diritto e della giurisprudenza due scienze con fondamento ed oggetto differentissimi.

<sup>1</sup> Il Puchta ha meglio di tutti dato un giusto concetto della filosofia del diritto. Ma egli si è in particolare occupato della storia del diritto. Dopo di lui, Trendelenburg ha assai bene determinato le differenze tra la filosofia del diritto e la giurisprudenza.



Ora chi studia la filosofia del diritto da Ugo Grozio, fondatore del diritto naturale, a Emanuele Kant, fondatore del diritto razionale, e da Kant ai più recenti autori di diritto naturale o razionale, come oggidì indistintamente lo si denomina; nulla trova o pochissimo che distingua, come conviensi alla loro diversa natura, la filosofia del diritto e la giurisprudenza. Ciò precipuamente perchè mancò sinora il principio storico del diritto, dedotto dallo spirito progressivo dell'umanità. Ed ove quel principio fu posto non venne accoppiato alla filosofia e non fu speculativamente inteso. La stessa scuola storica, che era la più atta a spingere la filosofia del diritto verso una nuova direzione e a collocarla nel suo vero centro, fu soltanto scuola di giuristi <sup>1</sup>.

Gli autori di diritto naturale prendono generalmente a fondamento esclusivo del diritto il principio razionale. S'eglino assumono più d'un elemento ricorrono all'elemento naturale e sinanco all'elemento religioso, che dessi sogliono aggiungere e consociare al razionale, come fece Rosmini. Ma il principio storico, che da sè opera una rivoluzione nella filosofia del diritto, o non è per nulla assunto od è franteso e figura come elemento secondario e di pochissima o niuna importanza scientifica. Onde pur quelli che non vogliono negligerlo, come Krause, Ahrens, Belime nol comprendono nel suo giusto valore, nel significato di un progresso nell'ordine ideale del diritto, ma solo di un progresso esterno reale e storico del diritto. Donde viene che

<sup>1</sup> Nel mio — *Saggio di Filosofia Giuridica secondo i canoni della Scuola Storica* — feci un tentativo per elevare la scuola storica di giurisprudenza a filosofia del diritto, ricorrendo alle vedute di Schelling e di Hegel.



sia falsato il principio storico, poichè il divenire non è soltanto proprio della forme esterne del diritto, ma anche dell'ordine interno del diritto. In altri termini, posto il principio storico, si dee riconoscere il progresso non solo nella storia esterna del diritto, ma benanco nel tipo ideale e scientifico del diritto. Chi ammette soltanto un progresso esterno e pratico nell'attuazione storica del diritto appartiene pur sempre alla scuola razionale dacchè sconosce il progresso nel tipo ideale del diritto. Essendosi omesso il principio storico così inteso, nessun autore di filosofia del diritto fece sin qui una trattazione sistematica e compiuta che tutti comprendesse i tre grandi elementi. Per ciò stesso il diritto è dovunque considerato nell'attualità del suo essere e nel suo riposo, e poco o nulla nel suo movimento e nel suo sviluppo intrinseco. Lo che spiega come niun vero e grande progresso siasi fatto in questi ultimi tempi dai molti scrittori di diritto naturale o, come oggi dicesi più propriamente, di filosofia del diritto.

È sempre un sistema che domina, il quale o poggia sulla ragione o sulla natura od anche sulla fede religiosa o su tutti insieme questi elementi, pone i principii assoluti e regolatori del diritto in una maniera dottrinarica e dogmatica. Donde viene che ogni nuovo sviluppo della vita e del diritto rompa i principii stabiliti e l'epoca posteriore distrugga più o meno quanto fu fatto nella precedente. E così i progressi successivi dello spirito umano appariscono come tante infrazioni ai principii essenziali dell'ordine giuridico in mentre che sono realmente svolgimenti e perfezionamenti del diritto.



Negato o franteso il principio della esplicazione ideale del diritto, fu il diritto considerato come interamente dato e compiuto in guisa che ogni mutazione apparve, anzichè un'espressione dello svolgimento del diritto, un'anomalia e un traviamiento. Non essendosi ben compenetrato il mutamento e l'essere del diritto in guisa da fare dell'uno e dell'altro un sol tutto che si sviluppa, si destituì il diritto di vita storica e perfetta e lo si incatenò ad un tronco immobile di morti principii. Non si è gran che badato che la ragione umana, spogliata della reale potenza della storia e degli elementi empirici essenziali in cui l'intelletto s'incarna, rimane una vuota astrazione.

Fra gli autori più recenti di filosofia del diritto E. Ahrens ne ha dato uno dei migliori corsi, assai conosciuto e adottato nelle scuole. Egli nondimeno per nulla cangiò la direzione della filosofia del diritto. Pregio di lui è di avere esposto con forma piuttosto ricca e moderna quello che di più giudizioso fu fatto in passato e di essersi penetrato di un certo spirito dei progressi generali del sapere. Ma o sia che manchi di forte indirizzo negli studii oppure di levatura e potenza vera di ingegno, certo è ch'ei non seppe introdurre con vedute superiori nel fondamento della filosofia del diritto alcun nuovo e grande elemento. Onde il corso di lui è un buon risultato del passato, anzichè un progresso nuovo; è alquanto splendido nella esposizione, ma nulla originale nel contenuto. Per lui la filosofia del diritto è la scienza che espone i supremi principii del diritto basati sulla natura umana e conosciuti col mezzo della ragione <sup>1</sup>. Onde natura e

<sup>1</sup> *Corso di Filosofia del Diritto.* — In altra opera — *Enciclo-*



ragione sono i due elementi costitutivi della dottrina filosofica del diritto. L'elemento storico gli manca come principio scientifico, dacchè tessere un sunto storico di qualche istituto p. e. della proprietà non vuol ancor dire essere storico. Il perchè, quantunque l'autore nell'insieme delle sue opere si proponga di conciliare e comprendere nel concetto filosofico del diritto la totalità degli elementi che compongono la vita, pur nondimeno può egli dirsi soltanto informato ai due elementi, il razionale e il naturale, e più particolarmente al primo. L'esclusione dell'elemento storico, inteso nel senso del *divenire* dell'umanità e della scienza, fa sì che le opere di lui conservino le tracce antiche, portino un'impronta astratta e formale ed abbiano il difetto del sistema a cui sono informate, vo' dire che presentino molto volume e relativamente contengano poco peso. Che l'autore appartenga alla scuola astratta si vede da ciò che egli stima che la filosofia del diritto debba dare un ordine ideale eterno, un tipo assoluto, al quale si avvicini la vita sociale mediante uno sviluppo progressivo. Ma gli si può obbiettare che tale tipo, perchè non sia cervellottico e arbitrario, ha da essere derivato dall'ordine dei progressi e della destinazione delle umane società. Questi progressi e questa destinazione non essendo mai compiuti, nè prossimi a compiersi, non può aversi il tipo ideale perfetto. Costo tipo si sviluppa perennemente e si perfeziona continuandosi e consertandosi ai progressi storici. In guisa che man mano che la destinazione delle umane

*pedia Giuridica* — determina l'idea del diritto dietro una pura analisi psicologica.



società si svolge e si attua, pure il tipo ideale raggiunge la sua perfezione.

Fra i cultori della filosofia del diritto che ebbero vera mente superiore per conoscere quanto mancava a questa scienza e per portarla nella sua vera base è da porsi Giulio Stahl, la cui opera <sup>1</sup> rivela una intelligenza vasta e profonda che ha interamente compreso il pensiero giuridico filosofico dell'umanità dai tempi antichi sino a noi. Egli conobbe la necessità del principio storico, ha sistemato quel principio e ne fu seguace. Se non che informato ai principii della scuola teologica, alterò ed oscurò il principio storico sostituendo la volontà personale di Dio alle leggi del mondo che Dio ha originariamente dato. Con che pose sovente la divinità in luogo della natura, il sentimento e la fede in luogo del pensiero e della ragione. Onde fu alfine travolto in un sistema che ha oggi consumato la propria sostanza e che non trova più corrispondenza nei progressi del sapere umano <sup>2</sup>. Codesto gli impedì anche di poter stabilire i veri termini di separazione della chiesa e dello stato.

Tutto ciò non toglie però che altri colga gran frutto dall'opera di lui sulla storia della scienza: conciossia che quello ch'ei chiama intelligenza vivente e governo divino nella storia può essere considerato un naturale ordine provvido di cose, una legge normale e assoluta del progresso, un portato dello sviluppo necessario dell'umanità. Ed io dichiaro che devo assai allo Stahl

<sup>1</sup> *Storia della Filosofia del Diritto.*

<sup>2</sup> Nella sua *Filosofia del Diritto* ripone la base del diritto pubblico nel mistero della Santissima Trinità.



sia riguardo ai principii che al materiale storico della scienza, tuttochè abbia seguito una direzione affatto contraria alla di lui.

In Germania dopo Kant e la scuola storica e il sistema di Schelling e di Hegel, furono bensì diverse le direzioni date alla scienza filosofica del diritto con qualche aggiunta ed esplicazione nuova, ma non apparì alcun sistema originale e nuovo.

Schleiermacher fece una trattazione dotta con alcune vedute nuove, ma di second'ordine. La parte fondamentale del suo sistema è derivata dai predecessori e segnatamente da Schelling, con cui ha molti punti di contatto. Compenetrò la natura e la ragione e non trascurò il divenire dell'umanità. Distinse nella vita due lati, uno comunicabile (es. il pensiero); l'altro incomunicabile (es. il sentimento); e da ciò potè trarre qualche preziosa verità, p. es. che il sentimento religioso appartenendo al lato incomunicabile della vita non può cadere nella competenza dello stato. Ma il lato comunicabile entra tutto nella sfera d'azione dello stato? La scienza deve essere regolata dallo stato? Questo no: ma è pur sempre vero che allo stato spetta essenzialmente il lato esterno e comune degli uomini, ossia la vita di relazione.

Krause, che tra i suoi seguaci ebbe l'Ahrens, espose pur esso un sistema non nuovo. L'elemento che in lui predomina è il razionale misto però all'esperienza ch'ei deriva particolarmente dalla natura. L'esperienza storica egli non la eleva punto a principio di scienza. La filosofia del diritto per lui è la scienza di quel complesso di condizioni esterne ed interne dipendenti dalla libertà, le quali sono necessarie allo sviluppo e al com-



pimento della destinazione ragionevole, individuale e sociale dell'uomo e dell'umanità. Cotale frondosa definizione è anzitutto difettiva perchè le condizioni dello sviluppo e del perfezionamento non dipendono solo dalla libertà, bensì dalla natura tutta dell'uomo preso come essere intelligente, libero e sensibile. Inoltre queste condizioni non denno determinarsi coi soli principii di ragione, ma anche coi lumi desunti dallo sviluppo attivo e continuo dell'umanità. Perciò Krause destitui la filosofia del diritto di fondamento istorico, la improntò di un carattere formale e fece del diritto una regola in parte arbitraria ed esclusiva; dappoichè se da un lato è vero che la libertà stabilisce le condizioni del diritto, p. es. nei contratti; dall'altro lato è anche vero che il diritto stabilisce le condizioni e i limiti della libertà. Quindi la libertà non può escludersi dal diritto, ma non ne è la vera ed unica fonte.

Altri tedeschi più o meno recenti e minori per merito hanno coltivato il diritto naturale, levando taluno qualche grido di sè. Abichte comprese due elementi, la natura e la ragione. Concepi il diritto naturale come la scienza dei diritti dedotti dalla natura dell'uomo conformemente alla natura di tutte le cose, di cui abbisogna l'uomo come di mezzo e di condizione a conseguire il suo fine razionale. Con che può dirsi che la filosofia del diritto viene quasi esclusivamente limitata alla proprietà.

Zeiller s'informò esclusivamente ai principii kantiani, espose con semplicità e chiarezza i principii del diritto naturale privato, ma non avea nerbo d'ingegno, nè fondamento di scienza non solo per istabilire qualche nuovo principio, ma neppure per trattare la scienza



con qualche elevatezza. Il diritto è per lui il complesso delle condizioni e delle restrizioni per le quali la libertà degli uni diviene impossibile a quella degli altri: onde il diritto risolvesi nella libertà. È questa la definizione kantiana la quale non regge però che la libertà non è il diritto, bensì la condizione e il mezzo dell'attuazione e dello svolgimento del diritto. Zeiller deduce con Kant il diritto dai principii di ragione e perciò vuole che il diritto competa egualmente a tutti gli esseri ragionevoli. Donde il principio dell'uguaglianza, la quale non è possibile senza la limitazione reciproca della libertà; nella quale limitazione consiste il diritto. Se non che il diritto che sorge dal carattere generico dell'uguaglianza degli uomini è puramente formale: inoltre non è vero che la restrizione della libertà formi il diritto, come non è vero che lo stato sociale si proponga la restrizione della libertà dei cittadini, bensì si propone la guarentigia e l'esplicazione progressiva della medesima libertà. Del resto, tolto il principio kantiano che lo Zeiller non isviluppa filosoficamente e solo asserisce, e' fa del diritto naturale una magra trattazione di giurisprudenza <sup>1</sup>.

Un altro seguace ed esageratore del principio kantiano, il Rotteck, nel suo *Diritto della Ragione*, considera il diritto come uno e medesimo in ogni tempo e luogo. Tutti i popoli nomadi e cacciatori, agricoli e commercianti, barbari e civili, antichi e moderni hanno lo stesso diritto senza differenze, senza progressi di

<sup>1</sup> Fa meraviglia che il *Diritto Privato Naturale* di Zeiller abbia potuto essere adottato e fare autorità nella maggior parte delle Università della Monarchia Austriaca.



epoca in epoca. Per cui le istituzioni nella loro varietà, anzi tutta la storia delle istituzioni, essendo molteplice nei diversi tempi, non è punto conforme al diritto.

Tra i più illustri cultori del diritto naturale è da porsi Trendelenburg, che in una recentissima opera mostra in qualche modo la nuova direzione di questa scienza giusta la base dei tre grandi elementi. Egli pone l'idea del diritto come un concetto primitivo, assoluto, fondamento e causa del diritto positivo. Tale idea del diritto si esplica e si organizza nei differenti diritti positivi e forma anzi la base di tutte le legislazioni. Riconosce poi che per investigare l'essenza del giure si dee partire dai fatti storici del diritto onde seguire le tracce che conducono all'idea primitiva e fondamentale. L'analisi interna o psichica di quell'idea offre la base filosofica del diritto. L'investigazione storica poi dimostra a qual grado sia pervenuta quell'idea nel formare la base di tale o tal'altra legislazione. Gli è per mezzo dell'investigazione storica che si rinvencono i singoli lati essenziali del diritto, i quali dai singoli sistemi furono erroneamente presi per l'intera essenza del diritto; in mentre che tale essenza può solo aversi dall'insieme di tutti i suoi lati. Perciò i diversi sistemi di diritto naturale hanno un'importanza scientifica e storica; per il che l'investigazione filosofica e la storica intimamente si collegano e quasi si identificano. Indi è che la teoria storica e la razionale devono compiersi a vicenda perchè l'elemento razionale vuole essere considerato a tenore del grado di sviluppo storico, e per mezzo dell'idea che informa e promuove quel medesimo sviluppo si debbe mostrare la via di



progredire ad un perfezionamento maggiore. Adunque Trendelemburg contempla i due elementi, il razionale e lo storico. Oltre questi, e' considera anco il naturale. Solamente vedendo egli che gli elementi della natura fisica sono contingenti e variabili, li vorrebbe, quasi a dire, trasformare ed elevare ad un principio più assoluto e universale. La forza fisica è per lui un elemento del diritto sotto l'aspetto della *coazione giuridica*. Per lo che potrebbe dirsi ch'egli è il primo che abbia con intera coscienza coordinato i tre elementi. In ciò egli in qualche modo sovrasta a Schelling ed Hegel, i quali hanno bensì dato quel coordinamento più grandiosamente, ma ciò fecero piuttosto in natura che con piena coscienza e più dal punto di vista di un sistema filosofico speculativo che della filosofia giuridica.

Per altro Trendelemburg accorda primato alquanto esclusivo all'elemento filosofico. A quello subordina l'elemento naturale e più ancora l'elemento storico, che egli non prende sempre nel vero senso del divenire dell'umanità. L'idea del diritto pare in lui già data, già compiuta e perfetta, o tale almeno che mediante l'indagine e la elaborazione del solo pensiero possa formare la base del diritto; mentre tale idea si svolge e si perfeziona soltanto mediante lo svolgimento storico del diritto. Secondo lui, il primo e vero fondamento è l'idea filosofica. L'indagine storica fa conoscere soltanto fino a qual punto siasi realizzata l'idea del diritto. Il che vuol dire che preesiste l'idea filosofica all'idea storica e che in certo qual modo il fondamento razionale e vero del diritto può istituirsi a priori; laddove, secondo noi, l'idea storica sviluppa e riempie del proprio contenuto l'idea filosofica e il vero



fondamento di questa non puossi istituire senza la comprensione di quella; anzi l'idea filosofica, per essere vera e compiuta, deve talmente compenetrarsi coll'idea storica da non essere pressochè altro che questa stessa idea elevata a principio scientifico e filosofico. Di guisa che quanto meglio è formata e compiuta l'idea storica, tanto più perfetta è necessariamente l'idea filosofica.

L'autore, avendo dato preferenza all'elemento filosofico, non si occupò delle leggi che presiedono allo svolgimento storico del diritto, ma solo della parte dottrinale.

Oltre di questo, l'autore fonda il diritto su l'etica. E quantunque non lo si possa accusare di incatenare, come molti fanno, il diritto ad un'etica immobile, perchè ei la considera nel suo sviluppo storico, nondimeno puossi pur sempre censurarlo per non aver determinato il campo diverso dell'etica e del diritto. Oltrechè l'uno e l'altro hanno in natura un fondo diverso, in forza dello stesso progresso storico, che l'autore non sconosce, si vanno eziandio ognora più distinguendo. Dovunque egli vede l'etica. Per dimostrare che in essa si fonda il diritto naturale prende p. es. il diritto penale, il cui fine è di atterrire e migliorare il reo. Nella correzione del reo vede lo scopo morale della pena giuridica. Se non che in primo luogo il miglioramento del reo non è tutto il fine della pena; v'ha anco l'espiazione che ne è anzi il fine principale. In secondo luogo il miglioramento del reo può far parte dello scopo del diritto, oltrechè della morale. Esso è invero una conseguenza del fine giuridico dello stato, il quale, proponendosi la conservazione e il perfezionamento degli



individui, non può non adoperarsi, pur dal lato del diritto, a correggerli e farli migliori.

Eguale nei contratti l'autore vede il principio etico nella fede loro serbata. Ma essa può essere serbata anche dal solo punto di vista del diritto; come quando uno la serba pel proprio interesse più che per un principio assoluto di dovere morale, di guisa che, ove il suo interesse venisse meno, fosse disposto a violarla.

Per questa confusione del diritto colla morale l'autore fa piuttosto indietreggiare che progredire il diritto naturale <sup>1</sup>.

Dopo l'opera di Trendelenburg pubblicata nel 1860, un'altra assai egregia uscì per le stampe nel 1866 di un valente intelletto, discepolo e seguace di Hegel e successore di lui alla cattedra di filosofia a Berlino. È questi C. L. Michelet, il quale nelle concezioni fondamentali del suo *Diritto naturale* come nella trattazione del metodo esplica generalmente e continua Hegel. Per lui, come per Hegel, il diritto reale deve essere razionale e il diritto razionale deve essere reale, ossia diritto filosofico e diritto positivo devono l'uno nell'altro reciprocamente convertirsi. Tal conversione genera in qualche modo il principio storico dappoiché il diritto

<sup>1</sup> Per questo breve sunto del *Diritto Naturale fondato su l'Etica* di Trendelenburg mi valgo di un'ottima esposizione del Ch. Prof. Francesco Bonatelli. Nella quale si vede che Trendelenburg colse i tre grandi elementi della filosofia del diritto, abbenchè nella sua trattazione prevalga l'elemento filosofico. Nella parte dottrinale, a cui l'A. si limita, è commendevole la coordinazione dei pensieri e la deduzione del tutto da pochi principii, non che certa eccellenza di idee, tuttochè, a dir vero, non isviluppi alcun nuovo principio.



positivo viene ad essere ad un tempo la realizzazione del diritto filosofico e il mezzo della rivelazione del medesimo. Il tipo ideale del diritto è nei primordii occulto, poscia si svela grado grado nella storia. I lati storici della vita sociale sono forme diverse nelle quali quel tipo si riflette. Per cui l'elemento storico diviene essenziale alla filosofia del diritto.

Oltre l'elemento ideale e lo storico Michelet ammette il naturale. Se non che egli fonda con Hegel il diritto sulla libertà dello spirito, epperchè ha bisogno di appurare e trasformare con Hegel stesso gli istinti fisici e gli stati naturali in atti liberi. P. es. l'accoppiamento di venere è istinto animale e cieca legge di natura: per divenire diritto devè farsi un atto della volontà coll'istituzione del matrimonio. Del pari l'istinto naturale dell'appropriazione e del possesso deve divenire proprietà. Ondechè la natura forma la materia e la sottobase del diritto. Ma soltanto colla volontà apparisce il diritto.

Michelet ammette il tipo del diritto, benchè dapprima sconosciuto. Se non che il tipo non esiste bell'e compiuto in natura, ma si forma sì nel suo essere che nella cognizione che ne abbiamo coll'universale progresso o divenire dell'umanità. Inoltre gli istinti non diventano diritti perchè vengono elevati e trasformati in atti liberi e in concetti razionali. Essi sono diritti già in sè: la loro trasformazione li nobilita soltanto nella forma, non ne muta il contenuto; nella stessa maniera che la conoscenza degli oggetti non ne toglie la natura particolare per conferir loro quella dell'intelletto che li conosce <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Questi autori rappresentano la scienza nei suoi più recenti



In Francia Jouffroy trattò il diritto naturale sotto un punto di vista assai generale. Prevalle in lui il principio razionale di Kant e nello stesso tempo e' deriva il diritto dalla destinazione dell'uomo, la quale egli lega alla organizzazione della natura umana, all'ordine universale e all'intero sistema della creazione. Il diritto è, secondo lui, la regola della condotta umana in tutte le circostanze possibili, desunta dal fine dell'uomo. L'uomo ha dovere di realizzare il proprio fine ed è assolutamente giusto ciò che tende a quella realizzazione. Il carattere astratto e formale dell'autore apparisce in ciò che egli vuole tracciare le regole assolute delle azioni umane anteriormente ad ogni sviluppo e ad ogni cognizione positiva e particolare dell'esperienza, in base soltanto alla cognizione generale della natura umana e del suo fine. Quindi non fa alcuna considerazione degli elementi che si formano colle azioni stesse della realtà storica, la quale costituisce il campo, attraverso cui la natura umana perviene al suo fine, svolgendo ed attuando progressivamente l'esistenza e la cognizione del fine stesso. Perciò anche non può conoscere il fine, eccettochè in un modo generalissimo. In Jouffroy si trovano al più due elementi, il razionale e il naturale, e manca affatto lo storico. Inoltre egli non distingue punto la legge natural morale e la legge natural

progressi. Vi sono altri autori tedeschi, molti dei quali oggi possono dirsi esauriti. — Krug. *Aforismi del Diritto Filosofico*. — Schmids. *Piano di Diritto Naturale*. — Klein. *Scienza del Dir. Nat.* — Schmalz. *Il puro Dir. Nat.* — Sehaumann. *Dir. Nat. Scientifico*. — Hofbauer. *Dir. Nat.* — Tafinger. *Dottrina del Dir. Nat.* — Jacob. *Dottr. Filos. del Dir. Nat.* — Buhlii. *Trattato del Dir. Nat.* — Gutjahr, Gros, Fries, Weiss, Gerstacher, e parecchi ancora.



giuridica e i sistemi che espone sono piuttosto di morale che di diritto. Il bene, che è l'oggetto delle sue ricerche, è inteso in un senso puramente etico <sup>1</sup>.

Un altro scrittore francese Dimitry de Glinka comprese i due elementi e neglesse il principio storico. Lo spirito e la natura o meglio la materia sono i due enti che egli combina e quasi organizza insieme e da essi poi fa nascere il diritto: il quale è un vincolo che unisce la volontà intelligente dell'uomo agli oggetti esterni e materiali modificandoli e imprimendovi la propria attività. E' rassomiglia in qualche modo ad un chimico, che compone i corpi di diversi elementi a diverse dosi. Tanto di spirito e tanto di materia: ecco formato il diritto. Elemento massimo è lo spirito, il quale sovrasta alla materia, la riduce e assoggetta ai proprii disegni, al principio intellettuale; ma questa è sempre un elemento necessario, il sostrato comune nella formazione del diritto <sup>2</sup>.

Certamente nel diritto entra la natura ed anco la materia, ma non già come un'aggregazione esterna di parti e quasi un congegno meccanico bensì come un elemento intrinseco e primitivo, il quale forma un tutt'uno cogli altri elementi. Perciò non si può scientificamente dividere il principio ideale dal principio naturale del diritto per indi operare la loro composizione ed unione per una specie di sovrapposizione.

<sup>1</sup> *Cours de Droit Naturel*. — Jouffroy scrisse la sua opera un secolo fa e non poteva aver grande cognizione dell'elemento storico. Ma la divisione della morale e del diritto era già stabilita a quel tempo e doveva conoscerla.

<sup>2</sup> *Philosophie du Droit*.



Un altro autore, il Lerminier s'accostò meglio al principio storico ed ebbe il merito di esporre l'intero concetto del diritto in una brevissima formola: *il diritto è la vita*. Con la quale ha in certo modo integrato tutti i sistemi anteriori degli scrittori, che seguirono la direzione aristotelica. Nel concetto complessivo *della vita* espresse la totalità degli istinti e degli attributi onde la vita si compone. Per altro ei non ebbe piena coscienza della sapiente verità contenuta in quella sentenza, non le diede alcun sviluppo che ne esplicasse meglio il significato, e tutte le sue vedute non portano alcuna impronta della originalità e della novità. Oltre a ciò concepisce il diritto in una guisa talmente generale da comprendervi non solo la politica, ma anche la morale, l'arte, la religione, la scienza, in breve l'intera vita dell'umanità. Egli è un autore facile ed anche brioso, ma privo di quella robusta tempera di mente che s'addentra e s'approfondisce nella cognizione delle cose e sa trarne gravi conclusioni. Il modo onde tratta la scienza mostra ch'ei partecipa del carattere proprio del suo paese, dove non sono rari gli ingegni che coltivano la scienza da dilettanti. I sistemi di filosofia del diritto ch'egli espone sono trattati in guisa da non condurre a veruna delle rivelazioni che ogni grande sistema necessariamente contiene. E' non separa punto la parte importante dalla parte accessoria dei sistemi, nè li connette in linea di progresso. Per cui la sua opera non penetra nel cuore dei medesimi, non ne dimostra i veri addentellati e i progressi successivi <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Philosophie du Droit*. Anche la sua *Storia del Diritto* è trattata assai leggermente: è piuttosto una letteratura della storia del diritto che una vera storia.



Parecchi altri francesi hanno trattato la filosofia del diritto, fra i quali Oudot e Belime. Oudot dapprima stabilisce che l'uomo come essere corporeo ha lo scopo della propria conservazione e del soddisfacimento dei bisogni istintivi e materiali; e come essere ragionevole e libero ha lo scopo del perfezionamento. Indi origina il diritto dall'uguaglianza, nella quale fa consistere la giustizia. Dal principio dell'uguaglianza fa nascere la carità: e per arrivare all'uguaglianza insegna il sacrificio che una passione deve imporre a sè stessa per recare ad altri un vantaggio. Il poter morale di farsi rendere un tale servizio dicesi diritto: la morale necessità di renderlo chiamasi dovere.

Qui è scambiata e confusa la morale col diritto. La carità che spetta alla morale è fatta cadere nel campo del diritto. Il diritto che è un regolo della vita e dell'azione pratica ed esterna viene identificato coi sentimenti interni e convertito in una norma di virtù e quasi di prudenza. Antico poi e comune è il principio della propria conservazione e del benessere materiale dell'uomo fisico, non che quello del perfezionamento dell'uomo morale. Del pari è di altri e nominatamente del Vico il concetto che la giustizia consista nell'uguaglianza. Sicchè Oudot non iniziò alcun progresso; e neppure espone la scienza nello stato a cui di già era pervenuta, dacchè ei doveva almanco conoscere le differenze fondamentali che corrono tra il principio giuridico e il principio etico. Qui, come altrove, si appalesa la debolezza del carattere scientifico dell'autore.

Belime si propone di basare la filosofia del diritto sulla ragione, sulla storia, ed anco, almeno implicitamente, sulla natura. Dichiarà espressamente necessa-



rii i due elementi, il filosofico e lo storico. Ma poi la trattazione non corrisponde a tale dichiarazione. Imperocchè la sua opera <sup>1</sup> manca affatto di spirito filosofico e di uno svolgimento storico profondo del diritto. Ond'egli è destituito di base speculativa, e tutta la sua trattazione storica riducesi a poche considerazioni e cenni storici intorno agli istituti di diritto. Quindi e' non sopravanza punto il diritto naturale comunemente inteso. I principii universali e immutabili di ragione, ch'egli non sviluppa scientificamente, informano il suo trattato con alcune modificazioni e limitazioni che gli vengono suggerite dal senso comune. Egli ha della filosofia del diritto un concetto sì meschino da confonderla interamente colla giurisprudenza. Dei grandi problemi della filosofia del diritto o non fa parola o si limita a pochi e rapidissimi cenni. Neppure in giurisprudenza ha meriti superiori, nè tampoco può dirsi valente. È debolissimo, anzi nullo nella parte generale, come pure nel diritto pubblico: ed anco nel diritto privato ha una base poco profonda e salda. Quel tanto di migliore che trovasi nella sua opera si riduce ad alcune riflessioni sparse quà e là, dettate dal buon senso. Ma il buon senso non basta non solo per promuovere la scienza, ma neppure per rappresentarla qual'è. Fa mestieri certo senso riposto diretto da un buon fondamento scientifico: ciò che manca all'autore. Egli svolge promiscuamente temi di giurisprudenza e di filosofia del diritto senza menomamente segnare la loro differenza e senza neppure variare la trattazione; anzi li fa tutti cadere nella giurisprudenza. Ma la filo-

<sup>1</sup> *Philosophie du Droit.*



sofia del diritto ha una sfera affatto superiore a quella della giurisprudenza non solamente in quanto investiga speculativamente lo svolgimento storico e ideale del diritto e cerca di fissarne le leggi; ma anche in quanto tratta i medesimi temi che alla giurisprudenza appartengono. Imperocchè, a cagion d'esempio, la filosofia del diritto investiga se i contratti hanno forza obbligatoria, se l'uomo in virtù della sua libertà può vincolarsi in futuro e fino a che tempo: se può del pari un popolo coi pubblici trattati vincolarsi giuridicamente e fino a quando: laddove la giurisprudenza stabilisce, in base alla forza obbligatoria dei contratti, le condizioni esterne e le forme solenni dei medesimi. Similmente la filosofia del diritto investiga se vi sieno leggi *naturali* che vietano la poligamia e la poliandria e comandano la monogamia; che altresì vietano il matrimonio tra genitori e figli, tra fratelli e sorelle. Investiga eziandio se la proprietà privata è in sè stessa giusta e ne pone i fondamenti di scienza. Inoltre, se le successioni testamentarie e ab intestato corrispondono ai supremi principii della giustizia. Questi e simili altri sono gli argomenti proprii della nostra scienza. Laddove l'ordinazione delle regole e delle condizioni per la pratica applicazione di questi istituti appartiene propriamente alla giurisprudenza. Se talvolta la filosofia del diritto e la giurisprudenza pajono incontrarsi, ciò avviene perchè la filosofia del diritto fa uno studio critico e riformativo delle leggi. Ma badisi che suo carattere speciale è l'investigazione della parte statuenda del diritto, mentre la giurisprudenza si limita particolarmente alla parte statuita. Può la filosofia del diritto indagare p. es. se la morte civile, se l'arresto



per debiti sono conformi al diritto. Ma il tutto in via di principii razionali e speculativi con una trattazione sempre diversa e superiore a quella della giurisprudenza.

Fra noi la filosofia del diritto non ricevette alcun nuovo impulso verso il suo natural centro e la sua vera direzione. Viene coltivata e diffusa comunemente come diritto razionale alla guisa kantiana; ma generalmente senza quel nerbo di ingegno e quella potenza speculativa che sono necessari per istituire que' principii superiori che denno servire di base alla scienza e che tanto distinsero il vero fondatore del diritto razionale, Emanuele Kant. Per cui il formalismo del sistema kantiano apparisce ancor più negli scrittori che lo seguirono; sino al punto che spesse volte s'incontrano libri di filosofia del diritto, i quali, spogliati che sieno della veste delle parole, non hanno più corpo. Quindi quel lungo ambito di ragionamenti senza conclusione, quella lunga serie di questioni oziose e di inezie pedantesche.

In Italia dopo Alberico Gentile, che col suo libro *De Jure Belli* presegnò la via ad Ugo Grozio, altri fra cui Turamini e Gravina del secolo XVII illustrarono particolari argomenti di diritto naturale, benchè per incidente. Oltre il Vico; Genovesi, Grimaldi, Spedalieri trattarono con profondità temi di diritto naturale. Grimaldi, seguace di Genovesi e dotato, quasi come il maestro, di forte tempera d'ingegno, investiga la legge di natura e sapientemente la chiama l'*ontologia* delle leggi civili e sociali. Nel secolo XVIII furono istituite cattedre di diritto naturale a Pisa, a Roma, a Napoli.



Per tacere di Finetti e di altri minori, il Lampredi fece una trattazione sistematica e compiuta del diritto naturale <sup>1</sup>. La ragione e la natura sono da lui assunte nella scienza, ch'egli svolge con vedute robuste; benchè oggidì la filosofia del diritto possa assai poco approfittare di quelle vedute essendo esaurito l'antico diritto naturale, come è legge dello spirito umano, pel quale le verità anco riposte ed originali di un'epoca addivengono in un'altra posteriore e più progredita verità di senso comune e luoghi volgari. Oltre di questo che dipende dai progressi del tempo, l'autore cadde in errori che si ponno evidentemente dimostrare. Egli sostiene che l'etica e il diritto naturale hanno comuni i principii, la materia e l'oggetto e differiscono solo in ciò che il diritto naturale si occupa del giusto nel più largo senso e si chiude nel campo delle pure teorie; in mentre che l'etica passa alla pratica ed insegna la virtù e la giustizia all'utilità congiunte. Lo che non è; perchè diverso è il campo della morale e quello del diritto, e perchè l'utilità è piuttosto un elemento del diritto che della morale, ed infine perchè la scienza del diritto naturale non si limita punto alla pura sfera della teoria; anzi ben più della morale discende nella pratica a regolare i rapporti della vita.

Sui primi di questo secolo un professore dell'Università di Pavia, l'abate Pietro Tamburini, levava grido di sè lasciando tal fama specialmente nei discepoli, che fino a questi ultimi anni i pochi superstiti lo rimemoravano con entusiasmo. Eppure il Tamburini non pro-

<sup>1</sup> Giovanni Maria Lampredi. *Diritto Pubblico Universale ossia Diritto di Natura e delle Genti*. 4 Tomi.



mosse punto la scienza e neanche la trattò con forma scientifica. Ne svolse gli argomenti con forma facile, chiara e faconda, se vuolsi; ma senza alcuna vena originale, senza alcuna veduta riposta, senza lavoro di mente, senza dimostrazione e deduzione rigorosa di principii. La sua opera <sup>1</sup> è un corso quasi familiare di filosofia morale e giuridica: e il merito di lui consiste principalmente nell'aver reso elementare e pressochè popolare il diritto naturale. Il che non è poco; ma di gran lunga inferiore al pregio e all'ammirazione in cui fu generalmente tenuto al suo tempo <sup>2</sup>. Scrisse di diritto naturale poco o nulla tenendo conto del movimento e del progresso di questa scienza, nè mai risalendo ad alcun principio superiore. Perciò, oltrechè confuse affatto morale e diritto, fece una trattazione superficiale che piace assai a chi ama semplicemente istruirsi e coltiva gli studii per diletto, ma che non appaga gli uomini dotti e che non corrisponde ai veri e grandi interessi della scienza.

Un altro professore di Pavia, il Baroli scrisse un'opera voluminosa di diritto naturale, di cui volle fare una esposizione compiuta. Se non che affatto destituito di vero ingegno e di fondamento filosofico e giuridico, come l'assunto richiedeva, riuscì a poco più che nulla. Non vedute fondamentali, non unità di pensieri, non dimostrazione di principii, non nesso di materie, non vigore di concetti, non bellezza di esposizione; in breve, nessun vero pregio. In quella vece una tratta-

<sup>1</sup> *Lezioni di Filosofia Morale e di Naturale e Sociale Diritto.*

<sup>2</sup> Ha contribuito alla fama dell'Autore l'essersi egli, nel suo istituto di sacerdote, opposto all'autorità di Roma. Ma codesto, che può essere un pregio dell'uomo, non è un titolo per la scienza.



zione rigonfia e vuota. I suoi quattro volumi giacciono sepolti nella polvere di poche biblioteche, e fin da quando apparirono furono meritamente coperti d'oblio.

Un ingegno potente il Carmignani, che ha qualche rassomiglianza col potentissimo ingegno di Romagnosi, scrisse pur esso intorno alla scienza del diritto naturale senza novità di principii, ma con vigore di concetti.

Quegli che avrebbe potuto per forza superiore di mente ed immensa estensione di vedute spingere innanzi la filosofia del diritto era Gian Domenico Romagnosi. E veramente in alcuni suoi scritti <sup>1</sup> pose e sviluppò principii importantissimi, i quali benchè nella mente dell'autore non fossero volti a perfezionare la filosofia del diritto, pur nondimeno le possono tornare grandemente profittevoli sino al punto da arricchirla di tutti i suoi essenziali elementi e da mutarne radicalmente l'indirizzo.

Il libro in cui Romagnosi svolse propriamente il diritto naturale <sup>2</sup> nulla contiene di nuovo: la trattazione ne è generalmente comune e ruvida la forma. Se non che quà e là veggonsi taluni concetti vigorosi. In altra sua opera costruisce i fondamenti del diritto pubblico <sup>3</sup> con quella forza di mente che lascia tracce di sè. Benchè quest'opera sia altamente astratta e poco assimilabile, può nondimeno riescire giovevole alla filosofia del diritto pubblico. In tutte le sue opere e massimamente in questa l'autore fa un lavoro vasto e pro-

<sup>1</sup> *Istituzioni di Civile Filosofia.*

<sup>2</sup> *Assunto di Diritto Naturale.* Questo libro fu scritto ad utilità dei giovani cui privatamente insegnava questa scienza; esso, a dir vero, è una delle minori di lui opere.

<sup>3</sup> *Introduzione al Diritto Pubblico Universale.*



fondo che rassomiglia in qualche modo a quello di chi entra in una foresta vergine, disbosca e solca e prepara il terreno a fiorita coltura.

Un altro intelletto superiore coltivò la filosofia del diritto: ma ben lungi di portarla a qualche perfezionamento la ha ricondotta al passato. L'ab. Antonio Rosmini introduce in questa scienza, come da per tutto, il principio religioso e sovranaturale e riprende l'indirizzo teocratico del medio evo. Oltre il principio religioso, egli professa il principio razionale, che però sempre subordina al religioso. Quindi dall'idea pura del diritto deduce l'essenza del medesimo e seguendo il sistema astratto crede poter costruire la filosofia del diritto con principii razionali entro i giri del pensiero puro. Per lui la storia non presenta che dati accidentali e occasioni; e la scienza del diritto (sono sue parole) deve solo essere pura ragione speculativa. La parte sensibile della natura umana e' non la sconosce affatto, ma la subordina al principio razionale, come già subordinò questo al principio religioso, a cui tutto viene avvinto. Lega sì intimamente il diritto alla morale e la morale alla religione che la giustizia viene originata dal principio della morale sanzionato dalla religione. Soltanto è giusto ciò che è conforme alla legge morale. Per cui, più che confusione tra morale e diritto, evvi assoluta dipendenza del diritto dalla morale. Oltre di questo, e' non può comprendere la storia nel suo vero senso, perchè il divenire dell'umanità, donde vien tratto il principio storico, è già dato e contenuto nel dogma cristiano, di cui la storia dovrebbe essere la realizzazione. Pur la natura è male intesa e male assunta nel diritto quando la si limiti soltanto p. es. al sen-



timento del *mio* che l'autore prende come una prova dell'esistenza del diritto di proprietà. Non solo il sentimento, ma anche il senso e tutta la natura umana co' suoi istinti hanno parte nella formazione del diritto. Infine la giustizia che egli intende in un significato razionale puro è soverchiamente astratta e quasi campata in aria, come lo dimostra quel suo preliminare ragionamento con cui vuol provare che una legislazione può essere certa, perpetua, universale e non-dimeno mancare affatto del principio della giustizia.

Non solo considera parzialmente e talvolta perversamente il vero oggetto della filosofia del diritto, vestendola della divisa religiosa, ma ne fa una trattazione tutta spezzata, piena zeppa di analisi, di distinzioni, di partizioni e classificazioni che affaticano inutilmente il cervello: si occupa inoltre a lungo di futili argomenti con vane disquisizioni, negligendo i più gravi problemi o male risolvendoli e tutto volgendo all'unico supremo interesse della chiesa, come a supremo fine. Onde per questa via perviene nel suo diritto pubblico a stabilire la società teocratica come società modello. Con tutto ciò la sua opera <sup>1</sup> rivela un ingegno possente che per forza logica di argomentazione vince generalmente gli altri scrittori di filosofia del diritto.

Pure il padre Luigi Taparelli, inferiore d'assai a Rosmini per energia speculativa, ma forse più di lui acuto, scrisse di diritto naturale <sup>2</sup>. Egli informa oltremodo il diritto al principio teocratico e di più stilla nella scienza uno spirito fino proprio della compagnia a cui apparteneva. L'arte gesuitica, che spira dovunque nelle sue

<sup>1</sup> *Filosofia del Diritto.*

<sup>2</sup> *Saggio Teoretico di Diritto Naturale.*



pagine, aliena il lettore e persuade chiunque segua i progressi della scienza e porti l'impronta dell'epoca che quell'opera non solo travia la scienza e la traporta nel pieno medio evo, ma perverte e corrompe ogni senso del vero e dell'equo. Le massime che egli sviluppa comunicano un'infezione morbosa e presentano l'immagine di un essere in putrefazione.

Ciò che caratterizza coloro che di superfluo si rapportano alla rivelazione sovranaturale è una profonda ignoranza dell'essenza naturale dell'uomo: conseguenza necessaria del derivare ogni cosa da origini superiori ed oltraumane. Codesto si vede massimamente nel Tapparelli. Perciò in tutte le sue idee non coglie il vero e cammina a ritroso della vita dell'umanità. Inoltre svolge i soggetti della scienza con una pessima trattazione tutta frastagliata e cervellotica. Laonde la sua opera si rimane senza alcun valore.

Dopo il Romagnosi, quegli che assai poteva promuovere gli studii di filosofia del diritto era Carlo Cattaneo, intelletto veramente pieno e fecondo e di gran forza e dirittura, il quale molti scritti ha lasciato, ma sparsi e frammentarii. I suoi parziali lavori di scienza sociale sono informati al principio storico e ponno essere rivolti all'incremento della filosofia del diritto <sup>1</sup>.

Terenzio Mamiani avria pur potuto illustrare la filosofia del diritto, intelletto che ha nella storia della filosofia un posto accanto a Rosmini e Gioberti. Ma egli è più forte metafisico che cultore della filosofia sociale. Quasi tutti i metafisici sogliono trattare la scienza sociale del diritto con principii universali ed astratti

<sup>1</sup> V. *Il Politecnico*. Gli articoli del Cattaneo quivi inseriti dal 1839 in poi conducono alla dimostrazione del principio storico.



anzichè desunti dal particolare oggetto della scienza stessa. Onde applicano per una specie di sovrapposizione le vedute generalissime dello spirito all'obbietto speciale del diritto e così formano una teoria filosofica. Il perchè non fanno punto originare i principii da quell'ordine stesso di cose che si propongono di conoscere. Quindi vedono l'oggetto con lumi troppo larghi e generici, offrono una forma esteriore scientifica che difetta di interno particolare contenuto. Questo vedesi in Rosmini nelle sue opere di filosofia sociale tanto del diritto che della politica. Questo pur vedesi in Mamiani nelle sue lettere sulla filosofia del diritto come nelle altre sue opere che alla scienza sociale si riferiscono. Così laddove p. es. tratta della teoria del progresso <sup>1</sup> scorgesi una mente che, quantunque dotata di somma potenza di riflessione e d'investigazione, poco s'addentra in quel particolare oggetto e non fa scaturire i principii dalla realtà delle cose, s'aggira nell'ambito delle idee astratte e formola nozioni troppo generali. La filosofia del diritto non può essere trattata allo stesso modo della filosofia pura perchè questa indaga l'essere in universale e per ciò stesso non abbraccia nessun oggetto particolare, nessun contenuto speciale. Dovechè la filosofia giuridica ha un oggetto speciale determinato e i suoi principii non denno essere generali e vaghi, ma rigorosamente circoscritti al suo reale obbietto. Una filosofia del diritto formolata con pure vedute universali riesce improntata di un carattere astratto e vuoto e si risolve in una costruzione di pure forme, in una ideologia.

<sup>1</sup> *Confessioni di un metafisico.*



Parecchi altri ingegni, ma minori, coltivarono il diritto naturale. Albini, professore nell' Università di Torino, lasciava, testè morendo, qualche nome di sè, ma senza merito corrispondente. Il suo libro di scienza del giure naturale punto non lo eleva sugli altri nè per l'ingegno, nè per l'indirizzo degli studii. Egli è uno dei moltissimi che ben lungi di promuovere la scienza, neppure la rappresentano e riescono più che ad altro ad impicciolirla <sup>1</sup>.

Pur Carlo Buoncompagni scrisse intorno a questa scienza, nulla aggiungendo; nulla facendo a prò di essa. Baldassare Poli si occupò anch'esso di soggetti appartenenti al diritto naturale. La versatilità del suo ingegno lo fa da molti stimare uomo dotto: e lo si potrebbe meglio definire un ingegno che ha il volume dello scienziato non tutto il peso. Egli è fornito di uno spirito esteso, che non penetra nel fondo, che manca di eccellente base scientifica e di quell'intuito potente e sicuro che dà nel vero segno e coglie lo spirito intimo delle cose. Nelle idee che sembrano più piene ha sempre qualche punto vuoto, e la sua trattazione riesce in gran parte formale e antiquata <sup>2</sup>.

In generale codesti scrittori ed altri, come il Foramiti, trattano la scienza del diritto naturale presupponendo certe nozioni primitive e assolute, e deducendo dalle medesime le conseguenze. Ma poichè i principii da cui muovono sono astratti e formali, cioè privi di

<sup>1</sup> Anche la *Storia del Diritto* di Albini lo dimostra (e questa ancor più) un ingegno debole che poco e male comprende l'interesse e l'istituto della scienza.

<sup>2</sup> V. *Saggi di Scienza Politico-Legale*.



contenuto, così le conseguenze che ne traggono sono sempre astratte e formali. Donde viene che puossi stringere in poco, senza punto scemarne la sostanza, ogni trattato di diritto naturale, e ridurre un grosso volume a pochi fogli; tant'è il vuoto formalismo delle nozioni e parole, di cui ogni trattato è ripieno. In generale gli autori invece di dare la costruzione adombrano appena il disegno e il colorito e mancano affatto di quel calore di vita che accompagna la creazione. Tutte le verità che ammettono sono più credute che dimostrate.

Tra coloro che coltivarono più di proposito il diritto naturale devo menzionare Giampaolo Tolomei, professore a Padova, il quale, dopo Lampredi, ne ha dato il corso più completo <sup>1</sup>. Egli svolge la parte generale, il diritto pubblico e privato con estensione esponendo quanto fu fatto dai predecessori e attenendosi strettamente alla materia giuridica. Il principio cui s'informa è il razionale che insieme accorda al naturale e vorrebbe anche conciliare con lo storico. Ma il razionale preesiste e predomina ed è come l'anima informatrice di tutto il corso. Il naturale vi apparisce in seconda linea: e lo storico viene accordato al razionale in una guisa esteriore, vale a dire non assumendolo come principio scientifico derivato dal divenire dell'umanità, ma come un temperamento e un correttivo della scuola astratta. Perciò l'autore non si scosta dal diritto razionale secondo la direzione seguita dagli altri autori. I principii puri e assoluti della ragione immutabile sono presi come risultati che egli pone in via di postulati

<sup>1</sup> *Corso elementare di Diritto Naturale e Razionale.*



e che non ha bisogno di rigorosamente dimostrare; conforme al suo intento che fu di dare ai giovani un corso elementare. Nella trattazione della materia diede uno svolgimento più proprio della giurisprudenza che della filosofia del diritto. I continui studii del diritto romano hanno fornito come risultato molte nozioni che accresciute successivamente e trasmesse di età in età sono diventate patrimonio comune, che oggi ognuno facilmente conosce e può riprodurre senza uopo di risalire allo studio del romano diritto. Di coteste nozioni della giurisprudenza si valgono gli autori, le accoppiano ai principii di ragione e ne fanno risultare un insieme che chiamano diritto naturale o razionale. Quindi la giurisprudenza romana e la scuola kantiana sono i due generali componenti del diritto naturale nella sua antica forma che oggi ancora nei trattati e nelle scuole predomina.

Molti altri hanno scritto intorno al diritto naturale ma sono generalmente inferiori. Ad eccezione di alcuni fra cui il Villivà <sup>1</sup> che ha trattato questa scienza con qualche ingegno; gli altri poco meritano di essere ricordati o perchè mancano di qualsiasi fondamento o perchè non sonosi gran fatto occupati di questa scienza ed hanno solo pubblicato parziali lavori e monografie di poco o niun valore <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Elementi di Diritto Naturale Universale*. Il Villivà non manca affatto di fondamento; ma confonde il diritto naturale colla morale, colla religione e colla giurisprudenza.

<sup>2</sup> Fra costoro è Alessandro De Giorgi — *La Filosofia del Diritto e la Scuola Storica*. Dissertazione. Èvvi pure Raibaudi, Rossi ed altri che sviarono più o meno la scienza dal suo vero istituto e fine. I lavori che man mano escono e ch'io procuro di conoscere sono per lo più modellati su alcuno dei trattati mentovati.



Impertanto il diritto naturale fu sino ad oggi trattato dal punto di vista della giurisprudenza e del principio razionale. Dal diritto romano gli autori tolsero le forme giuridiche, dal sistema kantiano le regole razionali. Perciò Kant può dirsi l'astro maggiore intorno a cui si aggirano gli scrittori come tanti satelliti da cui ricevono luce e calore.

Impertanto il principio storico non rinviensi in alcuno dei prefati autori. E senza questo principio la scienza può soltanto cogliere il lato immutabile della vita e del diritto, non il lato mutevole e progressivo. La ragione e la natura che gli autori prendono qual fondamento e cardine della scienza filosofica del diritto sono da essi intese e accettate nel senso esclusivo della loro essenza immutabile e assoluta. Il cangevole e il fenomenale devono assolutamente sottostare alle leggi superiori e inflessibili della ragione e della natura. Donde quelle teoriche dogmatiche, le quali corrispondono per breve tempo o non mai alle condizioni reali della società; ed invece di conformarsi allo sviluppo continuo delle umane cose sono ad ogni nuovo periodo di sviluppo combattute e vinte. Codesta loro pretesa immutabilità non ad altro riesce che ad inceppare il progresso, il quale come legge della storia non può certo contraddire alla ragione e alla natura. Questo dogmatismo della scienza, che si risolve in un antagonismo incompatibile dell'essere coll'addivenire, vien tolto dall'adeguata comprensione del principio storico. Il quale, ad ogni nuovo periodo di progresso, ben lungi di essere negato, viene riconfermato e perfezionato. Il problema: Formolare una dottrina la quale non venga punto contraddetta dagli sviluppi futuri delle umane



società: trova la sua piena soluzione soltanto nel principio storico; appunto perchè esso contiene ed esplica la possibilità dei futuri progressi umani. Fuori di questo principio non può aversi che una dottrina immobile, destinata a perire man mano che il mondo sociale si muove, progredisce e s'infutura.

La filosofia del diritto fondata sui tre elementi non può essa stessa, come si obbietta, dare una dottrina compiuta e perfetta appunto perchè uno degli elementi fondamentali, l'elemento storico medesimo, è in via di genesi e di sviluppo continuo e indefinito. Ma quale diversità tra una dottrina che circoscrive e chiude il tutto universale nel breve momento del presente; e una dottrina che mentre accoglie l'esistente è schiusa all'avvenire, segue la gradazione del tempo e lo svolgimento successivo delle condizioni umane, forma il proprio contenuto colla esplicazione concreta della vita e riceve dall'azione progressiva delle società sempre maggiore incremento e potenza? La prima cade dinanzi ad ogni novello ordine di cose; la seconda si ritempera e si rinnova ognora più.

Segue da ciò che alla nostra scienza non si convenga più il titolo di *Diritto Naturale*, nè di *Diritto Razionale*; sia perchè la natura e la ragione essendo intese unicamente nella loro essenza immutabile non possono spiegare la mutazione e il progresso dell'umanità e del diritto; sia perchè sono elementi particolari che non comprendono il tutto generale. La natura si limita alle manifestazioni dei *sensi organici*; la ragione alle manifestazioni pure *sovrassensibili* dell'intelligenza e delle sue leggi. L'una e l'altra o sieno prese isolatamente, o insieme, non ponno dare l'intero



fondamento alla filosofia del diritto. Imperocchè oltre la ragione e il senso v'ha la potenza volitiva dello spirito, la quale si collega come intermedia all'una e all'altro senz'essere mai sola ragione o solo senso. È questa la vera fonte perenne dei fatti progressivi della storia. La libertà è una causa sempre nuova, la quale ogni volta che si mette in azione dà origine ad una non mai finita varietà d'atti e d'effetti. Il perchè niuno può antivenire colla propria ragione i futuri fatti e progressi umani. Soltanto per via dello spoglio filosofico del passato e del presente puossi induttivamente determinare fino ad un certo punto l'avvenire e sciörre i problemi sociali che giacciono nel campo virtuale della scienza e che sono come gli addentellati che il presente congiungono al futuro.

I lumi così derivati da una esperienza speculativamente intesa sono in ragione della quantità esistente della materia storica. Questa materia e la cognizione che ne abbiamo tendono a prodursi con una legge morale che in qualche modo rassomiglia alla legge fisica del grave che cadendo acquista sempre maggiore celerità. Perciò più l'umanità avanza si moltiplica la forza dell'avanzamento e la cognizione del fine a cui tende. Ma niuno potrebbe prefinire a priori coi soli lumi della ragione e in base alle leggi irresistibili della natura il corso storico e il centro verso cui gravita l'umanità.

Per la qual cosa la scienza deve essere necessariamente informata e diretta dal principio storico.

Nè l'elemento storico toglie che vi sieno principii assoluti e immutabili; soltanto pone che essi sieno un portato successivo dello spirito umano. Vi sono prin-



cipii assoluti puramente *formali*, vale a dire nozioni universalissime prive di contenuto reale e determinato. Oltre questi principii formali ve n'ha altri che potrebbero dirsi *reali*, i quali si formano successivamente cogli sviluppi dell'umanità, e, una volta accertati, sono assoluti e immutabili. Tanto gli uni che gli altri si legano all'elemento storico; con la differenza che riguardo ai primi può meglio bastare la pura intuizione della mente, mentre che pei secondi fa mestieri un più ricco materiale storico che formi la base e il contenuto dei principii assoluti. Questi seguono il divenire dell'umanità senza pur cessare di essere immutabili. L'addivenire di essi e la loro stessa immutabilità si concordano in quanto che i principii hanno bensì genesi e contenuto nei progressi del tempo, ma una volta sviluppati e formolati rimangono fissi e inalterati. Valga a chiarire l'argomento l'esempio stesso della libertà. Abbiám visto che in antico l'uomo nasceva schiavo: che nei tempi moderni nasceva libero, ma alienare poteva la propria libertà; che oggi siamo liberi. Questo progresso storico dalla schiavitù alla libertà si realizzò nelle istituzioni come nella scienza; dacchè oggidì presso i popoli civili non èvvi la schiavitù come in Oriente, in Grecia e in Roma; nè nella scienza dominano le opinioni di Omero, di Platone, di Aristotile, di Grozio e di Hobbes.

Procedendo in questa via dello sviluppo sociale si può fondatamente stabilire quale sia la direzione storica futura della libertà, quale altro principio essenziale, oltre l'inalienabilità della libertà stabilita da Rousseau, sia per manifestarsi secondo le leggi della storia. Questo principio è la *responsabilità*. La quale deve ve-



nire compagna alla libertà storicamente, come la libertà è succeduta alla servitù politica e questa all'antica schiavitù civile. Sono tutti sviluppi che si concatenano necessariamente e formano il processo logico e necessario della storia.

Non solo l'uomo nasce libero; non solo l'uomo non può alienare la propria libertà; ma egli deve anche essere responsabile. La responsabilità è la condizione fondamentale, il carattere essenziale della libertà.

Quindi la storia dei popoli deve indirizzarsi verso l'attuazione del principio: *la responsabilità della libertà*. L'uomo libero deve essere responsabile. Quest'è l'obiettivo politico, di cui già sono gravidi i tempi: e tale obiettivo non può essere derivato che dallo sviluppo dell'umanità nella storia.

Il principio della responsabilità che forma la corona di tutti i progressi storici della libertà non poteva apparire se non dopo che l'inalienabilità della libertà fosse riconosciuta dalla scienza e sancita nelle istituzioni sociali, fosse entrata nel sistema delle verità storiche <sup>1</sup>.

Laonde dall'indagine filosofica della storia si possono derivare in parte i progressi futuri e i veri principii che denno informare la scienza. Questi principii, una volta stabiliti, diventano certi ed immutabili, non sono più distrutti mai dal corso ulteriore dei progressi umani. Così la libertà non sarà mai negata dal nuovo principio della responsabilità; ed anzi verrà sempre meglio guarentita e resa inviolabile.

<sup>1</sup> La limitazione del potere e la responsabilità della libertà formano il fondo del mio *Nuovo Diritto*.



Nella scala ascendente dei progressi storici si formano nelle diverse epoche e si sviluppano nuovi principii d'ordine giuridico, i quali diventano tante verità necessarie e immutabili, che ben lungi di contraddirsi e distruggersi si fanno sempre più salde e compiute: sono, a così dire, frammenti successivi e integrantisi dell'assoluta giustizia.

Questo graduale e perenne esplicarsi e compiersi della verità e del diritto genera nell'ordine sociale un movimento di modificazione e sinanco di trasformazione; in forza del quale i principii che seguono sembrano una contraddizione e una negazione dei principii anteriormente stabiliti. Le verità prima ritenute indiscutibili vengono a poco a poco infirmate finchè cadono come falsità scoperte e distrutte da nuovi veri. A questa critica che suole comunemente farsi alla scienza si aggiugne l'opinione dei più che tali principii falsi non avrebbero mai dovuto esistere.

Se non che tale contraddizione non è che apparente: in fondo èvvi integrazione e perfezionamento successivo delle verità. Tra i veri dei diversi tempi passa questa differenza che quelli che vengono dopo sono generalmente più progrediti o meno imperfetti. Tutti i grandi momenti storici pei quali passa lo spirito sia nell'ordine del pensiero che in quello della realtà sono egualmente necessari e rappresentano tanti gradi nella scala dei progressi dell'umanità.

Con ciò non voglio già dire che tutti e singoli i fatti sieno necessari e che segnino sempre uno sviluppo.

Per conoscere quali istituzioni sieno necessarie èvvi un criterio storico che può ritenersi infallibile; e que-



sto criterio e l' *universalità* e la *durata* delle istituzioni medesime. Quelle istituzioni che più furono universali e durevoli nella storia sono state senza dubbio necessarie, perchè vuol dire che corrisposero ai bisogni di determinate condizioni sociali. Per citare qualche esempio, la monarchia assoluta, oggi esausta e consunta, ebbe il suo tempo necessario. Essa non fu una istituzione dell'accidente o del capriccio perchè tutto ciò che mette radici nella storia non può non essere conforme alla reale costituzione dello spirito umano. Diciasi altrettanto del cattolicesimo. Questa istituzione religiosa, che oggi sembra decrepita, quanto l'altra monarchica già fatta cadavere, furono del pari necessarie. Male perciò si conoscerebbero le leggi storiche dello spirito umano ove si volesse stabilire che, perchè oggidì codeste istituzioni sono morte, non avrebbero mai dovuto aver vita.

A simile absolutezza di ragionamento pervengono gli autori di diritto naturale, che ammettono, come tanti postulati, certi principii di ragione fissi ed immobili, i quali essendo necessari e universali denno regolare in tutti i tempi l'ordinamento sociale, la vita individuale e collettiva, l'intero sistema dei rapporti e delle cose umane. Costoro ammettono p. es. che una tale determinata forma di governo sia la sola razionale e giusta e quindi sfatano tutte le altre senza alcun riguardo ai diversi tempi e luoghi. Appunto perchè la tal forma è migliore dovette essere preceduta da altre forme inferiori in forza della legge del graduale progresso. Da ciò nasce che niun scrittore di diritto naturale abbia mai formolato principii di diritto pubblico che combacino col progresso passato e col futuro.



Investigando storicamente la costituzione degli stati si deve stabilire che la monarchia assoluta fu un progresso sulle forme anteriori, p. es. la feudale; che dovette essere sorpassata da un'altra migliore, es. la costituzionale: e così si perviene storicamente a determinare la più perfetta senza sfatare le altre e sradicarle violentemente dalla storia.

Non bastano i criterii astratti della ragione, bisogna altresì attingere alle fonti del corso storico della società gli elementi e i lumi per istituire la dottrina filosofica del diritto pubblico. È questa l'unica via per ispingersi nel futuro senza interromperne la continuità col passato e col presente. Gli è sempre mero caso se gli scrittori formolano principii che anche per poco colgano il vero. Perchè le loro teorie mancando di fondamento istorico e di convincente dimostrazione scientifica poggiano su principii puramente e gratuitamente asseriti, i quali non avendo la forza e l'autorità del vero si rimangono lettera morta. Quindi il pochissimo conto in cui è generalmente tenuta la filosofia del diritto; la sua niuna importanza in ciò che si riferisce al pratico ordinamento degli stati.

Gli autori di diritto naturale alla loro teoria dedotta dai principii di ragione non danno altra base di verità che la tradizione di certi principii, che li rilegano nel passato. In conseguenza non sanno fare una trattazione che sia improntata dell'epoca. Mentre il mondo scientifico è penetrato di uno spirito nuovo e dovunque spira la tendenza di tradurre in scienza la storia, la filosofia del diritto è ancora trattata alla guisa antica. Il principio storico, il quale per forza dei tempi penetrò nella scienza sociale, non è punto compreso, alme-



no come principio scientifico, dai cultori della scienza filosofica del diritto. I quali o non l'assumono punto o lo frantendono in doppio modo: vale a dire o attendendosi alle forme storiche delle esterne vicende delle istituzioni senza penetrarne l'intimo spirito; oppure prendendolo per contrapporlo come ostacolo perentorio ad ogni spirito di novazione e di progresso. E' non l'intendono come una potenza progressiva della vita dell'umanità, bensì come termine assoluto a cui il presente deve uniformarsi e 'l futuro. La materia storica, che si produce continuamente come una creazione sempre nuova e che forma il fondamento di novelli stati giuridici, è comunemente intesa quale una emanazione ed una semplice manifestazione empirica di una preformazione tutta ideale. In guisa che la storia di per sè non ha alcun valore di principii. I principii, che la informano e la svolgono, rimangono fissi e immutabili e soli fanno l'impero della scienza.

Se non che i principii immutabili che presiedono allo svolgimento e al governo della storia non sono sufficienti a stabilire i veri fondamenti della scienza. A possedere la quale bisogna studiare un particolare ordine di fenomeni sociali, addentrarsi nella realtà e seguirne gli sviluppi. Gli è attraverso la serie continua degli sviluppi concreti che si esplicano i principii della scienza: e cotesti sviluppi non sono anticipatamente dati nel nostro pensiero, ma promuovono e dirigono il pensiero stesso, riformano ed innovano i principii esistenti della scienza, prendendo sovente una direzione non stata tracciata mai. Quante volte una istituzione è esaurita, o un periodo storico ha finito il suo corso, le umane società prendono storicamente un av-



viamiento che costituisce una vera novità non solamente nell'esterna forma storica, ma anche nell'ordine interno del pensiero e della scienza. I principii della scienza si formano cogli elementi stessi che progressivamente si esplicano nella storia. E però essi sono sempre in genesi e in isviluppo quanto la storia stessa. Il perchè i principii e lo stato della scienza in una determinata epoca non possono essere assunti come dogmi per l'avvenire appunto perchè nessun progresso storico segnò finora l'ultimo termine degli sviluppi umani. Il centro della scienza, come il centro della storia, si porta sempre più innanzi riassumendo sempre e talvolta trasformando completamente i principii del passato, arricchendoli di principii nuovi, i quali creano nuove basi e condizioni nuove per la scienza: onde ad ogni epoca viene la scienza stessa, a così dire, rinverginata e rifatta.

Ora voler tener fissi i principii passati per la ragione che sono immutabili e assoluti, mentre che l'oggetto e il contenuto reale dei principii stessi mutò e progredì, altro non significa che formolare teorie nude le quali sono tante leve che mancano di qualsiasi punto d'appoggio.

Tolta la base reale di un contenuto obbiettivo e dei progressi storici, la scienza si risolve in uno schematismo di vuote forme.

Nel diritto pubblico politico vedesi manifestamente questo sviluppo immanente della vita e della storia che crea nuove condizioni alla società e la spinge verso un indirizzo nuovo: e nel tempo stesso vedesi come la scienza del diritto naturale non abbia punto seguito tale sviluppo. Gli autori formolano, p. e. i prin-



cipii per regolare i rapporti della chiesa e dello stato, ma prescindendo dalla legge storica che ci mostra la progressiva secolarizzazione dello stato, il suo successivo affrancamento dai poteri divini, lo spogliarsi che fa la politica dell'antica veste teologica. E' non investigano la legge del progresso storico, per la quale i grandi principii, religione, morale e diritto, che in origine erano conglobati e confusi, si vanno in forza delle continue esplicazioni della vita distinguendo e separando. Egualmente formolano il principio della sovranità prescindendo dalla storia, la quale ci dimostra che nelle origini i principi e i fondatori degli stati erano dei o semidei; che in progresso perdettero il carattere divino ed esistettero in virtù di un diritto loro proprio assoluto; che infine smisero anche il carattere assoluto ed oggi esistono per volontà della nazione. Onde per legge storica deve sparire la sovranità individuale e dar luogo alla sovranità sociale. Questo progresso implica ad un tempo l'elevazione e lo sviluppo delle esistenze individuali. L'individuo fu dapprima un ente dello stato, poscia divenne un ente della natura e una personalità storica inviolabile. Di schiavo e servo fu fatto suddito ed ora egli è cittadino. La secolarizzazione dello stato e lo sviluppo pieno della sovranità sociale formano l'obiettivo dei progressi della storia.

A questi e simili progressi lo spirito umano perviene grado grado attraverso un sistema di sviluppi, ognuno de' quali esplica qualche nuovo principio. Tutta la serie dei principii immutabili che vengono posti a priori, come tante basi inconcusse, dagli autori di diritto naturale non sono che successivi esplicamenti e trovati che ebbero luogo in diversi tempi e luoghi a



seconda degli sviluppi storici delle umane società. Allorchè lo spirito umano ha raggiunto le tali condizioni di sviluppo si manifestano sensi, opinioni ed idee, che determinano lo stato giuridico della società. Questo stato presenta un piano che continuamente s'innalza verso l'ideale dell'umanità, mediante un esplicamento generale e incessante delle forze sociali. Lo stato giuridico della società non dura mai perpetuamente il medesimo. La stessa legge del progresso fa sì che il presente si rompa pel sorgere di nuovi elementi e di nuove forze che valgono a rispingere verso il futuro la società.

Codesto movimento suole avvenire in due guise: talvolta seguendo le tradizioni del passato e le esplicazioni del presente per indi inferirne e dimostrare il graduale sviluppo dell'avvenire: e questa è una guisa tutta sperimentale. Tal'altra spezzando, almeno apparentemente, le tradizioni della storia con lo stabilire novelli principii che vincano i limiti dell'esperienza presente: e questa è una guisa razionale. Quando G. G. Rousseau scriveva il suo *Contratto Sociale* con tanto ardimento di principii, scioltezza di pensieri e fuoco di eloquenza pareva spezzasse ogni tradizione storica col passato. E non pertanto il principio della *inalienabilità della libertà*, che è il fondo del suo libro, si continua essenzialmente con le tradizioni, anzi le promuove e le perfeziona.

Per essere positivi e storici non si dee chiudere la società entro i limiti di un periodo ed usare violenza alla storia. Bisogna anzi scostarsi dall'attualità, quand'è esaurita e consunta, introdurre nuovi elementi e principii e quasi piantare nuovi termini nel campo del pensiero e dell'azione, della scienza e della storia.



La qual cosa per un uomo di genio può e suole farsi stabilendo addirittura novelli principii in opposizione al passato, operando nel presente una rivoluzione intellettuale ed entrando nelle intentate vie del futuro. Questo lavoro del genio che movendo dal presente penetra nell'avvenire per più o meno lungo ordine di tempo suppone una potente intuizione o percezione ideale, una, può dirsi, rivelazione dell'intelletto. E questo è ciò che per un lato chiamasi *principio razionale*, il quale semplifica ed oltrepassa di gran lunga l'osservazione empirica, promuove lo sviluppo sociale e spinge innanzi di molto il *principio storico*.

Cotale rivelazione intellettuale si avvera generalmente tutte le volte che l'umanità comincia qualche nuovo e grandioso periodo di vita giuridica. Gli è difficile che i grandi innovamenti sociali avvengano in forza di uno sviluppo normale e graduale della storia. Sono piuttosto un seguito violento di idee di pochi, che divenute sentimento dei più seducono e trascinano le moltitudini. Es. la rivoluzione francese che fu il prodotto di una specie di esplosione di idee razionali poste come tanti dogmi di verità, le quali rigenerarono il mondo con un battesimo di sangue.

Qualche volta il rinnovamento sociale del diritto avviene anche per uno sviluppo graduale di certe consuetudini, determinate da una pratica costante e da una serie di fatti continui lentamente progressivi, i quali a poco a poco surrogano l'antico diritto, formandone uno nuovo. Tale è la presente costituzione inglese, la quale non fu la conquista di una rivoluzione popolare, nè la largizione di un principe liberale, nè un contratto



tra il principe e il popolo <sup>1</sup>. Essa non fu il prodotto di alcuna teoria preconcepita, bensì di una specie di sviluppo organico della vita e della storia di quel popolo. Niuna teoria avrebbe potuto fare che quella costituzione politica s'incarnasse nella vita del popolo e si svolgesse come una forza organica della natura. Bensì deve e può una teoria formulare principii desunti da un tale sviluppo, dallo svolgimento storico degli istituti sociali.

Allorchè una teoria si attiene alla guisa razionale, ossia prende forma di intuizione mentale più che di ricerca e analisi storica, supremamente importa ch'essa non prescinda dal principio storico, che le creazioni dell'intelletto non sieno fuori del movimento della storia. Perchè, ove l'ideale si segreggi dal reale si presente che futuro, quell'ideale ad un tempo si perde in vane astrattezze e si risolve in un ostacolo alla vita e al progresso.

Negli scrittori di diritto naturale non vedesi alcuna di queste due guise. L'investigazione storica è da loro negletta per attenersi ai principii razionali, i quali non essendo punto nuove creazioni, ma semplicemente tradizionali riproduzioni di sistemi, nulla eglino mutano ed innovano ed anzi incatenano il mondo alla forma antica.

Quando l'intelletto non è dotato di possente intuizione e di una certa virtù creativa e inoltre difetta di un distinto senso positivo e storico accade necessariamente che spazii nel vuoto e divaghi in un vano formalismo di concetti e di parole. Allora formula principii estranei alla realtà e alla esperienza; e mentre sti-

<sup>1</sup> Fischel. *La Constitution de l'Angleterre*.



ma di cogliere l'assoluto delle cose, queste gli sfuggono, per così dire, sotto mano.

Tali generalmente sono gli scrittori di diritto naturale, i quali arrestandosi alle pure forme e alle nozioni generalissime della ragione pura e assoluta non abbracciano alcun contenuto reale e si lasciano sfuggire gli elementi vivi della natura e più ancora i reali esplicitamenti e progressi della storia. Dessi prendono una direzione, la quale diviene sempre più astratta e vuota man mano che il progresso muta ed innova lo stato sociale, le condizioni, gli elementi e le forze delle umane società. Di maniera che divergono sempre più dal vero oggetto della filosofia del diritto ed infine si trovano come campati in aria.

Volendo discendere a qualche particolare gli è facile vedere quanto i cultori del diritto della natura falsino la natura del diritto. Essi p. es. chiamano diritti innati molti diritti che sono eminentemente acquisiti; quali i diritti di sovranità, di uguaglianza, di nazionalità e simili, che si formarono e progredirono storicamente: e però in origine erano *facoltà*, non diritti. Dallo scambio di facoltà e di diritto nasce una questione che, ben più che di mere parole, è di cose e di effetti importantissimi. Imperocchè posto che tutto ciò che è facoltà e possibilità sia diritto, ne viene che ogni mutazione e progresso futuro sia attualmente e fin dall'origine un diritto. E allora qualunque forma di governo avvenire, qualunque ulteriore sviluppo della libertà e dell'uguaglianza è presentemente diritto. Il mutamento anche lontano che è oggi inesistente è diritto quanto il reale in cui viviamo. Da ciò sorge un conflitto tra i diritti di un'epoca e quei di un'altra;



in cui tribunale decisore non può essere che la forza. Imperocchè tra più diritti in lotta quello prevale che ha più potenza materiale. Se il presente è diritto e l'avvenire è pure diritto, la democrazia pura è p. es. sin d'ora un diritto. Se la facoltà di cangiare una forma di governo è diritto, ne viene che una minoranza che precorre il futuro ha diritto di sopraffare la maggioranza che esprime il presente; e se non vi riesce gli è perchè non ne ha la forza materiale. In tal caso lo stato che reprime le agitazioni della minoranza ne viola il diritto, essendo nota intrinseca del diritto l'inviolabilità.

In quella vece non è punto vero che vi sieno diritti innati di cangiare e innovare l'ordinamento dello stato, ma solo facoltà innate, le quali diventano diritto sol quando tale cangiamento maturato nella coscienza generale della società diventerà legge e costituzione dello stato. Le possibili mutazioni future sono presentemente mere facoltà umane, inviolabili anch'esse come opinioni e teorie, ma non già diritti. Infatti se fossero diritti, ne dovrebb'essere libero e pieno l'esercizio non solo nell'*opinione*, ma anche nell'*azione*; e lo stato dovrebbe appoggiarlo e proteggerlo con tutti i suoi poteri.

Per il che tutto l'avvenire storico, quale che sia, non è un diritto pel presente, bensì una facoltà o potenzialità, la quale esplicandosi e svolgendosi successivamente e universalmente diverrà diritto. Diritto politico di un'epoca è quello che domina nella coscienza pubblica autrice della costituzione dello stato. Quello che le leggi dello stato denno guarentire si è la libertà per tutte le manifestazioni nel campo delle teorie



affinchè le ingenite facoltà umane possano progredire e tradursi nella realtà. Essendochè niuno può prefirire il corso delle facoltà umane e degli eventi storici che perennemente si svolgono nel seno delle umane società.

Ora gli autori, attesa l'immobilità del concetto che essi hanno del diritto, sono nella fatale alternativa o di dichiarare diritto ogni sviluppo avvenire o di negare l'avvenire storico dell'umanità. Stando alla lettera dei loro trattati si pronunciano pel primo dacchè appellano diritti le facoltà. Ma poi a questo risultato di qualificare diritto ogni mutazione non addivengono, non si sa con quanta logica. In quella vece danno nell'estremo opposto sconsuando affatto il *divenire* delle umane cose. Quindi i loro corsi esclusivi e superficiali che chiudono il mondo entro i limiti del presente, che non penetrano mai la parte più intima e progressiva del diritto, che non veggono l'interna essenza della vita e delle azioni. Eglino sono, per mo' d'esempio, unanimi nel condannare le rivoluzioni sociali: ed in ciò egregiamente. Ma ne sconsuono anche interamente il valore storico. Le considerano quali arbitrarie violazioni del diritto, quali avvenimenti irrazionali che sopraffanno e rovesciano il diritto: senza pensare che una rivoluzione, la quale può mutare le condizioni del mondo, deve avere in sè qualche cosa di razionale e compiere l'insufficienza del diritto che anteriormente governava la società. Le rivoluzioni intese come avvenimenti storici che a quando a quando si riproducono in gradi diversi e in varie forme non significano forse che il diritto deve anch'esso cangiare e progredire? Fine più o meno nascoso di ogni rivoluzione è la ri-



costruzione della società e dei principii che la governano. Ma gli autori da una parte hanno del diritto un concetto puramente formale, vuoto di contenuto, dall'altra ignorano il moto perfettivo delle umane società. Quindi non ponno capacitarsi che il diritto debba avere un contenuto reale ed essenziale, che questo contenuto sia in movimento e in formazione continua e che dia luogo a stati diversi egualmente necessari e giuridici. E' non veggono il graduale sviluppo degli stati sociali, la successione progressiva della vita giuridica. Non si occupano degli avvenimenti imprevisi che accadono fuori delle loro teorie: e quindi sfugge loro una parte importantissima della vita e dell'azione, quella parte stessa che ha potere di distruggere le loro teorie. Ogni grande avvenimento sociale non si compie senza sviluppare nuovi elementi e nuovi dati per la civiltà e pel diritto, i quali apparentemente sono un'anomalia e una infrazione dell'ordine esistente, ma in sostanza creano una materia e un fondamento nuovo all'esistenza sociale.

Se non che gli autori sempre irremovibili nei loro principii, benchè sieno di volta in volta costretti a rinnovare alquanto la loro teoria, pur nondimeno sono di nuovo sopraffatti da altri avvenimenti ch'essi non sanno prevedere; nè sanno dal loro insieme inferire la legge del progresso. Per questo anche oggidì non prevennero in nulla la rigenerazione politica degli stati europei. Le riforme radicali e il rinnovamento del diritto pubblico odierno non sono in alcun modo dovuti a loro. Essi rimasero estranei al movimento di emancipazione sì politica, che religiosa e scientifica che forma la più splendida gloria del secolo nostro.



Chiunque apra un trattato di diritto naturale di leggieri si avvede che i principii del diritto politico più non reggono dinanzi all'attuale svolgimento storico delle società. Tanto il mondo civile in questi recentissimi tempi mosse e progredi e i principii razionali puri degli autori rimasero inalterati e immobili.

Eziandio il diritto privato ebbe sviluppi, benchè meno rapidi, di cui non si trova traccia negli autori.

Qui pure e' scambiano facoltà e diritto, generando per tal modo una confusione indecifrabile e una collisione continua nei diritti con un seguito di tristi effetti.

L'uomo, essi dicono, ha il diritto innato alle cose <sup>1</sup>. Ed altri sviluppando questo diritto innato vanno dirittamente non solo al socialismo, ma anche al comunismo, come già dissi in altra mia opera <sup>2</sup>. Imperocchè se tutti hanno diritto alle cose, niuno può farne sua alcuna senza spogliarne gli altri. Donde la proposizione che la proprietà privata è un furto.

L'uomo (dicono Zeiller, Rosmini ed altri) ha il diritto innato alla moralità, alla felicità, alla perfezione, alla sapienza, alla verità, alla virtù ecc. a illuminare gli altri, a soccorrerli, a cooperare allo sviluppo delle loro facoltà mentali e fisiche. Se esistono cotali diritti, nota essenziale del diritto essendo la coazione, dovrebbero essere costretti o gli uni ad essere morali e felici, o gli altri ad illuminare e prestarsi ad ogni uopo.

<sup>1</sup> Zeiller, dopo aver detto che il diritto di proprietà è acquisito, dichiara appartenere alla specie dei diritti innati il diritto sulle cose.

<sup>2</sup> *Nuovo Diritto*, pag. 360 e seg.



Imperocchè un diritto che manca di mezzi coercitivi non è diritto, ma facoltà o potestà. E mentre qui, come dappertutto, scambiasi facoltà e diritto s'intralcia e confondesi necessariamente morale e diritto. Dacchè s'io ho diritto alla virtù deggio avere azione contro il vizio: se ho diritto alla verità deve esser punito l'errore. Questa identificazione della morale e del diritto vedesi anche là dove Rosmini ed altri appellano diritti dei genitori e curatori sui figli e minorenni ciò che in fondo altro non è che dovere morale di gratitudine che questi hanno inverso di quelli per la cura, l'educazione e gli altri beneficii ricevuti. Trasformando per tal modo il dovere morale in dovere giuridico devono gli autori esigere che le leggi puniscano qualunque atto di sconoscenza e di disaffezione. V'ha di più: cotesti diritti alla sapienza, alla felicità, alla perfezione sono talmente trasportati fuori della realtà della vita che l'uomo non può raggiungerli mai. Per tal modo puossi anco dire che l'uomo ha diritto di imparadisarsi, di volare e simili. In fine gli autori confondono i diversi modi dell'essere col diritto. Annoverano tra i diritti il potere che ha l'uomo di passeggiare, di cibarsi, di sollazzarsi ecc., atti tutti della vita animale, e modalità, se vuolsi, del diritto, non diritti.

I diritti innati degli autori sono virtualità o potenze, le quali, anzichè scendere all'atto, vengono continuamente distrutte dai diritti in atto, ossia dai diritti acquisiti. Il mio diritto innato alle cose si estingue dinanzi al diritto acquisito altrui. Ma i diritti innati non dovrebbero distruggersi senza essere violati. Perchè, secondo il loro proprio concetto, sono fondamentali, anteriori e superiori agli acquisiti.



Tra i diritti acquisiti e gli innati dovrebbe passare quella medesima differenza che esiste fra atto e potenza. Quindi i diritti acquisiti dovrebbero pur essere la realizzazione e il compimento dei diritti innati. Ma questo non è, secondo gli autori, poichè anzi il diritto acquisito altrui su di un oggetto annienta il mio diritto innato su quel medesimo oggetto.

Per tôrre la subordinazione dei diritti innati agli acquisiti e qualunque collisione fra loro resta che il diritto innato si risolva in una mera facoltà di acquistare quei diritti. Allora ogni diritto acquisito è veramente la realizzazione delle facoltà ingenite dell'uomo, non già il sacrificio di alcuno dei diritti innati.

Non si dimentichi che il diritto importa azione e coercizione. Se quindi ho diritto alle cose deggio poter farlo valere. Ma quale mai diritto ho io alla proprietà delle cose se non le acquisto legittimamente? Quale azione e coazione prima di tale acquisto?

Se quello che è facoltativo e possibile è diritto, il diritto risolvesi in una pura forma generale senza contenuto. Dacchè manca l'oggetto determinato e reale su cui il mio diritto esiste e posso esercitarlo. Il dovere che vuolsi far corrispondere al mio diritto, come termine correlativo, è pur esso vuoto e formale: è un vano nome, giacchè mentre tutti hanno obbligo di rispettare il mio diritto ognuno in particolare può acquistare quelle cose su cui ho diritto. Quindi diritti e doveri, a mente degli autori, sono termini illusorii, sono forme astratte e vuote di ogni reale materia.

E mentre gli autori ricingono da ogni lato l'uomo di diritti, che dessi originano dalla immutabile natura e più ancora dalla pura eterna ragione, per togliere



poi le frequenti collisioni e le tristi conseguenze pratiche dei loro stessi principii, ricorrono ad una massima che è essenzialmente figlia del tempo, vo' dire contraria all'assolutezza e immutabilità dei principii di ragione. *Qui prior tempore potior jure*: e' dicono. Con che sommettono gli assoluti diritti della natura e della ragione alla contingenza e caducità del tempo. L'uomo ha diritto a tutte le cose che non sono di alcuno; ma chi primo le occupa esclude gli altri. È dunque il tempo il vero legislatore che ha forza perfino di annientare i diritti innati di una gran parte degli uomini. A che dunque cotesta schiera di diritti che ogni accidente del tempo e dello spazio limita continuamente e distrugge? Tra i modi d'acquisto della proprietà gli autori ammettono principalmente l'occupazione. Occupazione e convenzione, secondo Zeiller: occupazione ed accessione, secondo Villivà, per tacere d'altri, sono i modi d'acquisto della proprietà. Ma quanto alla convenzione, essa è un modo di trasmissione della proprietà da una mano all'altra, non un mezzo originario d'acquisto. E quanto all'accessione, essa è una guisa tutta accidentale ed estrinseca, la quale assai di rado ha luogo. Rimane l'occupazione, contro la quale puossi primieramente obbiettare che posto che tutti abbiano uguale diritto alle cose perchè alcuni le occupassero con esclusione degli altri saria mestieri che tutti vi acconsentissero: ciò che non è punto possibile poichè niuno vorrà accordare agli altri un vantaggio e un diritto e privarsene egli stesso. Ad ogni modo un tale consenso non può obbligare per tutto l'avvenire e bisognerebbe rinnovarlo ad ogni generazione. Inoltre l'occupazione poteva essere fonte di proprietà nei primordi quando scarsa



era la popolazione e poco abitata la terra, non oggi che nei paesi civili non ve n'ha forse un ettaro inoccupato.

Per lo che vedesi manifestamente che gli autori si tennero saldi al diritto romano, da cui trassero il diritto del primo occupante, senza punto seguire i progressi del tempo in virtù dei quali è sorta la fonte del lavoro, che è ben più vera e feconda di quella dell'occupazione. Gli autori qui pure accettano le forme tradizionali anzichè seguire il contenuto reale, mutato e progredito del diritto. Mantengono ancora come viva nella scienza una fonte di proprietà morta nel fatto. Omettono tutti i grandi mezzi d'acquisto della proprietà che nascono dallo sviluppo moderno dell'attività industriale e commerciale. Lo svolgimento economico delle società odierne diè vita a nuovi enti giuridici che fecero di molto progredire il giure commerciale. Man mano che cresce e si moltiplica la materia del diritto, pur la forma e la scienza del diritto dee ampliarsi introducendo elementi e forze prima virtuali e involute. Ma gli autori non badano al formarsi di un nuovo contenuto del diritto. E' stanno fermi alle forme esterne e alle condizioni generali del diritto trascurando affatto il generarsi dei dati positivi che costituiscono i veri termini e gli elementi vivi del diritto. Nel diritto contrattuale la compra-vendita non poteva aver origine prima dell'invenzione della moneta. Nè il diritto d'usufrutto e d'ipoteca era possibile quando gli uomini vivevano di caccia e di pesca. Riandando il passato si rinviene la genesi dell'odierno diritto che si formò e progredì con una serie non mai finita di sviluppi successivi.



Se gli autori seguissero questa storica evoluzione progressiva del diritto ne formulerebbero una dottrina filosofica più feconda e più vera. E' non incapperebbero in tanti anacronismi e in tanti errori ed in quelle sterili e immobili teorie che somigliano ad animali passati allo stato fossile. Essi p. es. ammettono ancora la proprietà della persona sia di sè che d'altri. La quale proprietà è assurda perchè la persona non può essere ad un tempo soggetto ed oggetto di sè, nè può diventare cieco strumento e mezzo d'altri. Inoltre, se la persona avesse la proprietà di sè stessa, condizione essenziale della proprietà essendo la libera disposizione della medesima, potrebbe alienare sè stessa e trafficarsi come armento. Questo medesimo vale contro la proprietà d'altri. Egli è chiaro che se tale proprietà fosse legittima, la persona diventerebbe oggetto di contrattazione e con ciò verrebbe trasformata in animale o cosa.

La proprietà non è concepibile senza un ente che ne formi l'oggetto, il quale è sempre fuori della personalità e appartiene alla non libera natura. In fatti la proprietà è un mezzo subordinato ad un fine e la personalità è fine ultimo e assoluto di tutto l'esistente. È quindi assurdo che la personalità di fine diventi mezzo sia di sè che d'altri.

Puo bensì una persona obbligarsi verso un'altra con una prestazione o locazione d'opera. Ma da questa alla proprietà personale corre immenso divario. Dacchè nella prestazione non v'ha alienazione della personalità, bensì dedizione di qualche atto particolare per un tempo determinato. È questo, se vuolsi, un parziale esercizio passivo della libertà, non una rinunzia della medesima e molto meno della personalità.



Se nelle prestazioni sembra una persona divenire mezzo d'un'altra, si noti primieramente che essa non rinunzia mai a sè stessa, non cessa un istante di essere fine. In secondo luogo le condizioni di tutte le persone divengono pressochè pari per la reciprocanza necessaria dei servigi umani. Il perchè la prestazione personale ha nulla di quella subordinazione assoluta e dipendenza giuridica che fa di uno, nel concetto della proprietà personale, lo schiavo di un altro.

Codesto concetto della proprietà personale conduce direttamente alla schiavitù e gli autori lo hanno tratto dal diritto romano: senza gran che investigare che nei tempi moderni, essendo scomparso ogni resto dell'antica schiavitù, pur tutte le forme giuridiche denn'essere improntate a libertà. Dalla schiavitù antica all'odierna prestazione personale convenuta dietro corrispettiva mercede e mediante un patto, figlio della libera volontà, corre tale progresso storico da rimanere escluso ogni principio di proprietà personale. Il contenuto della proprietà è affatto cangiato e rinnovato dacchè la persona non può più essere in alcun modo oggetto di proprietà. Col contenuto deve puranco cangiare e progredire la forma, se vuolsi che forma e contenuto s'adeguino.

Pertanto vizio capitale e perpetuo degli autori si è di tener fissi ed immobili i principii e le forme del diritto, pur quando la materia del diritto è mutata. Ma perchè i principii durassero, farebbe mestieri che il loro contenuto si mantenesse inalterato. Ora è legge storica dell'umanità che si sviluppino nuovi enti giuridici nella serie del tempo e con essi si esplichino pur sempre novelli principii di scienza.



Tutte le cose in questo libro raccolte e discorse denno persuadere che non può più bastare alla filosofia del diritto quella dottrina che venne fondata sulla *natura* oppure sulla *ragione* dell'uomo e che si appella comunemente diritto naturale. Fatta impotente l'antica dottrina, bisogna costruirne una nuova più consentanea all'attuale incremento storico delle società e alle sempre crescenti esigenze del sapere umano.

Per giungere a questo supremamente importa introdurre nella scienza filosofica del diritto, come principio essenziale, l'*elemento storico*. Il quale perennemente svolgendosi corregge l'immutabilità delle idee assolute, le arricchisce di un contenuto reale, dà vita e movimento agli obbietti giuridici e fa della filosofia del diritto la scienza che potrebbe dirsi dello sviluppo.

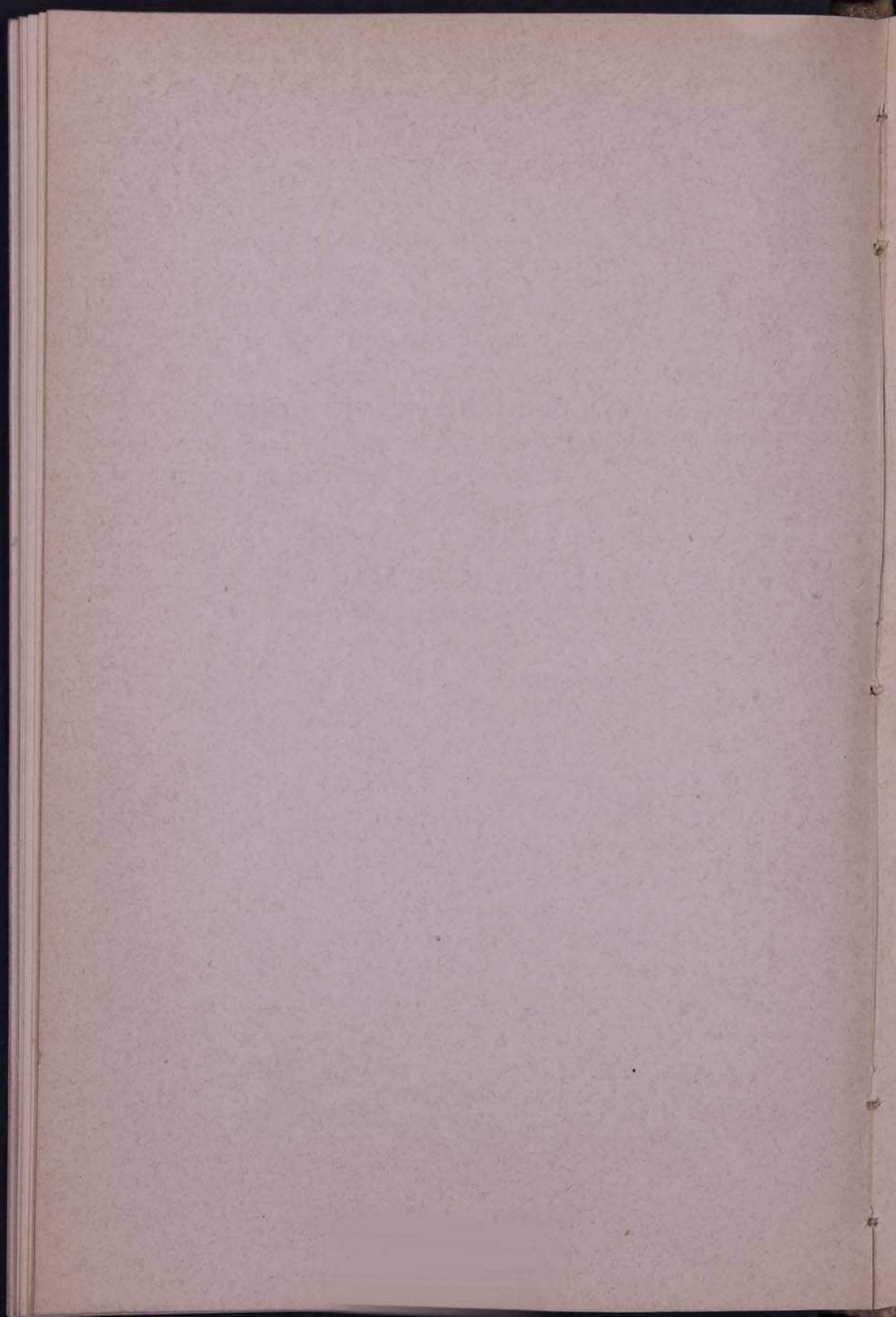
FINE.



1895

21 DIC. 1931 Anno X



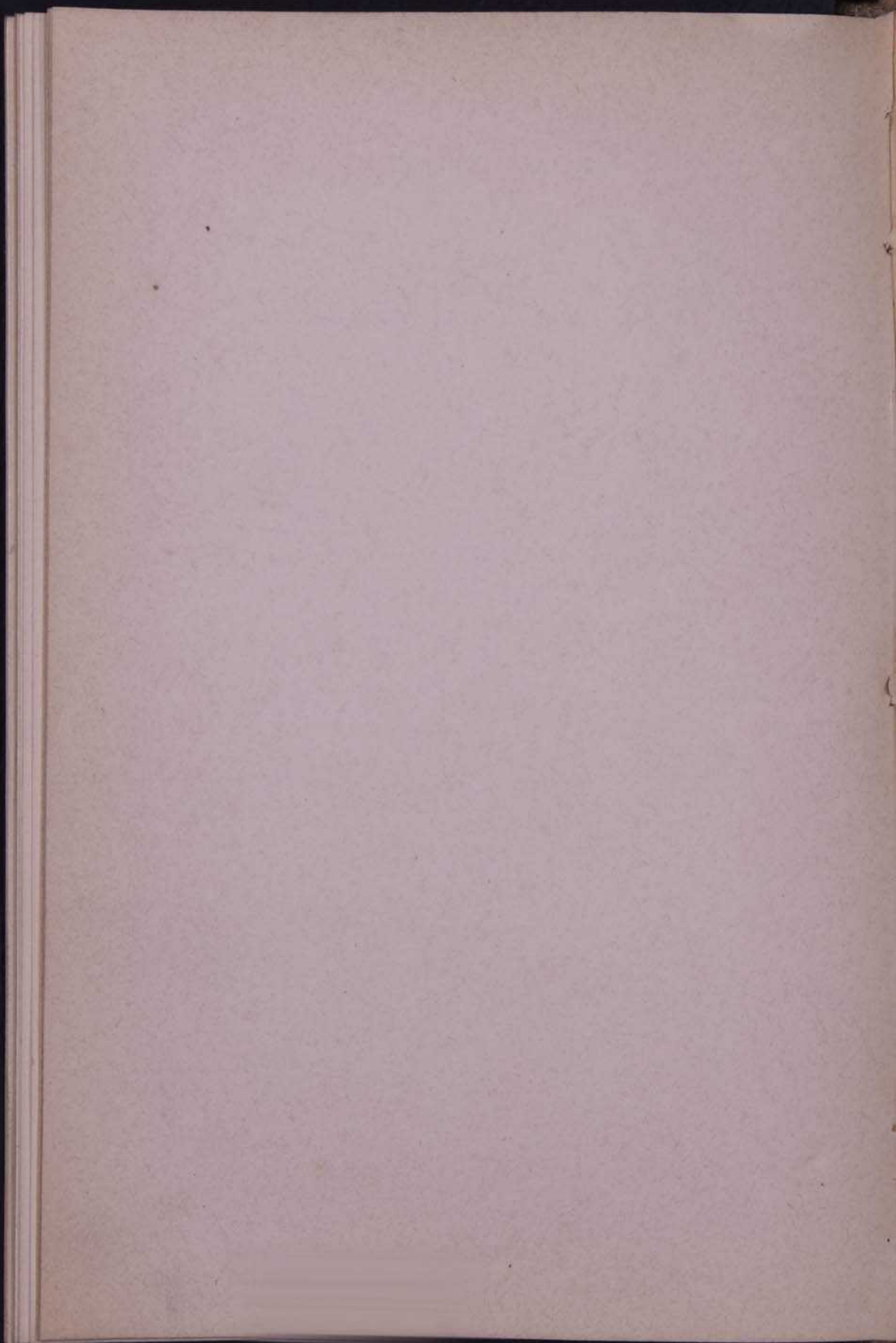




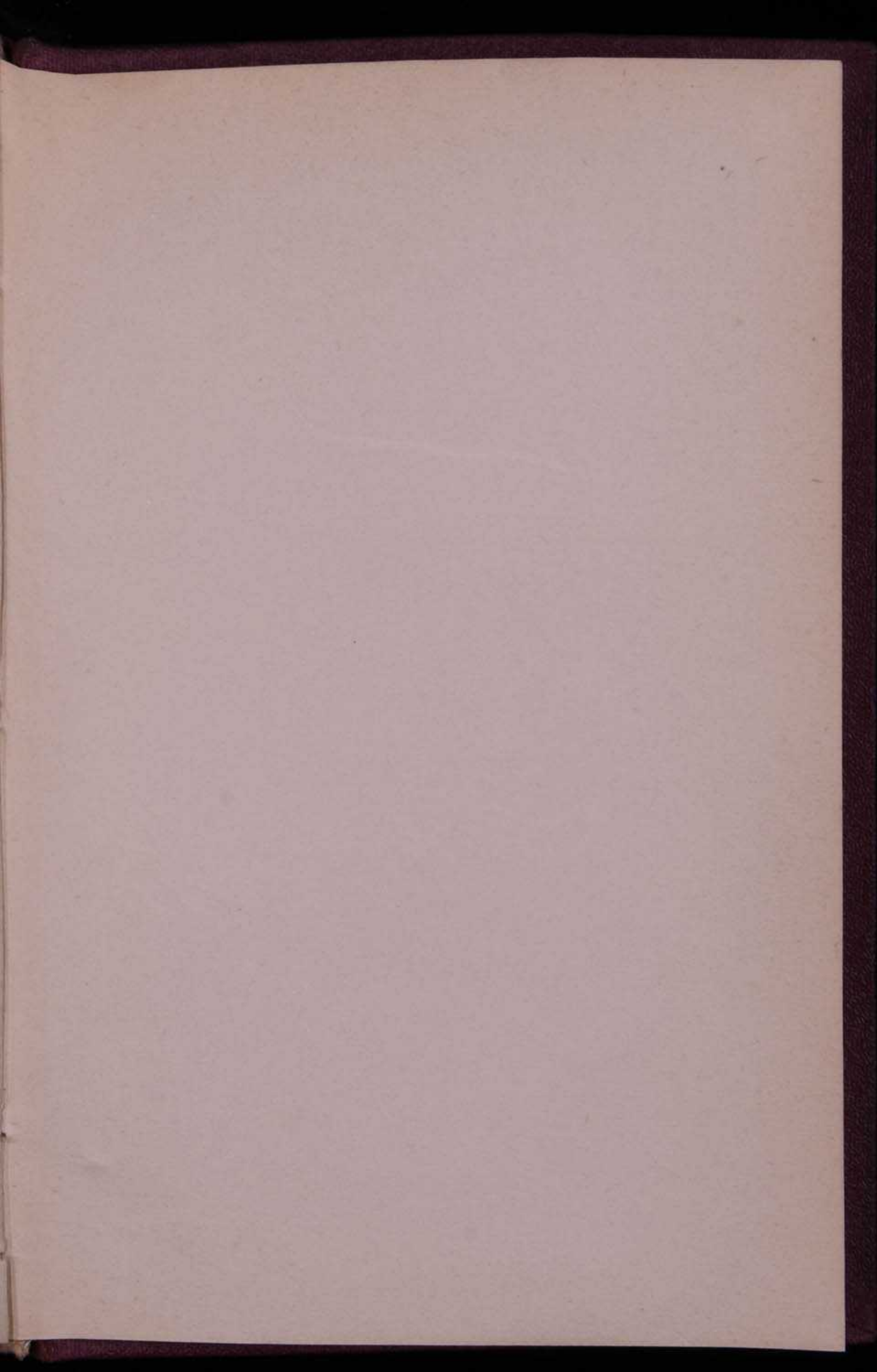
ERRATA — CORRIGE.

pag. lin.		
15	26	tutte lo <i>leggi</i> tutte le
129	25	della volontà. — della volontà obbiettiva.











INV. S.B.N. *Rec 3148*

BID. S.B.N. *000167345*

Servizio Bibliotecario Nazionale



