



3 2044 103 265 112

www.libtool.com.cn



www.libtool.com.cn

B. n. 1915.

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

9

3,5

www.libtool.com.cn

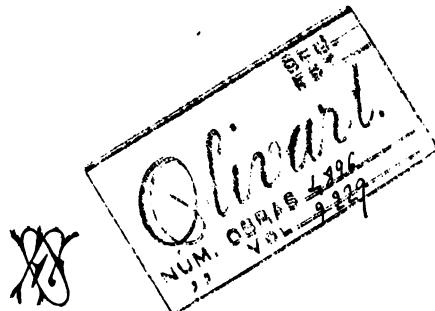
DOTT. ARRIGO CAVAGLIERI

PROF. PAR. DI DIRITTO INTERNAZIONALE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PADOVA

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

E

DIRITTO TRANSITORIO



FRATELLI DRUCKER
VERONA — Librai-Editori — PADOVA
1904

www.libtool.com.cn

Proprietà letteraria

Padova 1903 Tipografia Fratelli Gallina

I.

Diritto internazionale privato

Dalla coesistenza di più stati, in ognuno dei quali è in vigore una diversa legislazione di diritto privato, sorge la necessità di norme, che cerchino di stabilire la sfera d'azione di tali legislazioni, quando s'incontrano nel campo della vita internazionale.

Il complesso di queste norme dicesi diritto internazionale privato, il cui compito è appunto quello di segnare i limiti a cui la competenza legislativa delle varie sovranità è soggetta nello spazio.

Quando un rapporto giuridico si svolge tutto intero entro i confini di una sola entità politica, tra cittadini che a questa appartengono, riguardo a cose che in quel medesimo territorio sono situate, non può sorgere incertezza. È la norma materiale di diritto privato imperante nel paese che regolerà quel rapporto in tutti gli elementi di cui si compone, in tutti i momenti della sua vita, in tutte le controversie che a proposito di esso potessero insorgere.

Ma spesso la cosa non è così semplice; spesso il rapporto giuridico può nascere, prolungare i suoi effetti, spezzarsi, comparire davanti al giudice su territori retti da sovranità indipendenti e diverse. Se il rapporto in questione, anzichè sorgere tra connazionali, sia stretto fra sudditi di stati diversi, o concerna cose situate in territorio straniero, o, concluso in un paese, deva avere esecuzione in un secondo o essere contestato in un terzo, il problema diviene ben altri-menti intricato.

Ognuna delle legislazioni, con cui per qualche motivo il rapporto giuridico si trova a contatto, tenta di impadronirsene, di far valere le ragioni che ha di essere ap-

plicata ad esclusione delle altre. — Si forma così un vero concorso di leggi — (¹).

Non è il contenuto, non è, se così si può dire, la composizione chimica (²) del rapporto giuridico che sono mutati. Le relazioni sociali, che forniscono la materia prima ed il substrato del diritto internazionale privato, non differiscono in sè considerate da quelle che formano oggetto del diritto privato nazionale (³). Che un contratto sia stretto in Italia tra due Italiani ed in Italia deva essere eseguito, o sia stretto in Germania tra un Francese ed un Inglese e deva avere esecuzione in Olanda, poco importa.

La sostanza del rapporto giuridico non è diversa per questo. Ciò ch'è diverso è l'ambiente in cui esso si svolge; è il campo d'azione, in cui esso deve esercitare la propria efficacia.

È sempre quel medesimo rapporto veduto traverso una lente d'ingrandimento (⁴).

Questioni di diritto internazionale privato possono presentarsi ad un tratto in qualunque relazione giuridica d'ordine privato solo perchè essa ha cessato di essere puramente nazionale e vi si è infiltrato un qualunque elemento straniero (⁵).

L'applicare simultaneamente le varie legislazioni, che nel regolamento di un rapporto di carattere internazionale vengono tra loro a conflitto, è impossibile. Importa quindi dirimere la difficoltà facendo prevalere o l'una o l'altra, non arbitrariamente e a capriccio ma come giustizia chiede e le grandi necessità del commercio impongono.

O scegliendo tra le varie leggi concorrenti quella che

(¹) ANZILOTTI. Studi critici di diritto internazionale privato, pag. 121 (Rocca S. Casciano 1898).

(²) V. BAR. Neue Principien und Methode des Int. privatrechts; Kritische Studien. (Archiv. für öffentliches Recht. B. 15. 1900).

(³) ANZILOTTI. op. cit. pag. 118.

(⁴) LITTA. Das Wesen des internat. Privatrechts (Archiv. für öff. Recht. B. 14. 1899).

(⁵) PILLET. Le Droit international privé (Journal de Clunet. XX 1898).

può vantare maggiori diritti e abbandonandoglielo interamente; o, quando sia possibile, scomponendo il rapporto nei suoi elementi sostanziali, e cercando di contemperare le varie leggi coll'applicare ad ognuno di tali elementi la legge più competente.

Il diritto internazionale privato si propone appunto di tracciare nella grande carta geografica internazionale i confini delle varie legislazioni e limitare la sfera di competenza legislativa delle varie sovranità.

Vero *Ius inter leges* esso cerca di far sì che l'attività giuridica dell'individuo possa, almeno in una certa misura, spiegarsi sul vasto scacchiere del mondo colla stessa libertà e colla stessa sicurezza, come se essa si racchiudesse nelle frontiere di un solo stato ⁽¹⁾.

Si potrebbe definirlo: « *la scienza dei conflitti di leggi nello spazio* », se non sembrasse giustamente esagerato il volere accompagnare sempre e inevitabilmente l'idea di conflitto a quella di questione di diritto internazionale privato. Certo i conflitti sono ancora assai frequenti; ⁽²⁾ ma il concetto di una battaglia continua tra le varie sovranità nemiche e gelose l'una dell'altra appartiene ormai al passato; e spesso le varie legislazioni sono d'accordo nel cedere il regolamento di questo o quel rapporto giuridico ad una sola tra esse che riconoscono come la più competente ⁽³⁾.

Meglio sarà definire il diritto internazionale privato la scienza che si studia di coordinare nello spazio l'azione dei vari organismi legislativi; il complesso di regole, che determina il dominio rispettivo delle leggi d'ordine privato dei vari stati, quando tali leggi si trovino a contatto in occasione di un rapporto giuridico tra individui ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ CATELLANI. Il diritto internazionale privato ed i suoi recenti progressi. Vol. 1º, pag. 181. (I. edizione).

⁽²⁾ KAHN. Abhandlungen aus dem Internat. Privatrecht. (Iherings Jahrbücher. B. XXX).

⁽³⁾ V. BAR. Lehrbuch des Internationalen privat. und Strafrechts. (Stuttgart. 1892).

⁽⁴⁾ DESPAGNET. Précis du Droit international privé, pag. 17.

Per usare una felice immagine di V. Bar⁽¹⁾, le legislazioni dei diversi stati si possono paragonare a corpi dai contorni ben definiti. Noi gettiamo questi corpi nel mare tumultuoso della vita internazionale. Qui ognuno di essi viene a contatto cogli altri che sono di natura simile alla sua. Noi dobbiamo ricercare quale sia la superficie coperta da ognuno di questi corpi, quale la sfera del suo dominio; esaminare in quale misura le legislazioni dei vari paesi penetrino l'una nell'altra; considerare fino a qual punto le leggi nostre spingano la loro efficacia al di là dei confini territoriali, e le leggi straniere s'incuneino nella massa della nostra legislazione.

Finchè il commercio internazionale era scarso, e le industrie rachitiche e la coltivazione sminuzzata vegetavano nell'ombra,⁽²⁾, e i pregiudizi politici o i economici dominanti tarpavano le ali alla libertà dell'emigrazione e all'espansione dei capitali, e agli stranieri si concedeva scarsa capacità giuridica e si negava per falso concetto di sovranità l'acquisto di immobili e ogni diritto successorio, non doveva apparire troppo grave la mancanza di norme sicure di diritto internazionale privato⁽³⁾.

Ma la scoperta di nuovi continenti, l'enorme aumento della popolazione della terra⁽⁴⁾, la magnifica espansione del capitalismo industriale, il cosmopolitismo della filosofia, soprattutto la trasformazione dei mezzi di comunicazione hanno portata una vera rivoluzione nel modo di pensare degli uomini e nelle condizioni di vita delle società.

Non è esagerato il dire che l'uomo è divenuto oggi una specie di soggetto giuridico internazionale⁽⁵⁾.

Il mondo è tutto ravvolto da una fitta rete di ferrovie e di linee di navigazione, che ogni di più abbreviano

⁽¹⁾ V. BAR, articolo citato. (Archiv. für öff. Recht. B. 15).

⁽²⁾ LORIA. La sociologia pag. 115. (Padova 1901).

⁽³⁾ V. BAR. Das internat. privat. und strafrecht; p. 3. (Hannover 1862).

⁽⁴⁾ MEILI. Die Doctrin des int. Privatrechts. (Zeitschrift für internat. privat. und strafrecht. I Band. 1891).

⁽⁵⁾ MEILI. Das. internat. civil. und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. 1 Band. (Zürich. 1902).

www.libtool.com.cn.

le distanze; da fili elettrici che diffondono fulmineamente la notizia degli avvenimenti da un punto all'altro del globo. Nel campo materiale come nell'intellettuale, nel dominio dei traffici come in quello delle manifestazioni letterarie ed artistiche l'orizzonte si è immensamente allargato.

Il commercio e l'industria che non ardivano oltrepassare i confini dei singoli paesi, ora ingigantiti si svolgono da continente a continente. E poichè la produzione spesso superiore ai bisogni reclama di continuo nuovi sbocchi, la lotta incessante tra i popoli per il dominio ha assunto un carattere essenzialmente economico.

Il capitale e il lavoro, questi due grandi coefficienti della produzione, divengono entrambi internazionali e col moltiplicare gli affari e gli interessi comuni intessono la trama della pace tra i popoli ⁽¹⁾.

In quelle enormi coalizioni capitalistiche che sono i *trusts* par quasi di vedere attenuarsi i segni dei vecchi confini geografici tra gli stati e disegnarsi, al disopra dei governi, al disopra delle nazioni, dei nuovi organismi economici mossi solo dal guadagno ⁽²⁾.

E sono milioni gli individui che di continuo dai paesi saturi di popolazione o poveri di risorse economiche affluiscono a quelli che abbisognano ancora di energie lavoratrici.

I gruppi professionali vanno estendendosi oltre i limiti geografici della regione o della nazione dove sono sorti e si fondono con gruppi d'altri paesi sostituendo ai singoli mercati locali spesso insufficienti e tirannici un mercato mondiale, dove ogni individuo ed ogni cosa trovano la remunerazione più equa ⁽³⁾.

Gli Stati Uniti d'America sognano una grande confederazione che dia loro coll'egemonia politica il monopolio

⁽¹⁾ « L'internazionalità del capitale » nell'*'Avanti!* dell'8 dicembre 1902.

⁽²⁾ LUZZATTI. Il dominio mercantile dei mari. (*Nuova Antologia* 1. novembre 1902).

⁽³⁾ VIVANTE. Le nuove influenze sociali nel diritto privato (Roma 1908).

economico del nuovo continente (¹); ed anche in Europa l'antico sogno federale di Victor Hugo e di Cattaneo risorge almeno nei rapporti doganali per opera di statisti quali Goluchowski e Caprivi.

La stessa questione sociale che si affaccia così grave di presagi alle classi dirigenti dei vari paesi giova potentemente alla diminuzione dei pregiudizi nazionali ed alla solidarietà delle classi proletarie, che somiglianza di aspirazioni unisce al disopra di divisioni geografiche.

È insomma in ogni campo dell'attività umana una forte tendenza all'unità, ad espandersi, ad universalizzarsi; uno sforzo intenso di superare i confini nazionali e di adattarsi ad un ambiente sempre più vasto (²).

Questa grande trasformazione doveva naturalmente ripercuotersi sul diritto, il quale non è che l'espressione giuridica del pensiero e della vita della società in un determinato momento storico (³).

Nel diritto privato apparve stridente il contrasto tra le nuove esigenze e molti tra gli istituti consacrati nelle legislazioni e non più adeguati ai nuovi tempi.

Nel diritto pubblico l'idea di sovranità andò perdendo gran parte della passata rigidezza e temperando quel carattere assoluto, indeclinabile che ancora aveva. Andò formandosi la convinzione che anche il potere supremo dello stato può obbligare sé stesso con vincoli giuridici e che non è vero che esso, come quello che crea il diritto, sia al disopra e al difuori di questo (⁴).

Coll'aumentare delle relazioni sociali, e col formarsi nello stato della coscienza dei propri obblighi e della propria missione di fronte all'individuo, apparve manifesto come fosse impossibile che la sovranità proteggesse efficacemente i

(¹) ALVAREZ. *L'histoire diplomatique des républiques américaines.* (Révue générale de droit int. public n. 5 - 1902).

(²) GEMMA. *Propedeutica al diritto internaz. privato — BROCHER: Théorie du droit int. privé* (Révue de droit international. III. 413).

(³) BRUGI. *Introduzione enciclopedica.*

(⁴) IELLINEK. *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, pag. 24 e *Staatslehre*, pag. 345,

www.libtool.com.cn

propri sudditi senza esercitare un' azione estraterritoriale.

Ma nel campo internazionale l' azione di ogni stato si trova in concorrenza e s' incontra con quella di altri stati, che esercitano anch'essi il loro dovere di protezione di fronte ai propri cittadini. Onde la necessità di norme giuridiche che disciplinino l' azione concorrente delle sovranità nel campo internazionale e concilino l' arbitrio di ciascuno coll' arbitrio di tutti secondo un principio generale di libertà ⁽¹⁾.

Nella società degli stati come in ogni altro aggregato umano due tendenze, la tendenza cosmopolita e la tendenza particolarista, sono di fronte e si combattono. Abbandonate a sè stesse e spinte alle ultime conseguenze l' una condurrà alla negazione dello stato, l'altra all'esaltamento degli esclusivismi nazionali e all'annullamento di ogni vita internazionale. Conciliarle è compito del diritto, che cerca di temperare il principio subiettivo di libertà col principio obiettivo d' ordine.

Dalla comunità di interessi, che era anche comunità di civiltà e di convinzioni morali e religiose, andò formandosi l' idea di un ordine giuridico superiore ai singoli stati; poichè relazioni pacifiche e ordinate tra più nazioni sono possibili solo quando ognuna di esse sacrifichi a vantaggio delle altre una parte della propria sovranità ⁽²⁾.

Quest' ordine giuridico superiore rappresenta il più alto grado cui pôssa giungere nella sua evoluzione il pensiero giuridico; le sue norme non possiedono altra garanzia che la ferma volontà degli stati di osservarle. Par quasi che esso realizzi quella « moralité sans obligation ni sanction » di cui parla Gabriele Tarde ⁽³⁾.

Quest'idea della comunità giuridica internazionale giovò assai anche al progresso del diritto internazionale privato; essa gli diede ciò che prima gli mancava: una base veramente giuridica.

⁽¹⁾ KANT. *Metaph. Anfangsgründe der Rechtslehre*. pag. 31 e Pillet: *Le droit international public*. (*Révue générale*. I. 1894).

⁽²⁾ IELLINER. *Die Lehre v. den Staatenverbindungen*. pag. 96.

⁽³⁾ TARDE. *Les trasformations du droit*, pag. 158.

Già da molto tempo gli stati ammettevano nei propri territori una certa efficacia alle leggi straniere ; ma lo facevano per considerazioni di utilità, di cortesia, di reciproca convenienza. Invece facendo di una tale ammissione uno dei tanti sacrifici che la comunità giuridica internazionale impone alle singole sovranità, si dà un fondamento giuridico all'efficacia estraterritoriale delle legislazioni.

Il che è assai importante. « Il n'est pas indifférent », dice Renault (¹), « de faire intervenir l'idée du droit dans les relations internationales. On se donne ainsi un point d'appui solide soit pour attaquer soit pour défendre les règles existantes. Autrement on ne peut s'appeler qu'à l'intérêt, et chacun se considère le meilleur juge de son intérêt ».

Il riconoscimento apre agli stati l'ingresso nella comunità giuridica internazionale. I cittadini loro varcano le patrie frontiere, entrano in relazioni giuridiche coi cittadini di altri paesi. Ma essi portano con sé le loro leggi ; negare a queste, anche quando l'indole del rapporto dia loro la competenza, qualsiasi valore sul nostro territorio sarebbe grave ingiustizia ; sarebbe negare l'esistenza giuridica dello stato a cui quelle leggi appartengono (²).

Come il diritto internazionale pubblico, anche il diritto internazionale privato si svolge sui due medesimi concetti fondamentali : quello della necessità del sacrificio da parte dei singoli stati di una parte della loro sovranità alle esigenze della coesistenza, e quello del riconoscimento dello stato estero come organizzazione giuridico-politica avente un proprio valore (³).

Ma fissato il principio generale che vi sono rapporti giuridici che sfuggono alla competenza delle leggi territoriali e che devono essere regolati dalla legge straniera, sorge la domanda : Secondo quali criteri avverrà una tale applica-

(¹) RENAULT. *Introduction à l'étude du droit int. privé*, pag. 11.

(²) HEFFTER. *Das europäische Völkerrecht der gegenwart*; e GIERKE: *Deutsches Privatrecht*; I, p. 212.

(³) ANZILOTTI. op. cit. pag. 114. BULMERINQ: *Völkerrecht* pag. 7. LISZT: *Völkerrecht* pag. 25.

zione? Quale sarà la prescelta tra più leggi straniere che si disputano un determinato rapporto giuridico?

Il giudice si volge al legislatore e gli chiede la via da seguire; egli non può sostituirsi a quello ove non ne sia autorizzato, né può contravvenire alla sua volontà in nome della giustizia internazionale, come pretende lo Struve (¹).

Savigny determinò nettamente il compito della legislazione e della giurisprudenza in questa materia: « Stabilire per ogni rapporto giuridico il dominio di diritto più conforme alla natura propria ed essenziale di questo rapporto ».

Resta l'applicazione del principio alle varie categorie di rapporti giuridici; applicazione quanto mai difficile per la varietà degli elementi e la complessità degli interessi in giuoco.

Ora, a parte l'insostenibile opinione di qualche giurista (²) che vorrebbe negare ai vari legislatori persino il diritto di stabilire con proprie norme la legge straniera applicabile, è certo che due vie si parano alla scelta del legislatore.

Egli può abbandonare ogni speciale ricerca all'apprezzamento del magistrato, accontentandosi di raccomandargli con principio generalissimo di applicare quella legge, che più gli sembri competente, e più soddisfi alla natura della cose e alle esigenze della giustizia. E può invece stabilire egli stesso almeno nei casi principali quale sia il diritto straniero applicabile.

Ma la prima soluzione, se può giovare talvolta al libero sviluppo dei concetti giuridici che può essere ostacolato dalla soluzione che in questo o quel senso avesse adottata il legislatore, ha d'altro canto l'inconveniente gravissimo di portare criteri subbiettivi, mutevoli, arbitrari là dove dovrebbe dominare la sicurezza più assoluta.

È assai spesso impossibile il determinare in modo preciso la sede dei singoli rapporti giuridici; e le espressioni

(¹) STRUVE. Über das positive Rechtsgesetz in Beziehung auf raümliche Verhältnisse.

(²) SCHNELL. Über die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die raümliche Herrschaft..... (Zeitschrift. vol. Vº) e la critica in ANZILOTTI, op. cit. pag. 111 e seguenti.

« natura delle cose », « giustizia » ecc. sono espressioni essenzialmente vaghe e suscettibili delle più arbitrarie interpretazioni. E non a torto ha detto Bacon: « Optima lex quae minimum relinquit iudicis arbitrio ».

Così gran parte delle legislazioni moderne contengono più o meno numerose norme di diritto internazionale privato ; (v. tra gli esempi più completi gli art. 6 - 12 disp. prel. codice civile italiano, e gli art. 7-31 Einführungsgesetz del codice civile germanico). Il legislatore vi stabilisce quale sia la legge straniera che i suoi giudici devono applicare alle principali categorie di rapporti che sfuggono alla competenza territoriale, in materia di stato e di capacità personale come in materia di cose, in materia di obbligazioni come in materia successoria ecc.

Nel fissare tali norme il legislatore è naturalmente liberissimo ; egli può apprezzare secondo criteri affatto suoi la competenza internazionale delle varie leggi. Ma poichè l'ideale in questa materia è l'armonia legislativa, così egli cerca nel fissare le sue norme di diritto internazionale privato di accordarle, di conciliarle con quelle degli altri stati si da prevenire i conflitti.

In molte parti le varie legislazioni vanno già polarizzandosi su criteri comuni. Nella prevalenza della legge nazionale sulla legge del domicilio per quanto riguarda lo stato e la capacità, nell'applicazione della *lex rei sitae* per ciò che concerne i beni immobili, nella formula « *locus regil actum* » generalmente seguita quanto alla forma degli atti, in vari altri altri argomenti non è esagerato il parlare di una vera e propria *communis opinio* internazionale.

Ma la legge straniera non può sempre essere applicata al rapporto giuridico che sfugge per l'indole sua alla competenza delle leggi territoriali. Non mancano eccezioni al principio generale; non mancano leggi che pretendono sovrana ed assoluta applicazione sul territorio ad esclusione di ogni legge straniera.

Può darsi che questa repulsione del legislatore a consentire talvolta l'ingresso nel territorio alle leggi d'altri paesi sia stata spinta troppo oltre da qualche scrittore od

esagerata da certa giurisprudenza; ma mi pare eccessivo il vedervi come il Meili⁽¹⁾ soltanto un detrito dell'antica pratica feudale che respingeva ogni applicazione del diritto straniero come un attentato alla sovranità territoriale.

Chi non vede quanto sia ingiusto che degli stranieri, in base al loro statuto personale, ottengano una dichiarazione di divorzio dalla nostra magistratura, mentre le nostre leggi non ammettono il divorzio per motivi che saranno anche discutibili, ma che s'ispirano a considerazioni di ordine morale? O che un padre straniero ottenga dai nostri tribunali accoglienza ad una domanda intesa ad usare contro la moglie ed i figli misure di coercizione disciplinare che la legge nostra non consente? O che un figlio naturale intenti nel nostro paese un'azione di ricerca della paternità che il legislatore nostro ha vietata ai cittadini per ragioni di moralità? O che si pretenda l'applicazione di una legge straniera, che colpisce d'incapacità civile un ebreo, in un paese dov'è assoluta libertà di coscienza? O che una sostituzione fedecomessaria valida secondo la legge del testatore, si voglia applicata in un paese dove vige la più completa libertà economica?

Benchè la scuola storica abbia esagerata la spontaneità nella produzione del diritto⁽²⁾, ed il Fusinato faccia giustamente osservare come negli stadi più evoluti delle società il diritto scaturisca assai più dall'elaborazione dei dotti che dalla formazione popolare propria delle età primitive⁽³⁾, pure è certo che il legislatore cerca di tradurre nelle leggi il pensiero che attorno a certe grandi questioni egli crede sia nella coscienza della maggioranza.

Le norme legislative che sanzionano queste grandi convinzioni della coscienza nazionale, questi fondamentali principi d'ordine morale, politico, economico, sociale, pretendono giustamente esclusivo impero sul territorio. Ma

⁽¹⁾ MEILI, Über das historische Debüt der Doctrin des internat. privat. und strafrechts. (Zeitschrift v. Böhm. IX B. I Heft).

⁽²⁾ BRUGI, Enciclopedia giuridica, pag. 27.

⁽³⁾ FUSINATO, in Archivio giuridico, t. 33.

esse rappresentano un grave ostacolo al progresso del diritto internazionale privato; nè sarà mai possibile, almeno finchè duri la presente organizzazione della società, il sopprimerle del tutto.

Tuttavia in realtà il loro numero va sempre diminuendo, mentre cresce quello delle leggi personali. È desiderabile che esse sieno ridotte al minimo necessario: lo esigono le imperiose necessità della vita internazionale, la quale per svolgersi ha bisogno del riconoscimento universale dei diritti e dell'uniforme regolamento dei rapporti giuridici con limiti di territorio precisi e con sfere d'operazione effettive, ben determinate e sicure ⁽¹⁾.

Il diritto internazionale privato ha compiuti senza dubbio in questi ultimi tempi passi assai notevoli; ma lo sviluppo assunto dalla vita internazionale è stato così rapido ed intenso che fra di essa e il diritto si è manifestato un grande squilibrio. Il flusso continuamente rinnovato della materia prima ha vinta la virtù elaboratrice della nostra scienza.

Si discute ancora sul metodo, sui confini, sul carattere, perfino sul nome del diritto internazionale privato; e le molte difficoltà, i pregiudizi, le diffidenze che ne ritardano il cammino fanno sì che esso assomigli ancora troppo

a quella inferma
che non può trovar posa in sulle piume
ma con dar volta suo dolore scherma.

Nemmeno mancano coloro che negano al diritto internazionale privato l'onore di disciplina indipendente, e assiscono esistere soltanto nelle varie legislazioni delle norme in nulla differenti dalle altre, con cui i singoli legislatori cercano di risolvere gli eventuali conflitti di leggi.

Dice Niemeyer ⁽²⁾: « Es giebt zur Zeit kein internationales privatrecht ausserhalb der einzelnen Privatrechtsordnungen. Die grundsätze, welche das anzuwendende Recht bestimmen, bilden einen Teil des inländischen Privatrechts ».

⁽¹⁾ CATELLANI. op. cit. III. pag. 278.

⁽²⁾ NIEMEYER. Zur Methodik des internat. Privatrechts p. 81,

E. Miceli (1): « Il diritto internazionale privato abbraccia un insieme inorganico di dottrine, di principi, di precetti, che dovrebbero costituire le naturali appendici dei singoli diritti civile e commerciale ecc., anzichè costringerli a costituire quell'informe mosaico a cui si vuole attribuire l'onore di una disciplina indipendente ».

Di quest'opinione sono vari altri scrittori, tra cui assai autorevoli il Kahn ed il Neumann (2); mentre la tendenza opposta, che vede nel diritto internazionale privato un ordine giuridico vero e proprio determinato nelle sue norme dalla natura delle cose e dalle necessità del commercio (3), conta essa pure sostenitori numerosi e pugnaci, tra cui, senza parlare della scuola italiana, primeggiano l'Asser ed il V. Bar.

Ma la prima tendenza, se rappresenta una reazione all'indirizzo troppo speculativo dato specialmente in Germania (4) al diritto internazionale privato, non risponde alla realtà delle cose; essa riducendo il diritto internazionale privato a pura e semplice sezione del diritto interno dei singoli stati ne abbassa la dignità, ne dà un'idea troppo meccanica ed esclusiva, gli preclude le vie dell'avvenire.

Compito del diritto internazionale privato è quello di disciplinare le relazioni di ordine privato che si svolgono nel campo internazionale; ma per far ciò esso deve assidersi arbitro tra le varie legislazioni, contemperarle, dare nei vari casi la scelta a questa o a quella, delineare le sfere delle varie competenze legislative. Non si può quindi fare a meno di considerarlo come qualcosa di superiore alle singole legislazioni (5).

È vero che, all'infuori di qualche piccola parte, il di-

(1) MIELI, risposta all'inchiesta Cimbali.

(2) v. anche TRIEPEL: « Völkerrecht und Landesrecht » p. 20. PFLUG: « Staatsbankerott und internationales Recht » pag. 49.

(3) V. BAR. Theorie und Praxis pag. 5. BÖHSLAU: Mecklenburgisches Landrecht. I. ROGUIN: La méthode de Litta. (Archiv. für öff. Recht. 1894).

(4) ANZILOTTI. « Una pagina di storia della codificazione civile in Germania. (op. cit. pag. 1-103).

(5) ANZILOTTI. op. cit. pag. 180,

ritto internazionale privato è racchiuso tutto nelle legislazioni dei singoli stati; ma ciò dipende unicamente dal suo imperfetto grado di sviluppo. Gli stati compiono essi le funzioni di quel potere legislativo centrale che manca; sono essi gli organi di quella società giuridica internazionale che non possiede organi suoi speciali.

Del resto il contrasto delle due tendenze è assai più apparente che reale. Quelli stessi scrittori che negano al diritto internazionale privato i caratteri di disciplina indipendente, riconoscono che ogni legislatore deve cercare per quanto può di armonizzare le proprie norme sulla materia con quelle in vigore negli altri stati; e parlano ad ogni passo dei limiti che la comunità giuridica internazionale impone all'autonomia legislativa delle sovranità ⁽¹⁾.

Ciò significa che essi pure sono convinti che il diritto internazionale privato riceve bensì vita ed efficacia dalla volontà dei singoli stati, ma in realtà riposa su considerazioni superiori ad essi ⁽²⁾.

Uno stato, che volesse circondare il suo territorio di una grande muraglia giuridica e pretendesse opporsi a questo naturale svolgimento del diritto, non riuscirebbe più a distruggere la vita internazionale, ma ne rimarrebbe esso distrutto. Lo travolgerebbe l'impeto della grande fiumana che va e non s'arresta

quasi torrente ch' alta vena preme ⁽³⁾.

⁽¹⁾ KAHN. Über Inhalt, Natur und Methode des int. privatrechts.
(Iherings Jahrbücher. B. 40) e NIEMEYER: Das int. privatrecht des B. G. B.

⁽²⁾ DERNBURG. Pandekten. 1. Band.

⁽³⁾ Paradiso, canto XII^o

I I.

Diritto transitorio

È gloria della scuola storica tedesca l'avere intuito e dimostrato, in opposizione alle astrazioni metafisiche, come il diritto sia un prodotto storico e relativo, non astratto ed assoluto. Esso si forma naturalmente, non accidentalmente; non è la creazione di un legislatore geniale, ma bensì il risultato dell'organizzazione interna della nazione e della sua storia. Ogni epoca, ogni generazione devono attivamente occuparsi di vivificare, di ringiovanire questa materia che, pur conservando le proprie linee generali, non è mai immobile e stazionaria, ma ci offre una successione continua di sviluppi organici paralleli allo svolgersi dell'organismo sociale (¹).

Che se talvolta avviene che per venerazione dell'antico per spirito conservatore per paura di novità l'ordine giuridico rimanga per qualche tempo cristallizzato nelle vecchie forme anche quando ne è stridente il contrasto colla realtà e l'atmosfera d'intorno è completamente mutata, ciò non può essere duraturo. I nuovi palpiti di vita, che pervadono tutte le fibre dell'organismo sociale, finiscono col fare sentire la loro influenza anche sul diritto che ne è tutto ringiovanito.

Nessun maggior anacronismo che il ripetere oggi, in tanta e tanto assorbente azione dello stato in tutti i campi dell'attività sociale, la nota sentenza di Kant che lo stato ha diritti ma non doveri di fronte ai sudditi. Sarebbe assurdo anche il pensare che in uno stato moderno possa essere pubblicata una legge che almeno nell'intenzione del legislatore non risponda agli scopi della comunità, o all'interesse degli individui che la compongono. Lo stato è compreso dalla coscienza dei suoi doveri; tra cui il maggiore è certo quello di realizzare e proteggere il diritto (²).

(¹) SAVIGNY. System. Band. 1.

(²) IELLINER. Die rechtliche Natur. pag. 40.

Col moltiplicarsi dell'attività individuale, coll'aumentare di complessità dell'organismo sociale e quindi col sorgere di nuovi tipi di relazioni giuridiche e il modificarsi dei vecchi, aumenta logicamente anche l'attività legislativa dello stato.

Questo mutarsi di leggi è divenuto nell'epoca nostra assai più frequente ed intenso che per il passato; e ciò per l'impulso delle relazioni, per la cresciuta coscienza dei bisogni sociali, per l'importanza assunta dall'opinione pubblica che a mezzo della stampa e degli istituti rappresentativi fa sentire la voce poderosa. Ma soprattutto per la grande opera di unificazione legislativa che suggellando le raggiunte unità nazionali ha posto fine all'antica confusione di leggi.

La coscienza giuridica nazionale impera sul legislatore; e quando una convinzione di pochi diventa convinzione generale ed è reclamata dalla grande maggioranza, il legislatore deve piegarvisi in virtù soltanto di quel generale consenso e finchè esso persiste, quand'anche quella convinzione fosse trovata dalla scienza in tutto o in parte imperfetta ⁽¹⁾.

Ogni nuova legge rappresenta, almeno nel pensiero del legislatore, un progresso sul passato, un ulteriore svolgimento di un dato concetto giuridico. Essa solleva, per dir così, a positività l'indifferente, arricchisce di un concetto nuovo la coscienza e la legislazione di un popolo ⁽²⁾. È naturale quindi che il legislatore cerchi di estenderne più in là che gli è possibile l'applicazione; voglia sottoporvi tutti i casi giuridici che dopo la pubblicazione di essa compaiono all'esame del magistrato, senza curarsi se abbiano la loro radice nel presente o nel passato. La nuova legge, svolgendo principi giuridici già ammessi, non fa in fondo che dedurne conseguenze migliori, cioè più conformi a giustizia ⁽³⁾. È quindi interesse del legislatore che la sfera del suo impero sia la più estesa possibile.

E lo sarebbe veramente se di fronte a questo diritto,

⁽¹⁾ GABBA. Teoria della Retroattività delle leggi. I. prolegomeni.

⁽²⁾ GABBA. op. cit. I. prolegomeni.

⁽³⁾ GABBA. id. id.

www.libtool.com.cn

che è diritto sociale, non ne sorgesse altrettanto potente un altro: il diritto dell'individuo, che a ragione pretende di non essere deluso nella sua fiducia nell'ordine giuridico vigente (¹). La violazione di un diritto già nostro che si consumasse da una legge nuova sarebbe una flagrante ingiustizia e turberebbe profondamente l'ordine sociale, anziché correggerlo e migliorarlo (²).

Ogni nuova legge trova al suo verificarsi un'altra legge in vigore, trova relazioni giuridiche formatesi sotto la protezione di questa, trova diritti che i singoli si sono procurati sotto l'antica legge; diritti non fatti ancora valere, ma che l'individuo considera ormai giustamente come facenti parte del suo patrimonio.

Potrà la legge nuova distruggere tutto questo? Sconvolgere e abolire diritti, che sotto il regime anteriore furono legittimamente acquisiti? Negare svolgimento a tutte le conseguenze, a tutti gli effetti di quelle relazioni giuridiche, che hanno nel passato la loro ragione di essere?

Lo sostiene qualche scrittore come il Gönner (³), che afferma: « Nessun cittadino ha diritto in confronto del legislatore alla durata di una legge; che anzi il carattere di mutabilità inherente ad ogni legge positiva fa sì che il cittadino, acquistando un tale diritto dipendente dalla sanzione del legislatore, non fa che conseguire una facoltà condizionata alla conservazione della legge ».

Ma lo Struve (⁴) ribatte: « Una tale dottrina fa del legislatore il padrone assoluto della vita, dell'onore, della libertà, della proprietà di tutti i suoi sudditi, senza garanzia alcuna contro manifeste violazioni di questi diritti rispettabili tra tutti gli altri ».

(¹) PFAFF HOFFMANN. *Excuse über österreich. allgemeines bürgerliches Recht.* B. 1.

(²) PACIFICO MAZZONI. *Istituzioni di diritto civile italiano.* I. p. 174.

(³) GÖNNER. *Von der rückwirkenden Kraft eines neuen Gesetzes auf vorhergegangenen Handlungen.* (Archiv. für die gesetzgebung. I, pag. 148).

(⁴) STRUVE. *Über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit.* pag. 145, e GABBA. I. pag. 157.

E di fatto la retroattività delle leggi intesa in senso così assoluto si risolverebbe in una grande ingiustizia. Se vi ha funzione dello stato che compaia permanentemente in tutte le fasi della sua evoluzione è quella della protezione del diritto (¹). E lo stato custode dell'ordine giuridico si porrebbe in contraddizione con sè medesimo, se si permettesse di strappare all'individuo ciò che questi ha acquistato sotto la sua garanzia.

« Appartiene all'essenza della persona » dice Stahl (²), « l'essere sicura della propria condizione giuridica. Persona è il soggetto che agisce ; ma se l'uomo è riconosciuto come persona deve esserlo anche l'opera sua, devono esserlo anche i diritti ch'egli si è creati col suo lavoro. Quando egli abbia acquistato un diritto, in virtù dell'ordine legale esistente, egli deve poter crederlo inviolabile, come un'estensione della personalità sua su cui la sua volontà si affermi sovrana nel presente come nell'avvenire ».

E Lassalle (³) : « Il diritto privato non è che l'effettuazione della libera volontà degli individui. Se quindi una legge posteriore colpisce retroattivamente l'azione libera di un individuo, la volontà di questo ne viene svisata e trasformata in un'altra. Una legge siffatta non è neppure una legge ; è il non diritto assoluto, la distruzione dell'idea di diritto in generale. Essa ha *ex post* per effetto che l'individuo abbia voluta e fatta altra cosa che non volle e non fece, gli fa violenza e cozza collo stesso concetto del diritto, che consiste appunto nell'effettuazione della libera volontà ».

Ma più ancora che nell'offesa alla dignità personale dell'individuo l'ingiustizia della retroattività delle leggi sta nel danno, nella diminuzione patrimoniale, che essa gli arreca. Il diritto quesito non è soltanto una manifestazione del pensiero e della volontà dell'uomo ; ma un aumento, un miglioramento della sua situazione economica ; e quindi è

(¹) MEYER GEORG. *Der Staat und die erworbene Rechte.* (Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen hrg. v. Iellinek und Meyer. B. 1. Heft. 2-1895).

(²) STAHL. *Philosophie des Rechts.* B. II. (Tübingen 1878).

(³) LASALLE. *Die théorie der erworbenen Rechte.* I. einleitung.

intollerabile agli uomini la retroattività non solo perchè offende la dignità personale, ma anche perchè scema il benessere e produce un positivo nocimento⁽¹⁾.

Il principio dell'irretroattività delle leggi, che già Roma maestra di sapienza giuridica aveva scritto nella famosa costituzione di Valentiniano e di Teodosio, è passato in tutte le legislazioni moderne.

Ma esso fu assai spesso frainteso; non mancò, nè manca tuttora, chi vorrebbe intenderlo nel senso di abbandonare senz'altro alla legge antica tutti i fatti verificatisi, tutti i rapporti giuridici sorti sotto l'impero di essa⁽²⁾.

Ma è grave errore il rappresentarsi come un fatto eccezionale: l'effetto di una legge nuova su conseguenze di fatti e relazioni giuridiche anteriori. Quando non vi sieno inconvenienti ed offese alla giustizia, è logico che la nuova legge che è anche la migliore riceva la maggiore applicazione, senza distinzione di presente o di passato.

Ciò che l'arresta nella sua espansione è soltanto il diritto quesito dall'individuo in conformità della legge anteriore; il diritto che non è stato ancora consumato, ma che esiste in potenza ed ha saldo appoggio in un modo d'agire o in un fatto contemplato e regolato dalle leggi anteriori; e sotto l'impulso di quelle fu acquistato immediatamente, irrevocabilmente dall'individuo. Il quale lo tiene ormai come cosa sua, che nessuno può togliergli⁽³⁾.

Un tale diritto può sorgere nell'individuo sia per opera propria, sia per opera d'altri a suo vantaggio, sia anche *ope legis*; l'importante si è che esso rappresenti qualchecosa che si stacca con caratteri propri dal fondo comune.

Quando invece la nuova legge si trova di fronte a

⁽¹⁾ GABBA. I. prolegomeni.

⁽²⁾ v. in Affolter: "Das intertemporale Privatrecht" (Leipzig 1902) l'esposizione e la critica delle opinioni dei principali scrittori sull'argomento.

⁽³⁾ GABBA. op. cit. pag. 188. PACIFICI MAZZONI: op. cit. I. p. 274. BIANCHI, Corso di diritto civile. I pag. 61. GIANTURCO: Istituzioni di diritto civile. pag. 21. UNGER. System des österreichischen allg. Privatrechts. I B. MERLIN: Répertoire sez. III. p. 1^a n. 3.

semplici speranze, aspettative, pretese, di fronte a ragioni che non sono ancora nostre o non ci hanno procurato nessun vantaggio né personale né patrimoniale, può esercitare liberamente il suo impero modificandole o togliendole. Se qualche speranza viene così delusa o qualche aspettativa non può raggiungere il suo oggetto, ciò non è motivo sufficiente per ritardare l'attuazione del progresso avuto in mira dalla legge nuova (¹).

Ma anche ristretto in questi limiti il principio dell'irretroattività delle leggi non può essere inteso in senso assoluto; esso incarna un grande principio di giustizia, ma non dev'essere esagerato.

Il grido di Mirabeau in piena Costituente: « Nulle puissance humaine ni surhumaine ne peut légitimer un effet rétroactif. J' ai demandé la parole pour faire cette profession de foi! » se è un bello slancio oratorio del fiero atleta della rivoluzione, ritrae anche le condizioni patologiche di quell'assemblea, che da una retroattività ingiusta e irragionevole passava ad un culto esagerato dell'irretroattività.

In verità non di rado in vista di un grande interesse pubblico il legislatore si è trovato nella necessità di abolire o modificare diritti certi ed incontestabili (²) Forse che l'affermazione di Toullier: « La rétroactivité est un piège tendu aux individus par le législateur » è sempre vera? Anche quando l'ossequio ai diritti quesiti impedirebbe alla nuova legge di raggiungere piena efficacia, arresterebbe la società sulla via di importanti riforme?

« Quantunque » dice Gabba « il progresso della società, al pari del medesimo svolgersi della natura, sia di regola lento e continuo, non saltuario e violento, ciò nondimeno la società ha essa pure le sue rivoluzioni, come la natura può andar soggetta ai suoi cataclismi. Istituzioni diventate incompatibili coi progressi fatti dalla società, che trovansi in stretti rapporti con quelli, perchè l'egoismo ha

(¹) PACIFICO MAZZONI, op. cit. pag. 174.

(²) BORSARI. Commento al codice civile. I. p. 40, e REGELSBERGER. « Rückwirkung » nell' Holtzendorffs Rechtslexikon. III.

impedito che chi si avvantaggiasse delle prime cedesse spontaneamente di mano in mano qualche cosa alle esigenze del bene pubblico, devono poi un giorno finire crollando ad un tratto per opera di una legge che le sopprima..... Chi può mettere in dubbio la legittimità, la giustizia dell'abolizione, a cui cospirano in pari tempo l'intollerabile egoismo di pochi e la legge imperiosa del bene pubblico? »

Questa fu la sorte delle sostituzioni fedecomessarie, dei maggiorascati, delle rendite perpetue, di tutte quelle altre istituzioni feudali dell'*ancien régime*, la cui abolizione si imponeva, perchè erano di ostacolo alla libertà dell'agricoltura e allo sviluppo dell'economia.

Diversamente si arrischierebbe di sacrificare l'evoluzione sociale all'interesse di pochi; le generazioni viventi sarebbero l'ombra delle generazioni già morte⁽¹⁾; l'esistenza dei popoli, che dev'essere rinnovamento, vita, energia, sarebbe mutata nel silenzio di una grande necropoli.

Mi par quindi che abbiano torto quelli scrittori, che come Felix de Berriat affermano⁽²⁾: « Le principe de la non-rétroactivité domine toute la législation. Il était mieux à sa place dans la loi constitutionnelle que dans le code civil, loi secondaire qui a pour objet de régir le patrimoine des particuliers ».

E Démante dice all'Assemblea Nazionale francese del 1848: « Voulez-vous réserver au législateur le pouvoir d'insérer dans une loi une disposition rétroactive? Ne le voulez vous pas? Il faut que vous disiez dans la constitution qu'aucune loi ne peut rétroagir. Vous ne trouvez pas cela dans le code civil. Le code civil vous dit: La loi n'a pas d'effet rétroactif. Mais le code civil ne s'occupe pas des pouvoirs du législateur ».

Il canone dell'irretroattività delle leggi fu infatti scritto da alcuni stati nelle loro carte costituzionali. Così dalla Francia nella costituzione 5 fruttidoro anno II,^o dagli

⁽¹⁾ LASSALLE. op. cit.

⁽²⁾ BERRIAT. Théorie du droit constitutionnel français n. 786. (Paris 1851).

Stati Uniti d'America ⁽¹⁾, dalla Norvegia ⁽²⁾, dal granducato di Sachsen Altenburg ⁽³⁾, dalla Grecia ⁽⁴⁾, ecc.

Precauzione eccessiva e pericolosa ! Poichè la libertà d'azione del legislatore ne resta straordinariamente limitata. Finchè il principio è scritto solo nel codice civile, esso non è che un ammonimento che il legislatore dà al magistrato, una regola d'interpretazione secondo cui il giudice deve star ligio alla massima dell'irretroattività delle leggi, fintantochè dalle espressioni del legislatore o dal carattere di una legge non risulti precisa l'intenzione contraria.

Ma scritto nella Carta fondamentale il principio acquista il valore e l'inviolabilità di ogni altra legge costituzionale. Il legislatore non può discostarsene. Ogni legge, cui egli dia effetto retroattivo, sarà una violazione della costituzione e i cittadini potranno considerarla come inesistente, e i tribunali rifiutarle ogni applicazione, almeno ove prevalga l'interpretazione della giurisprudenza degli Stati Uniti d'America, secondo cui la costituzionalità di una legge può essere dai tribunali apprezzata non solo rispetto alla forma, ma anche rispetto all'interno contenuto dell'atto legislativo.

Ora ciò mi pare assai grave ; tantoppiù in epoche tranquille ed evolute come la nostra, in cui la retroattività si presenta come qualchecosa di eccezionale che non può essere ispirato al legislatore se non da necessità assolute e da motivi imprescindibili; mentre essa è frequente nei momenti rivoluzionari, quando anche le leggi costituzionali cadono travolte dall'onda popolare che insorge contro uno stato di cose che le è divenuto intollerabile. È allora inevitabile che si vada agli eccessi, e che le passioni popolari insorte in nome di legittime rivendicazioni trasmodino in flagranti ingiustizie.

Chi oserebbe negare la giustizia dell'abolizione dei privilegi feudali avvenuta nella notte del 4 agosto 1789, o delle sostituzioni fedecomessarie in forza della legge 25 ot-

⁽¹⁾ 17 settembre 1787.

⁽²⁾ 4 novembre 1814.

⁽³⁾ 29 aprile 1831.

⁽⁴⁾ 17 maggio 1827.

www.libtool.com.cn

tobre 1792? Eppure si violavano veri e propri diritti quesiti!

Ma più tardi, il desiderio di cancellare ogni ricordo del passato è causa di turbamenti gravissimi.

Si emanano leggi la cui retroattività è ingiusta e lo sconvolgimento portato non lieve. La legge 17 nevoso anno II° annulla tutte le donazioni tra vivi posteriori al 14 luglio 1789, tutte le istituzioni contrattuali e le disposizioni *causa mortis* fatte ed eseguite o da eseguirsi dal 14 luglio '89 in poi; la legge 5 brumaio dello stesso anno ammette i figli naturali a tutte le successioni dei genitori aperte dopo il 14 luglio '89. Tanto grande fu il disordine portato, tanto intensa la rivolta della coscienza pubblica contro queste due leggi retroattive che altre due leggi quasi immediate tolsero loro la retroattività.

Di fronte a simili eccessi si possono anche giustificare quelli stati, che nelle loro costituzioni sancirono il principio dell'irretroattività delle leggi; era una garanzia data ai cittadini contro gli eccessi del potere legislativo. Garanzia che appariva tanto più necessaria di fronte ad altre retroattività: quelle delle legislazioni tedesche successive al 1815, ansiose per la maggior parte che sparisse presto ogni traccia delle leggi francesi instaurate sulle rovine degli antichi troni dalla fortuna napoleonica. Chi non ricorda le fierissime lotte combattute allora nel Würtemberg? (¹).

Ma una simile necessità si può invocare anche negli stati moderni? Dove la voce della collettività ha mezzo di farsi sentire? Dove una legge retroattiva o no non diviene obbligatoria che dopo essere passata traverso il cribro di una lunga discussione parlamentare?

Oggi lo stato non è più, come fu lungamente nel passato, soltanto fine a sé stesso; esso è soprattutto mezzo all'espansione individuale e in tanto ha ragione di essere, in quanto è in grado di proteggere i diritti dell'individuo e di tutelarne la multiforme attività. Il diritto privato si svolge pacificamente all'ombra della protezione dello stato, che gli

(¹) LASSALLE, l. c. AFFOLTER, op. cit., I.

offre tutte le condizioni necessarie perchè la libera e spontanea iniziativa dell'individuo possa svilupparsi.

È vero che accanto al diritto dei singoli vi ha quello della società e, quando tra i due sorga conflitto, la vittoria non può essere che del secondo. Ma, poichè a nessuno e tanto meno al legislatore può attribuirsi l'intenzione di voler danneggiare altri senza uno scopo⁽¹⁾, così soltanto necessità imperiose possono comandare una simile distruzione del diritto individuale. E l'idea di giustizia è tanto intimamente connessa a tutta l'azione dello stato che assai spesso questo sacrifica anche qualche grave interesse pubblico all'ossequio dei diritti quesiti, lasciando che essi si spengano tranquillamente sotto il nuovo ordine legislativo⁽²⁾.

Tali considerazioni hanno fatto sì che quasi tutti gli stati moderni hanno scritto il principio dell'irretroattività delle leggi nella loro legislazione ma non nella Carta fondamentale.

In tali stati il cittadino non ha di fronte alla sovranità un vero e proprio diritto al rispetto dei diritti quesiti; la sovranità rende omaggio ad essi in nome della giustizia e dell'equità ma non perchè vi sia giuridicamente obbligata. Soltanto all'osservanza delle forme legali ha diritto il cittadino; non ad altro.

Il principio dell'irretroattività delle leggi è quindi per il legislatore potentissimo freno morale ma non vincolo giuridico. Di fronte ai propri sudditi, nell'interno del proprio territorio, lo stato è veramente l'autorità suprema. Esso ha il potere di tracciare come gli piace la sfera d'impero della legge nuova nel tempo e il suo apprezzamento è diritto.

Al legislatore esclusivamente è abbandonato il decidere se una legge nuova sia o no ispirata da motivi di pubblico interesse, e se questo sia così prepotente da giustificare la retroattività.

⁽¹⁾ LEONHARD. Das Recht des bürgerlichen gesetzbuchs. Allgemeiner Theil. (Berlin 1900).

⁽²⁾ GÖPPERT. Das Prinzip «gesetze haben keine rückwirkende Kraft», geschichtlich und dogmatisch entwickelt » (Iherings Lehrbücher. B. 22).

Può darsi che tale retroattività sia inopportuna ed ingiusta; può darsi che essa offendere più o meno intensamente il sentimento giuridico del popolo (¹); ma la legge nuova non cessa per questo di essere perfettamente valida, e i giudici devono applicarla e i cittadini piegare la fronte.

Da tutto ciò s'intende quanto grave e difficile cosa sia in un paese il passaggio da una legislazione ad un'altra. Da un lato l'interesse dell'individuo, dall'altro quello della società; da una parte diritti quesiti che chiedono tutela al legislatore, dall'altra speranze, aspettative, pretese che sono in sua completa balia. Al disopra di tutto la necessità di conciliare le forze contrarie, di rendere meno accentuato e gravoso che sia possibile l'inevitabile spostamento di abitudini e di interessi che accompagna il mutarsi dell'ordine giuridico.

Il giudice che sotto il nuovo regime deve decidere su rapporti giuridici, che hanno le loro radici nel passato, abbisogna di norme che lo dirigano e gli diano il modo di risolvere le difficoltà conforme giustizia. Specialmente nei primi tempi in cui una legislazione nuova è in vigore, casi di tal genere si presentano frequenti all'esame del magistrato.

Il complesso di tali questioni e dei principi che le risolvono, regolando il passaggio dall'antica alla nuova legislazione, dicesi comunemente diritto transitorio. Si potrebbe definirlo « la scienza dei conflitti di leggi nel tempo ».

Data la vastità e la complessità della materia (²), il legislatore cerca invano una regola fondamentale che gli dia la chiave per risolvere le varie difficoltà. Egli deve accontentarsi di scrivere in testa al codice: « La legge non ha effetto retroattivo », e lasciare poi alla giurisprudenza la cura di applicare il principio ai casi concreti, di delimitare la sfera delle due legislazioni, di precisare il criterio di diritto quesito.

Grave e intricato compito in cui valido è il soccorso della dottrina; la quale sviluppando e perfezionando le mas-

(¹) HABICHT. « Die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse » (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprocess des deutschen Reichs, hrg. v. Fischer, Iena 1899).

(²) Motive zum Entwurf v. B. G. B. Erste Lesung.

sime generali, e da queste scendendo alle singole applicazioni alle varie categorie di rapporti, porta spesso alla giurisprudenza l'aiuto invocato.

Chi per esempio può negare l'influenza che la classica opera di Gabba ⁽¹⁾ ha esercitata sulle decisioni della magistratura italiana in materia di diritto transitorio?

Tuttavia anche il legislatore viene talvolta in soccorso alla giurisprudenza mosso dal desiderio di armonizzare per quanto può il passato col presente, estendendo al passato i benefici della nuova legge quando ciò possa avvenire senza scapito di alcuno ⁽²⁾.

Senza risalire a massime troppo generali ed astratte, compito della dottrina, senza scendere a troppe particolarità, compito della giurisprudenza, il legislatore sanziona colla sua autorità la soluzione di certe controversie che implicano molti e gravi interessi ⁽³⁾. Motivi di equità e di opportunità lo spingono a risolvere alcuni casi particolari.

Il Codice civile italiano è accompagnato da 48 articoli di disposizioni transitorie. (R. decreto 30 novembre 1865); e l'Einführungs gesetz che segue il nuovo codice germanico consacra 65 articoli alle Übergangsvorschriften.

Nello scrivere tali disposizioni, il legislatore s'ispira soprattutto al desiderio di rendere più insensibile che può il cambiamento di legislazione.

Se talvolta egli è costretto a dare a taluna delle nuove leggi effetto retroattivo perchè « vi sono riforme, che rimarrebbero sterili ed inefficaci per un lungo periodo di anni; se il legislatore non rivolgesse l'attenzione anche al passato » ⁽⁴⁾; più spesso spinge il diritto fino all'equità, e accorda tutela anche a rapporti giuridici, in cui la dottrina non riconosce i caratteri dei diritti quesiti.

Più che ragioni tolte dal rigoroso diritto lo guidano mo-

⁽¹⁾ Teoria della retroattività delle leggi — quattro volumi.

⁽²⁾ Relazione a S. M. il Re accompagnante le disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile italiano.

⁽³⁾ id. id.

⁽⁴⁾ Relazione citata.

tivi di opportunità momentanea; più che ragionamenti teorici considerazioni essenzialmente pratiche.

Ed anche quando è costretto a dare alle nuove disposizioni effetto retroattivo poichè interessi superiori lo esigono, egli suole attenuarne il danno accordando risarcimenti pecuniari o mitigandone la gravità con opportuni tempi ramenti.

Così il legislatore italiano, abolendo i fedecomessi, decretava la divisione dei beni tra l'investito ed i primi chiamati (art. 24 disp. trans.); benchè questi ultimi non possedessero alcun diritto quesito ma soltanto una semplice aspettativa per quanto fondata.

III.

Somiglianze e differenze esteriori tra le due scienze

Vagheggiando una legge ideale, Cicerone la sognava non solo comune a tutti gli uomini, ma anche a tutti i secoli, non solo universale ma eterna: « tale a Roma quale ad Atene, tale oggi quale domani » (¹).

Se per ipotesi assurda il sogno di Cicerone avesse potuto attuarsi, non vi sarebbe ragione a parlare nè di diritto internazionale privato nè di diritto transitorio. L'esistenza di un diritto uniforme che più vasto ancora dello *Ius gentium* romano raccogliesse sotto le grandi ali tutti i paesi tutte le genti, toglierebbe anche la possibilità di conflitti tra leggi. Nè sarebbe sorto e divenuto così grave e imperioso il problema del diritto transitorio, se, ipotesi ancor più strana dell'altra, la coscienza giuridica dell'umanità avesse potuto cristallizzarsi in forme immutabili.

La ricerca positiva ha infranti i sogni degli idealisti, facendo discendere il diritto dalle vette inaccessibili della metafisica e mostrandocelo quale esso è veramente: fenomeno sociale legato a tutti gli altri elementi onde s'intesse la vita dell'aggregato; variabile nello spazio per la sua dipen-

(¹) LEGGI II, 4, 10.

denza dalla storia, dal carattere etnico, dalla struttura economica di ogni paese, mutevole nel tempo per l'incessante svolgersi dell'organismo sociale.

Dalla coesistenza di più stati, in ognuno dei quali vige una legislazione differente, deriva la necessità di norme giuridiche, che regolino i rapporti tra queste varie legislazioni quando s'incontrano nello spazio, e le coordinino così da permettere la libera espansione dell'attività individuale.

Dal succedersi di differenti legislazioni nel medesimo stato sorge il bisogno di regole positive, che disciplinino il passaggio dall'antico al nuovo ordine giuridico; e pur affrettando per quanto è possibile l'unificazione legislativa, tutelino quei diritti, che furono validamente acquistati dall'individuo sotto l'antica legislazione.

L'individuo occupa un solo punto nello spazio come nel tempo; ma l'esistenza sua si dilunga e quasi moltiplica mediante le svariate sue relazioni⁽¹⁾. Desiderosa di allargare la sfera della propria attività, essa affronta lo spazio determinato ed occupato dalle cose e stringendo rapporti obbligatori in un paese che non è il suo, o con persone soggette a leggi diverse dalle sue, si espone ad entrare nel dominio di un diritto straniero⁽²⁾. Coll'incontrarsi di cittadini di paesi diversi, s'incontrano anche leggi diverse da cui quelli vogliono trarre diritti inconciliabili in tutto o in parte.

Il diritto internazionale privato si sforza di segnare le sfere di competenza legislativa delle singole sovranità, di fissare il campo di applicazione delle leggi nello spazio. Suo ufficio è quello di determinare quale tra le diverse leggi, cui per uno o per altro concetto di collegamento (nazionalità, domicilio, locus actus ecc.) le persone, le cose ed i negozi giuridici possono essere soggetti, deva essere applicata per reggere i rapporti giuridici nel loro complesso, o gli elementi dei vari rapporti giuridici⁽³⁾. Soltanto così sarà

⁽¹⁾ Rocco. Trattato di diritto civile internazionale (prefazione).

⁽²⁾ SAVIGNY. op. cit. VIII. p. 108.

⁽³⁾ BUZZATI. Intorno al « Projet de programme » della conferenza dell'Aia. (Archivio giuridico).

possibile di portare un principio di armonia nel campo anarchico dei conflitti tra leggi.

Similmente in diritto transitorio. Muta la legislazione nell'interno dello stato. Le nuove regole giuridiche cambiano le condizioni richieste per l'acquisto e la conservazione dei diritti. Ma non sarà forse ingiusto il volerne estendere l'impero anche al passato, così da strappare all'individuo diritti, che egli ha legittimamente acquistati sotto l'ordine giuridico anteriore e che sono ormai cosa sua? D'altra parte la legge nuova migliore dell'antica cerca di allargare quanto può la propria sfera e vorrebbe esser applicata a tutti i rapporti giuridici di cui si discute dopo la sua attuazione. I due principi, che a prima vista si elidono a vicenda, sono invece perfettamente applicabili e conciliabili tra loro mediante l'applicazione, che di ciascuno di essi si faccia alla propria materia.

L'antica legge sotto cui la relazione giuridica si è formata e la nuova sotto cui è fatta valere se ne disputano il dominio, concorrono al regolamento di essa; come in diritto internazionale privato vi ha concorso tra le varie leggi territoriali, cui per qualche contatto appartiene il rapporto giuridico.

Bisogna risolvere il conflitto facendo prevalere nei singoli casi la legge più competente. Anzichè restringersi a vicenda e l'una portare eccezioni all'altra ambedue le legislazioni, la vecchia e la nuova, la straniera e la territoriale, rimangono intere nella rispettiva sfera d'applicazione⁽¹⁾.

Insomma in ambedue le scienze si tratta di segnare i limiti necessari, di spazio nel primo caso e di tempo nel secondo, cui le leggi sono soggette nei loro effetti di obbligare le persone alla loro osservanza ed i tribunali alla loro applicazione.

Ideale di entrambe è l'armonia legislativa.

E il metodo che Savigny indicava per la risoluzione dei conflitti di leggi nello spazio, può certo servire anche per quella dei conflitti di leggi nel tempo: « Per ogni rap-

(1) PACIFICI MAZZONI, I pag. 172.

porto giuridico cercare il dominio di diritto più conforme alla natura propria ed essenziale di questo rapporto ».

In tal modo le due scienze non ci appaiono più come del tutto staccate ed estranee l'una all'altra ; ma piuttosto come due manifestazioni, due aspetti dello stesso grande problema : il problema dei limiti delle leggi.

Il diritto internazionale privato e il diritto transitorio rispondono ognuno da canto suo alle stesse domande.

Per le regole di diritto : Quali sono i rapporti giuridici sottomessi a tali regole ?

E per i rapporti giuridici : A quali regole sono essi sottoposti ? ⁽¹⁾.

Savigny nel suo « System des heutigen römischen Rechts » (B. VIII) svolge in una medesima parte, l' una dopo l' altra, le due teorie esponendole correlativamente, ed associandole anche nel titolo, col denominare l' una : « teoria dei limiti e degli effetti delle leggi nello spazio » l'altra « teoria dei limiti e degli effetti delle leggi nel tempo ».

L'esempio ha trovati imitatori nel Demolombe ⁽²⁾, nel Dernburg ⁽³⁾, nell'Unger ⁽⁴⁾, nel Gianturco ⁽⁵⁾, ecc.

Affolter ⁽⁶⁾, notando gli stretti legami che intercedono tra le due scienze chiama il diritto transitorio : « das intertemporale recht » in antitesi al diritto internazionale. In entrambi i casi, egli dice, si tratta di stabilire il rapporto tra due o più ordini giuridici (Rechtsordnungen) differenti, in quanto concerne la loro sfera d'impero sui rapporti di diritto.

Questo è il problema principale. L' altro della collisione tra leggi è affatto secondario e subordinato. Ripugna alla ragione il voler applicare simultaneamente allo stesso rapporto due leggi emanate in luoghi o in tempi differenti. Il diritto internazionale privato in cui il conflitto legislativo è talvolta insolubile sarebbe all'apice del suo sviluppo quando le

⁽¹⁾ SAVIGNY. VIII. I. c.

⁽²⁾ DEMOLOMBE. Cours de code civil. I. n. 86.

⁽³⁾ DERNBURG. Pandekten. I. par. 45.

⁽⁴⁾ UNGER. System des österr. allg. Privatrechts. I. par. 22.

⁽⁵⁾ GIANTURCO. Sistema di diritto civile italiano, e Istituzioni.

⁽⁶⁾ AFFOLTER. Das intertemporale Privatrecht. I. einleitung.

sfera delle varie competenze legislative fossero così nettamente determinate che al presentarsi di un dato caso giuridico esse cedessero d'accordo la decisione di questo ad una sola tra loro ⁽¹⁾.

Il diritto transitorio, precisando e sviluppando il criterio di diritto quesito, si sforza di segnare colla maggiore determinatezza la sfera di competenza delle due legislazioni. Che se per lo stadio scarsamente evoluto che il diritto internazionale privato ancora attraversa, l'idea di conflitto tra leggi è tutt'altro che scomparsa da esso, in diritto transitorio invece il legislatore moderatore supremo impedisce che sorgano conflitti e segna armonicamente i confini tra presente e passato.

Ogni rapporto giuridico nasce dall'incontro di una legge e di un fatto, dal quale o in virtù del quale essa fa sorgere un diritto. Ora i fatti giuridici, come i fatti in generale, avvengono necessariamente in un tempo e in un luogo determinati. La sfera d'impero delle leggi si individualizza a sua volta così in ordine al tempo che in ordine allo spazio.

Quanto al tempo, ogni legge impera dal momento in cui è posta in vigore fino al momento in cui è abrogata, o sostituita da una nuova. Quanto allo spazio, essa domina in tutta la giurisdizione del legislatore ⁽²⁾. Quindi la domanda generale: Quale tra più leggi, che vigono l'una accanto all'altra nello spazio (nebeneinander örtlich), l'una dopo l'altra nel tempo (nacheinander zeitlich), sarà applicata alla decisione di questa o quella relazione giuridica?

Ma il trovare una formula che risponda alla domanda è assai più facile in diritto transitorio di quello che non sia in diritto internazionale privato.

Il dire: « una legge vige nel tempo » equivale al dire: Tutti i fatti che si sono compiuti, tutte le relazioni che si sono strette fra individui nel periodo di tempo frapposto tra il momento in cui quella legge ha cominciato e il momento in cui ha finito di esistere hanno diritto, date

⁽¹⁾ V. BAR. Théorie und praxis. I. pag. 10.

⁽²⁾ ZITELMANN. Internationales privatrecht. I. cap. 1.^o

certe condizioni, di essere giuridicamente regolati da quella legge, qualunque sieno le disposizioni della legge in vigore al momento in cui essi compaiono al giudizio dei magistrati. Ma in ordine allo spazio la cosa non è tanto semplice.

Analogamente al caso precedente, si dovrebbe dire: Si deve applicare fra più leggi diverse nello spazio quella vigente nel luogo dove è sorto e si è formato il rapporto giuridico in questione, qualunque sia il disposto della *lex fori*.

Ma lo stabilire la sede di un rapporto giuridico non è così facile come lo stabilire il momento, in cui esso si è costituito. Un rapporto giuridico è qualche cosa di astratto, di immateriale, che sfugge ad una determinazione concreta di spazio. Difficilmente resta con tutti i suoi elementi chiuso nei confini di un medesimo territorio.

Meglio sarà dire: Quale tra le diverse legislazioni vigenti nei diversi paesi si deve applicare alla soluzione di questo o di quel caso giuridico? (¹) Così non s'intende più che il rapporto deva sempre essere deciso secondo un'unica legge. Resta aperto il varco all'eventualità tutt'altro che infrequente che più leggi, con cui il rapporto si trova contemporaneamente a contatto, possano armonicamente correre a regolarlo.

Nè meno caratteristica, direi quasi plastica, è la principale tra le differenze che corrono tra questi due grandi aspetti di un unico problema. I due ordini di questioni devono la loro esistenza agli stessi fattori: regole di diritto e rapporti di diritto. Ma l'atteggiamento dei due elementi è diversissimo nei due casi.

Restando fisse le regole di diritto nei rispettivi territori, possono sorgere collisioni tra le une e le altre per la mobilità dell'uomo nel dare vita alle relazioni giuridiche; e restando la formazione e lo svolgimento di un rapporto sotto l'impero di una regola ben definita, questa può trovarsi in un conflitto di applicazione con un'altra dovuto alla mobilità della volontà legislativa, che può regolare poste-

(¹) ZITELMANN, op. cit. I. pag. 40-41.

riamente la stessa materia con una legge diversa (¹).

Nel primo caso le regole di diritto sono considerate per così dire sotto l'aspetto statico, nel secondo sotto l'aspetto dinamico. Là sono in movimento soltanto i rapporti giuridici, che si trovano contemporaneamente a contatto colle leggi di paesi diversi; qui invece il rapporto giuridico resta fisso ed immobile, mentre è la regola di diritto che muta, cosicchè resta incerto a quale epoca si deva ricorrere per avere la norma da applicarsi al rapporto giuridico.

Nel primo caso cambia il diritto subbiettivo, nel secondo il diritto obbiettivo.

Certo il carattere delle relazioni giuridiche, per quanto concerne il loro contenuto, non è diverso né nell'uno, né nell'altro caso da quello che sia nel diritto comune. Ciò che è cambiato è la loro sfera d'efficienza, è il campo entro cui esse esplicano i loro effetti.

In diritto internazionale privato come in diritto transitorio il giudice è chiamato ad applicare norme giuridiche, che non sono attualmente in vigore entro i confini della sua giurisdizione; entrambe gli sono straniere benchè in grado diverso.

Infatti il diritto internazionale privato prescrive al giudice l'applicazione di regole giuridiche, che esistono attualmente, ma che hanno la loro origine al di fuori del territorio, cui esso appartiene; il diritto transitorio l'applicazione di norme che appartengono ormai al passato, ma che un tempo ebbero vigore entro la giurisdizione sua. Ma in ambo i casi ci troviamo davanti a norme legislative che non fanno parte di quelle fonti, alle quali i tribunali devono usualmente attingere per giudicare delle relazioni giuridiche.

Entrambi questi capitoli del diritto trovano la loro ragione di essere e la loro base in un concetto più retto e più limitato della sovranità di quello che il passato non intendesse. È la sovranità stessa che assegna confini all'azione propria, e in quel medesimo diritto che essa realizza trova robusti freni al suo trasmodare.

(¹) SAVIGNY, VIII p. 8, 7, 8; e CATELLANI: I p. 72.

Diversamente sarebbe impossibile il giustificare e l'ammettere che le leggi dei vari stati irradiassero al di là dei propri confini una parte della propria efficacia; e il Gönner avrebbe ragione d'affermare che il carattere di mutabilità inherente ad ogni legge positiva fa sì che il cittadino acquistando un diritto dipendente dalla sanzione del legislatore non fa che conseguire una facoltà condizionata alla conservazione della legge.

L'intima ragione di essere così del diritto internazionale privato come del diritto transitorio è nella necessità di tutelare vigorosamente la libera e spontanea manifestazione della volontà individuale (¹), di tutelare i diritti legittimamente quesiti dall'individuo, in qualunque luogo e in qualunque tempo sieno poi fatti valere. Bisogna che ognuno possa prevedere con certezza secondo qual legge saranno apprezzati i diritti, che aderiscono alla sua persona, ai suoi beni, ai suoi atti; che egli sia sicuro che il suo diritto troverà protezione sempre e dovunque, anche se il paese delle cui leggi invoca la tutela non sia quello in cui la relazione giuridica si è costituita, anche se nel paese, in cui ha contrattato, sia avvenuto posteriormente un mutamento di leggi.

L'interesse dell'individuo si fonde coll'interesse dello stato; la mancata tutela del diritto individuale nel campo delle relazioni internazionali segregherebbe lo stato dalla società giuridica internazionale e col togliergli le forze che gli sono necessarie alla vita lo condannerebbe ad un lento suicidio. La negata protezione dei diritti quesiti sotto la vecchia legislazione, spostando e sconvolgendo un'enorme massa di interessi, si ripercoterebbe sinistramente su tutto l'ordine giuridico.

Così l'interesse sta a base di questa come di ogni altra parte del diritto; non l'interesse meschino egoista esclusivo, s'intende; ma il grande interesse sociale che si confonde coll'idea medesima della giustizia (²).

(¹) MERKEL. Iuristica Encyclopedie, e CATELLANI I cap. 2.

(²) FUSINATO. Archivio giuridico. v. 33, e FOUILLÉE: L'idée moderne du droit. pag. 76 e seg.

La mente sovrana di Savigny comprese la fragilità dei criteri della cortesia, della convenienza, dell'utilità reciproca che gli scrittori precedenti avevano posti a base dei loro sistemi di diritto internazionale; egli affermò di vedere nell'accordo degli stati onde accogliere leggi straniere tra le proprie fonti legislative un vero e proprio sviluppo del diritto. Ma non è a dirsi per questo che tra l'idea di Savigny e quella degli scrittori precedenti vi fosse quello stridente contrasto che alcuno ha voluto vedervi.

L'opposizione tra interesse e diritto è assai più di parole che di fatti⁽¹⁾. E il diritto non è in fondo che la garanzia delle condizioni necessarie ad assicurare il libero gioco degli interessi. Savigny sentì come tutti quelli interessi che l'aumento delle relazioni internazionali moltiplicava abbisognavano per svolgersi di una base ben salda e sicura; e l'idea dell'utile fece assurgere all'idea stessa di diritto.

Così in diritto transitorio considerazioni eminentemente pratiche influirono sull'affermazione dell'inviolabilità dei diritti quesiti certo assai più che le considerazioni filosofiche ed astratte di Stahl e di Lassalle. L'interesse individuale che si affermava dopo essere stato per tanto tempo confuso e quasi sommerso in quello della comunità, trovava nel principio dell'irretroattività delle leggi la grande bandiera con cui coprire i suoi legittimi diritti, le utilità operosamente conquistate.

Che cosa impedirebbe allo stato di comandare ai propri giudici di applicare a tutte le questioni, di cui devono conoscere, le leggi attualmente in vigore nel territorio? Formalmente nulla; ma in realtà la ragione che scaturisce dalle cose preme sulla sua volontà.

Il legislatore scrive in testa ai suoi codici che le nuove leggi dispongono soltanto per l'avvenire; e, sancendo regole di diritto internazionale privato, mostra di riconoscere implicitamente che egli non può assoggettare alla propria competenza legislativa tutte quelle relazioni che naturalmente vi sfuggono.

⁽¹⁾ FOUILLÉE, op. cit.

www.libtool.com.cn

La difficoltà sta nelle eccezioni che il principio talvolta patisce. Quando quella grande forza ordinatrice che è il diritto non riesce a conciliare l'interesse dei singoli col l'interesse sociale, poichè ostacoli invincibili vi si oppongono, forza è che il primo ceda al secondo. Diversamente l'anarchia prevarrebbe.

L'interesse della comunità solo perchè tale, costituisce un suo diritto, che vince ogni diritto privato. Quando vediamo che una legge nostra in nome di un alto interesse sociale nega applicazione sul territorio ad una legge straniera che pur sarebbe competente, o rifiuta di riconoscere oggi le conseguenze di un fatto che pure si è validamente compiuto sotto la nostra legislazione anteriore, che altro è questa forza repulsiva se non l'interesse della società stessa, la quale insorge alla tutela di quell'ordinamento che essa crede necessario all'esistenza sua? (¹).

Alla formula, con cui le legislazioni moderne respingono quelle relazioni giuridiche la cui attuazione esse credono contraria all'ordine pubblico, si potrebbero contrapporre tutte quelle leggi retroattive, colle quali il legislatore innovando sul passato ha voluto impedire che un culto esagerato dei diritti quesiti gli vietasse di vedere effettuata un'importante riforma.

Può darsi che in ambedue i casi egli sia andato qualche volta oltre il segno. Un illiberale concetto di sovranità può averlo spinto talvolta ad allargare eccessivamente il campo delle leggi territoriali; ed anche in materia di retroattività il secolo del vapore e dell'elettricità sembra avere stranamente irritati i nervi del legislatore! (²). Meglio sarebbe stato lasciare qualche volta i diritti quesiti spegnersi tranquillamente sotto il nuovo ordine giuridico, in omaggio al proverbio tedesco: Geduld bringt Rosen.

Ma il principio non resta per questo meno giusto, purchè lo si restringa in adeguati confini. Esso non deve perdere il suo carattere assolutamente eccezionale; ha torto

(¹) FUSINATO, scritto citato

(²) AFFOLTER, op. cit. l. c.

il Bergmann di sostenere che quando il legislatore tace il giudice deve nell'incertezza applicare la legge nuova. Al contrario egli deve restare fermo, finchè non gli sia ingiunto diversamente, alla massima fondamentale. Così in diritto internazionale privato il giudice dubbioso se si trovi o no davanti ad una di quelle leggi che pretendono esclusivo impero nel territorio, resterà fisso al principio dell'internazionalità, anzichè a quello di una territorialità esclusiva, armonizzando l'opera sua all'idea di una società giuridica tra gli stati.

Il caso è tutt'altro che infrequeute. In ambedue gli ordini di questioni il giudice, nella deficienza di disposizioni legislative, deve spesso surrogarsi al legislatore e prendere per norma le stesse considerazioni che quello avrebbero guidato.

Non mancano anzi scrittori che convinti che la codificazione del diritto gli toglie quella fluidità e quella mobilità che gli permettono di seguire ogni moto della vita ⁽¹⁾, pretenderebbero che il legislatore si astenesse completamente dal fissare regole positive così in diritto transitorio come in diritto internazionale privato. Ogni tentativo di regolare legislativamente la materia, dice Struve, dovrebbe essere radicalmente nullo; le norme sull'applicazione delle leggi antiche o delle nuove, delle straniere o delle territoriali ad un determinato caso giuridico dovrebbero essere attinte dal giudice esclusivamente alla natura di ogni rapporto e non mai a leggi positive.

Tale pretesa è eccessiva e aprirebbe le porte all'arbitrio. Ciò che il diritto codificato perde in fluidità e mobilità è lieve svantaggio in confronto dell'uniformità, della stabilità, della precisione che esso acquista. Ma è certo che la poca plasticità della materia non consente al legislatore che pochi principi generali in diritto internazionale privato; e in diritto transitorio dove la difficoltà di criteri assoluti è ancora maggiore non gli permette che di sanzionare colla sua autorità la soluzione di alcune tra le più gravi controversie.

In nessun capitolo, come in questi due che sono certo

⁽¹⁾) IHERING. *Esprit du droit romain.* II p. 25.

i più difficili e meno evoluti della scienza giuridica resta aperto così libero campo alla giurisprudenza e alla dottrina.

Ma anche nel campo scientifico il diritto internazionale privato e il diritto transitorio ci si presentano come i due più fragili rami della grande pianta del diritto. Non ancora si è realizzato attorno ai loro principi fondamentali quel generale consenso che alle scienze dà base sicura e loro permette un maggiore sviluppo delle particolarità.

Malgrado gli innegabili progressi ferme aspra ancora la battaglia. In diritto transitorio il criterio del diritto quesito, che pur è quello che meglio riunisce le qualità richieste in ogni criterio direttivo cioè l'unità e l'universalità⁽¹⁾, trova specialmente in Germania oppositori numerosi e pugnaci⁽²⁾. In diritto internazionale privato si discute ancora sulla natura, sul metodo, sui confini della scienza, e si va cercando l'*ubi consistam* frammezzo alle rovine delle numerose teorie pazientemente e genialmente costruite ma rapidamente demolite dalla critica.

Soltanto in questi ultimi tempi così il diritto internazionale privato come il transitorio poterono trovare il clima storico favorevole al loro sviluppo; il primo nelle molteplicate relazioni internazionali, il secondo nell'assurgere dell'individuo cosciente dei suoi diritti.

Mancò ad entrambi quella guida luminosa del diritto romano, che giova così potentemente alla costruzione di altre parti della giurisprudenza.

Non che il diritto romano non abbia svolti alcuni principi fondamentali di diritto transitorio e non abbia sentita tutta l'importanza del problema dell'irretroattività delle leggi! Già nella seconda Verrina⁽³⁾ Cicerone scagliava i fulmini della sua eloquenza contro Verre pretore, che aveva tentato di dare effetto retroattivo ad un suo editto sui testamenti. E dagli ultimi tempi della repubblica fino alla costituzione fa-

(1) PACIFICI MAZZONI, op. cit. pag. 172.

(2) v. in AFFOLTER, op. cit. la lunga bibliografia degli scrittori contrari al principio del diritto quesito.

(3) Verr. II, 1 42.

mosa di Teodosio II e Valentiniano III negli editti, nelle leggi, nelle costituzioni imperiali s'incontra ad ogni passo ripetuta la massima che le nuove leggi non sono retroattive.

Nè manca il concetto che la retroattività deva essere accordata, quando forti motivi di moralità e di pubblico ordine l'impongano o lo esiga la mutata convinzione giuridica del popolo. Alla « *asperitas crescens* » con cui Costantino ⁽¹⁾ giustifica la retroattività data ad una legge a favore dei creditori, corrisponde la « *velus dura et gravissima moles* » con cui Giustiniano ⁽²⁾ dava effetto anche sul passato ad una legge vietante i patti su eredità future.

Ma manca in tutta la legislazione romana un criterio scientifico che giustifichi per talune specie di casi la retroattività ed autorizzi il giudice ad applicarla, anche se il legislatore non l'abbia espressamente ordinata ⁽³⁾; manca un principio generale, che componga la massa delle regole giuridiche ad unità di sistema.

Nè sarebbe difficile il trovare in Roma i primi germi del diritto internazionale privato seguendo lo sviluppo della potenza romana e della sua espansione commerciale. Sviluppo che traverso un'evoluzione di secoli va dalla formula inflessibile delle XII tavole fino a quell'amalgama di istituti tolti ai vari popoli, a quella specie di diritto naturale che fu lo *Ius gentium*.

Ma troppe ragioni impedivano nell'antichità la costruzione di un vero sistema di diritto internazionale privato.

La politica dei grandi popoli, piuttosto che assumere come criterio direttivo il principio dell'equilibrio o quello delle autonomie nazionali, tendeva irresistibilmente all'assorbimento degli altri domini, all'ampliamento indefinito ed illimitato dello stato. La coesistenza e la tolleranza reciproca costituivano solo un termine di passaggio, un expediente provvisorio; ma la meta erano il dominio e la supremazia ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ l. 80 C. de pactis. 2 - 3.

⁽²⁾ l. 8 de pact. pign. 8 - 35.

⁽³⁾ GABBA. op. cit. I - prolegomeni.

⁽⁴⁾ CICCOTTI. La guerra e la pace nel mondo antico, cap. 20.

Benchè alcuni scrittori abbiano assai esagerato l'isolamento degli stati nell'antichità, pure è certo che in quei tempi il diritto dei vari popoli si svolse in modo affatto autonomo, quasi immune da infiltrazioni straniere. Delle due grandi idee, che secondo Ihering (¹) dominano e dividono in due epoche distinte la storia del diritto, l'idea *universale* e l'idea *nazionale*, l'antichità rimase interamente sotto l'impero della seconda. Invano vi cercate un centro giuridico comune, un punto in cui i vari diritti nazionali s'incontrino fondendosi in un solo tessuto.

È durante la vita comunale, mentre fiorisce la rinascenza italiana, che colla teoria degli statuti va formandosi il primo nucleo da cui sorgerà il diritto internazionale privato. Le menti geniali di quei glossatori, che in diritto transitorio si accontentarono di propugnare l'irretroattività delle leggi senza spingersi più addentro nella ricerca, elaboravano invece in materia di conflitti legislativi la teoria, da cui poi si svolse tutta la dottrina moderna.

Nelle epoche successive, pur traverso a periodi di sosta e di regresso, le due scienze progredirono. L'umanismo diffuso dai filosofi dell'Enciclopedia e più l'aumento delle relazioni internazionali offrirono un ambiente assai propizio alla cultura del diritto internazionale privato. E nel desiderio di pace succeduto alla tempesta napoleonica, nella reazione contro gli attentati al diritto individuale che la rivoluzione francese aveva consumati, anche il diritto transitorio andò uscendo dallo stato embrionario in cui si trovava e fu oggetto di cure speciali da parte delle legislazioni e della scienza.

L'Introduzione o Patente di promulgazione di diritto territoriale universale prussiano fu il primo tentativo di codificazione del diritto transitorio. E le legislazioni tedesche successive al 1815, benchè in odio al passato si sieno abbandonate spesso a retroattività ingiuste, pure assai giovarono alla determinazione del principio dell'irretroattività delle leggi mostrandone l'identità con quello del rispetto ai diritti quesiti (³).

(¹) IHERING. *Esprit du droit romain*. I p. 10.
 (²) GABBA. I — prolegomeni.

Da un eccesso si passò, com'era naturale, all'altro.

All'antico esclusivismo successe nel pensiero di alcuni scrittori, un culto esagerato per l'estrateritorialità delle leggi. Alle recenti ingiuste violazioni di diritti quesiti si rispose consacrando il principio dell'irretroattività nelle Carte fondamentali degli stati.

Ed entrambe le scienze passarono traverso l'inevitabile stadio del diritto naturale⁽¹⁾. Non mancò chi come lo Struve sostenesse che i loro principi fondamentali dovevano considerarsi come alcunchè di superiore alle regole stabilite dai singoli legislatori, e quindi dovevano essere inviolabili.

Oggi le norme di diritto internazionale privato e quelle di diritto transitorio riconosciute dagli scrittori e vigenti nelle legislazioni dei vari paesi s'incontrano su parecchi criteri comuni. Una tale comunanza, se ha valore quasi esclusivamente scientifico nel diritto transitorio che è destinato a svolgersi nell'interno dei singoli stati, è invece di vitale importanza per il diritto internazionale privato. Lo sviluppo delle relazioni tra cittadini di paesi diversi dipende dall'esistenza di norme che in modo uniforme definiscano la sfera d'impero delle singole legislazioni.

Ma la tradizione storica del diritto internazionale privato è assai più recente di quella del diritto transitorio; quello presuppone già raggiunto da parte della società un assai notevole grado di evoluzione, questo, per quanto confuso ed incerto, s'impone fin dal primo affermarsi della coscienza giuridica.

Quando lo straniero è ancora il nemico, contro di cui « perpetua legum auctoritas esto », il legislatore intuisce già quale enorme disordine giuridico porti seco tra i cittadini la retroattività delle leggi.

Che se ci chiediamo a qual parte dell'ordine giuridico appartengano il diritto internazionale privato e il diritto transitorio, ci verrà fatto di scoprire tra di essi altre più intime so-

⁽¹⁾ GÖPPERT. art. cit. in Ihering's Jahrbücher — B. 22; e TARDE. op. cit. pag. 156.

miglianze. Qual è il vero carattere di questi due ordini di norme? Quale posto occupano nelle legislazioni?

Il titolo di « *Anwendungsnormen* » che Zitelmann dà alle regole di diritto internazionale privato, si attaglia perfettamente anche alle regole di diritto transitorio⁽¹⁾. Sono entrambe norme formali, norme di applicazione, non di diritto materiale.

Prima di stabilire la regola di diritto applicabile ad un dato caso giuridico, prima di sapere se da un dato fatto sieno scaturite date conseguenze, il giudice deve chiedersi quale sia la legge competente a regolare quel fatto nel tempo e nello spazio. In diritto internazionale privato il legislatore non si accontenta di delineare i confini della propria giurisdizione, ma cerca anche di stabilire, secondo i criteri dell'equità internazionale, le sfere di competenza delle altre sovranità⁽²⁾. In diritto transitorio egli segna opportuni confini tra presente e passato. E quando il legislatore tace, provvedono al compito dottrina e giurisprudenza.

« *Actio finium regundorum* »: può dirsi l'ufficio delle due categorie di norme, ognuna delle quali sedendo arbitra tra più legislazioni

giudica e manda secondo che avvinghia.

Affolter le chiama l'inviluppo esterno delle legislazioni (die äußere Schicht der Rechtsordnungen). Esse costituiscono, per così dire, il vestibolo di quel grandioso edificio che è il diritto privato.

Al magistrato, che sta per giudicare di una data questione giuridica, sono così necessarie, come la tela ed i colori per il compimento di un quadro, o i materiali per la costruzione di una casa, o gli strumenti musicali per l'esecuzione di una sinfonia.

Ma se il diritto internazionale privato e il diritto transitorio precedono le norme di diritto materiale e ne se-

⁽¹⁾ ZITELMANN, op. cit. einleit., e AFFOLTER — I. c.

⁽²⁾ ZITELMANN, I pag. 39.

gnano i confini, non è possibile che anch'essi sieno diritto materiale: come non è possibile che chi è caduto nell'acqua riesca ad uscirne attaccandosi ai propri capelli (¹).

Nel contenuto del rapporto giuridico questi due ordini di norme non entrano; ufficio loro è soltanto quello di allacciare (anknüpfen) un dato fatto, una data relazione tra individui a questa o a quella tra più leggi di tempi o di luoghi diversi, che se ne contendono l'impero. Per quanto si voglia allargare il campo delle regole di diritto materiale, sempre esse presuppongono l'esistenza di altre regole, che si trovano avanti a loro, e che determinano i confini della loro applicazione.

Assai più che norme, con cui sia disciplinata l'azione degli individui nella società, quelle di diritto internazionale privato e di diritto transitorio sono regole di condotta, che lo stato dà ai propri organi, cioè a sè stesso (²). Le relazioni interne, che sussistono tra la sovranità ed i suoi organi, non toltono che al difuori quella si presenti come una perfetta unità.

Non tutta la legislazione si compone di comandi, di proibizioni e di concessioni, che la sovranità dà agli individui (³).

Se l'antica massima: « Princeps legibus solutus est » ha dominato nel diritto pubblico fin quasi ai giorni nostri (⁴), negando ogni obbligazione giuridica della sovranità, nello stato moderno non è più così. Vi è nelle legislazioni tutta una schiera di norme, che la sovranità rivolge a sè stessa, in cui promette di fare o non fare questo o quello, con cui vincola la propria libertà d'azione. Per esempio, essa sa di non potere nulla pretendere dall'individuo se non in forza di una legge (⁵), e riconosce esservi sfere di diritti individuali, in cui non le è dato di penetrare.

A questa categoria di norme appartengono, in un certo senso ed entro certi limiti, anche le regole che il legislatore dà in materia di diritto transitorio e di diritto internazionale privato.

(¹) ZITELMANN. I, pag. 199, 254.

(²) IELLINER. Staatslehre pag. 304 e seg.

(³) ZITELMANN. I einleitung.

(⁴) IELLINER. Die rechtliche Natur der Staatenverträge. p. 10, 11.

(⁵) LABAND. Das Staatsrecht des deutschen Reichs. II p. 202.

www.libtool.com.cn

Per somiglianza di caratteri, tali regole si avvicinano piuttosto al diritto processuale che al diritto materiale; anch'esse hanno per fine la retta amministrazione della giustizia e la tutela dei diritti individuali, anch'esse si rivolgono specialmente al giudice, guidandolo traverso il labirinto delle legislazioni, e indicandogli quella su cui deve arrestarsi la sua scelta.

Ne differiscono principalmente in questo: mentre la procedura ha carattere esteriore e si riferisce agli atti materiali del magistrato, esse esercitano su di lui un'influenza tutta psicologica, agiscono sulla determinazione del suo pensiero, piuttostochè sulla materialità dell'azione sua ⁽¹⁾.

Quanto al posto che occupano nell'ordine giuridico, mi sembra che le norme di diritto internazionale privato e quelle di diritto transitorio formino insieme un capitolo speciale della giurisprudenza, affatto distinto dagli altri ⁽²⁾.

Alcuni scrittori vollero raccogliere e le une e le altre sotto le grandi ali del diritto privato; altri negarono che al diritto privato appartenessero, e per antitesi le attribuirono al pubblico ⁽³⁾. Piuttosto, non appartengono del tutto né all'uno né all'altro, ma dell'uno e dell'altro partecipano.

Non interamente fanno parte del diritto privato, perchè troppi elementi di diritto pubblico vi sono frammisti; esse non sono norme di diritto materiale, inquantochè, dovendo a queste assegnare i confini, devono necessariamente precederle. Ma, se non sono diritto materiale, non possono nemmeno far parte del diritto privato, poichè norme di diritto privato, le quali non siano anche norme di diritto materiale, non credo che esistano ⁽⁴⁾.

E nemmeno fanno parte del diritto pubblico, in cui non vi sarebbe ragione di porle, se non perchè non fanno parte del diritto privato. Sarebbe necessario creare per esse un

⁽¹⁾ AFFOLTER, op. cit I — einleitung.

⁽²⁾ GABBA, per quanto concerne il dir. transitorio. I. prolegomeni.

⁽³⁾ ZITELMANN. I cap. II, e GöPPERT: scritto citato.

⁽⁴⁾ v. anche ZITELMANN. I. l. c.

www.libtool.com.cn

nuovo capitolo del diritto pubblico, poichè non si saprebbe certo in quale tra i capitoli esistenti inquadrarle.

Nel grande campo della giurisprudenza, il diritto transitorio e il diritto internazionale privato fanno parte per sè stessi, occupando un punto intermedio fra le due grandi divisioni del diritto.

Così il diritto internazionale privato appartiene al diritto privato, in quanto protagonisti ne sono gli individui nelle loro reciproche relazioni, e diritto privato è il contenuto delle sue norme; onde attribuirlo al diritto pubblico sarebbe come voler fare del diritto civile un capitolo del diritto costituzionale ⁽¹⁾.

Ma d'altra parte, forse che il diritto privato basta a spiegare la ragione d'essere e a dare i fondamenti del diritto internazionale privato? Già vedemmo come questo trovi una base giuridica soltanto nell'idea della comunità giuridica internazionale. Ogni regola positiva di diritto internazionale privato è una dichiarazione dello stato sui confini della propria competenza legislativa, e su quelli delle altre sovranità ⁽²⁾.

E il diritto transitorio appartiene anch'esso al diritto privato, in quanto disciplina relazioni d'indole privata; ma, anche quando il principio dell'irretroattività delle leggi non sia scritto nella costituzione, esso rappresenta ugualmente una delle prime regole dell'ordine sociale. Non vi è, può dirsi, trattatista di diritto pubblico che non consacri una parola al rispetto dei diritti quesiti. Ricordo tra i maggiori il Laband, lo Iellinek, il Bluntschli, il Gerber, lo Schulze.

Il diritto internazionale privato e il diritto transitorio formano nell'ordine giuridico un capitolo a parte; Affolter chiama tale capitolo: « *Il diritto dei diritti* » (Das Recht der Rechtsordnungen), e gli affida tra più legislazioni quel medesimo ufficio di mediatore supremo, che il diritto internazionale pubblico compie tra più sovranità. Per questo più che per ogni altro capitolo della scienza giuridica, sarebbe

(1) Meili. Die Doctrin des int. privatrechts. (Zeitschrift.... 1891).

(2) ZITELMANN. op. cit. I p. 201, e CATELLANI I cap. 2 — (2^a ed.).

giustamente ripetuta la massima di Celso: *Ius est ars boni et aequi.*

Esso non può essere confuso con nessun altro tra i molteplici capitoli della giurisprudenza, appunto perchè a tutti è superiore, come quello che cerca di prevenire e di risolvere i conflitti, che in essi possono sorgere così nel tempo come nello spazio.

Noi abbiamo considerata solo quella parte del diritto transitorio, che si riferisce al diritto privato; ma ciò non toglie che questioni di diritto transitorio possano presentarsi anche in ogni altro ramo della giurisprudenza: in diritto penale, in diritto giudiziario, in diritto amministrativo ecc.

Altrettanto può dirsi dei conflitti tra leggi di stati diversi; questi sono più frequenti in diritto privato, e per le maggiori occasioni di rapporti tra sudditi di stati differenti, e perchè è più difficile in questo caso che *forum* e *ius* coincidano; ma non è affatto escluso che possano avvenire anche nelle altre discipline giuridiche. Tutt'altro anzi! (¹).

In qual parte della legislazione positiva dovranno dunque trovar posto le norme di diritto internazionale privato e quelle di diritto transitorio?

Vorrebbero alcuni riunire in un grande capitolo unico tutte le norme sul conflitto delle leggi nel tempo e nello spazio, appartenenti a tutte le discipline giuridiche. Ma, come osserva anche il Kahn, il valore pratico di una tale riunione sarebbe assai dubbio, per quanto essa servirebbe forse a mettere più in luce i principi comuni ad ognuna delle due categorie di leggi.

Altri preferirebbero riunire le norme di diritto internazionale privato e le norme di diritto transitorio a tutte quelle riguardanti l'interpretazione, la pubblicazione e l'applicazione delle leggi in generale (²). È il sistema seguito in parte dal legislatore italiano, che consacra al diritto internazionale privato sette dei dodici articoli che compongono

(¹) KAHN, scritto citato. (Iherings Jahrbücher) B. 40.

(²) GÖPPERT, scritto citato.

le disposizioni preliminari al codice civile. Il diritto transitorio fu pubblicato con separato decreto.

Contro questo metodo furono però sollevate varie obiezioni, tra cui giustissima quella che si verrebbero così a riunire ai principi generali sulla pubblicazione e l'interpretazione delle leggi delle norme che, come quelle di diritto internazionale privato e di diritto transitorio, non sono con quei principi in rapporto di coordinazione, ma bensì di subordinazione, come tutte le altre norme legislative⁽¹⁾.

Più opportuno sarà il seguire l'esempio del legislatore tedesco, che raccolse le norme di diritto internazionale privato e quelle di diritto transitorio in due paragrafi di quel l'*Einführungsgesetz* che chiude il codice civile germanico.

Infatti esse sono le cornici di quel gran quadro che è il diritto privato.

Queste le principali somiglianze esteriori tra diritto internazionale privato e diritto transitorio. Altre certo se ne potrebbero aggiungere.

Ma una più grave domanda ci sospinge. Vi ha un vero intimo legame tra le due scienze? A queste caratteristiche somiglianze esteriori risponde un'analogia reale nel senso giuridico della parola? Nel senso cioè che i principi, che servono di base alla risoluzione dei problemi dell'una, possano portare luce ed aiuto alla risoluzione dei problemi dell'altra?

(¹) V. ANZIOTTI, op. cit. pag. 180.

IV.

Vi ha vera analogia tra Diritto internazionale privato e Diritto transitorio ?

Non sono pochi, nè poco autorevoli gli scrittori, che sostengono esistere tra diritto internazionale privato e diritto transitorio non solo somiglianza esteriore di caratteri, ma anche dipendenza intima di principi.

A prescindere da N. Ch. Lynch, professore all' università di Jena, che fin dal 1681 nella decima tesi di un suo scritto « *De vi legum in praeteritum* » sosteneva la parentela tra le due scienze, tale analogia fu sostenuta nel secolo scorso, secolo così fecondo di studi sull'irretroattività delle leggi, da parecchi scrittori. Tra questi meritano di essere ricordati per l'autorità del nome il Weber, il Meyer, il Lassalle, il Savigny.

Weber insegna (¹) che in quei casi, in cui la legge nuova può essere applicata a fatti anteriori alla sua andata in vigore, si può applicare la legge nostra anche a fatti avvenuti, e a rapporti formatisi all'estero; e che viceversa si deve applicare la legge straniera competente, quando non si possa applicare la legge nuova a contingenze anteriori.

Meyer afferma (²) anch'egli in generale che le stesse norme, gli stessi criteri devono regolare gli effetti dei diritti

(¹) WEBER. Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze, mit besonderer Hinsicht auf neuere Gesetzveränderungen deutscher Staaten. par. 75, p. 178.

(²) MEYER. Principes sur les questions transitoires. p. 36.

quesiti nel tempo e quelli delle obbligazioni contratte sotto una legge differente da quella del paese d' esecuzione.

Savigny osserva (¹) che, mentre nella teoria dell' irretroattività delle leggi si studia il passaggio dei rapporti giuridici sotto una nuova legge, passaggio avvenuto per volontà del legislatore, nella teoria dei conflitti di leggi nello spazio si studia il passaggio dei rapporti giuridici sotto un'altra legge; passaggio avvenuto per volontà degli individui, o perchè hanno mutato domicilio, o perchè hanno scelto per l'esecuzione dei loro rapporti giuridici un luogo differente da quello, in cui questi furono creati.

Savigny però non va troppo oltre nel raffronto ; egli si accontenta di osservare che, benchè le due scienze si presentino diversamente, pure vi è tra di esse un'intima parentela (²) « eine innere Verwandtschaft ». E nel suo celebre sistema del diritto romano odierno, le raccoglie in un unico libro, l'ottavo, l'una chiamando : « teoria dei limiti di legge nel tempo » l'altra : « teoria dei limiti di legge nello spazio ».

Lassalle (³) rimprovera a Savigny la sua brevità. Savigny fu colpito dalla singolare somiglianza di caratteri, che esiste tra le due scienze ; ma non si curò poi di svilupparla maggiormente. Egli afferma di essere il primo, che ha messa veramente in luce l'identità dei due problemi. È per opera sua che la già affermata analogia tra diritto internazionale privato e diritto transitorio « zu ihrer warhaften, zu innersten Identität zusammensinkenden Erfüllung gekommen ist ». Viceversa poi anch'egli non dedica alla vantata identità che due paginette dei prolegomeni (einleitung) della sua genialissima opera.

Lassalle sostiene che avendo costruita tutta la teoria dei diritti quesiti, valendosi e facendo agire soltanto elementi affatto speculativi, quali la libertà individuale (die individuelle

(¹) SAVIGNY. System. B. VIII.

(²) Nella VII Vorr. Savigny ripete che vi è tra le due scienze « ein innerer Zusammenhang ».

(³) Theorie der erworbenen Rechte. I einleitung.

www.libtool.com.cn

Willensfreiheit) da un lato, e la legge, la sostanza giuridica dall' altro, egli ha raggiunto ancor più che il fine prefisso ; ha risolta non solo la questione dei conflitti di leggi nel tempo, ma anche quella dei conflitti di leggi nello spazio. Infatti anche la seconda ha la sua ragione d'essere negli stessi concetti giuridici : cioè la libertà individuale da una parte, e l'autorità delle leggi dall'altra, e il sacrificio talvolta necessario di quella a questa. Conclude col dire che, ponendo i principi, che regolano l' efficacia retroattiva delle leggi, si vengono anche a porre quelli che regolano le collisioni tra leggi di luoghi diversi ; poichè è affatto indifferente che il conflitto tra i due principali momenti dell'ordine giuridico : il diritto dell' individuo e quello della società, si svolga nel tempo o nello spazio ; è indifferente che la volontà si sottometta ad una legge nuova nel tempo o nuova nello spazio.

Di qui la formula : « Quando il giudice deve applicare la legge nuova in questioni di tempo, applicherà la legge propria (*lex fori*) in questioni di spazio » ; e viceversa.

Queste brevemente le conclusioni dei principali scrittori citati sull' argomento ; a cui è certo da ripetersi il rimprovero rivolto da Lassalle a Savigny : quello cioè di avere appena sfiorato l' argomento, di essere stati colpiti dalle innegabili somiglianze dei due problemi ed averne affermata quasi assiomaticamente l' identità, senza penetrare più addentro, a ricercare se la realtà corrispondeva alle seducenti apparenze.

In fondo, eccettuato forse Savigny più prudente, questi scrittori sono d' accordo nel dire : Tra diritto internazionale privato e diritto transitorio non vi ha soltanto somiglianza, ma vera e propria identità. Il concetto completo del diritto acquisito non è soltanto il concetto di un diritto quesito nel tempo, ma anche di un diritto quesito nello spazio. Come dice Lassalle, tutti i fenomeni del mondo sensibile, e quindi anche i giuridici, sono concreti e reali nel tempo e nello spazio ⁽¹⁾. Come un diritto quesito non muta per volgere di tempo, così non muta neppure per cambiamento di luogo, cioè per il passaggio delle persone, tra cui il rapporto giu-

⁽¹⁾ V. GABBA, op. cit. I p. 184.

www.libtool.com.cn ridico intercede, in luogo diverso da quello in cui lo posero in essere. L'un concetto è complemento dell' altro.

Così i principi, che risolvono le questioni del primo, risolvono implicitamente anche le questioni del secondo. Quando, secondo il diritto transitorio, si può lasciare libero il campo allo svolgersi della legislazione passata, si possono applicare sul territorio le leggi straniere competenti; ma quando gravi motivi di ordine pubblico impongono l'applicazione esclusiva delle leggi nuove, si devono anche applicare le leggi territoriali.

Il diritto è talvolta un implacabile Saturno⁽¹⁾; pur di salvaguardare l'interesse sociale, esso distrugge quei rapporti, a cui esso stesso diede origine, e che dovrebbero trovare in esso efficace tutela. Orbene, dicono quelli scrittori, i rapporti giuridici sacrificati sono i medesimi in diritto internazionale privato e in diritto transitorio.

Unico è dunque il problema e unica deve esserne la soluzione. E la giovane scienza del diritto internazionale privato ritrarrà non poco giovamento da quella più matura ed evoluta del diritto transitorio.

Il quadro è attraente, non v'ha dubbio; ma il pittore ha ritratta fedelmente la realtà? Vediamolo.

E anzitutto consideriamo se l'interesse che lo stato ha nella risoluzione dei due problemi sia il medesimo; e se identica o diversa sia la posizione che, di fronte al diritto dell'individuo, il legislatore occupa nel risolvere i conflitti legislativi in ordine al tempo, e nel risolvere quelli in ordine allo spazio.

Se ne togli pochi casi, il cui numero va sempre più restringendosi, le singole sovranità non hanno nessun interesse di sottoporre al proprio diritto interno tutti quei rapporti giuridici, che sfuggono alla loro competenza legislativa. Tutt'altro anzi; poichè esse sono spinte da necessità imperiose di vita ad entrare in relazioni regolari cogli altri stati, così non potrebbero adempire i doveri imprescindibili, che loro incombono di fronte ai propri sudditi, non potrebbero irradiare, a tutela di essi, l'esercizio di una parte dei propri attributi al di là delle

(¹) HERING. *Esprit du droit romain.* II p. 69 e Kampf um's Recht. p. 6-9.

frontiere, senza consentire a loro volta alle leggi straniere una certa efficacia entro i confini del proprio territorio. Tutto si riduce ad una questione di competenza, alla quale i vari legislatori si piegano spontaneamente e reciprocamente, e, in forza della quale, ogni stato acquista su territori non suoi una protezione di diritti analoga e quasi altrettanto intensa di quella ch'esso esercita sui propri⁽¹⁾.

Questa convinzione è ormai divenuta così unanime da dar vita a una vera e propria obbligazione giuridica; sicchè può parlarsi di diritto da parte dello stato, a cui una tale azione estraterritoriale è concessa, di dovere da parte dello stato che la concede⁽²⁾. Per il fatto solo che gli stati coesistono in società si può non soltanto concepire, ma giuridicamente formulare e praticamente far valere una vera e propria competenza estraterritoriale delle legislazioni⁽³⁾.

Certamente ciò rappresenta un sacrificio non lieve per le singole sovranità.

A rigore il potere delle leggi dello stato dovrebbe essere assoluto ed esclusivo entro il suo territorio. Il territorio, determinato con materiale precisione di confini, segna con altrettanta precisione giuridica il campo d'azione ed i limiti di ogni sovranità. Questa dovrebbe essere onnipotente al di qua delle frontiere, evanescente al di là; e le leggi sue dovrebbero avere autorità assoluta di dentro, nulla di fuori. Onde, come dice Story⁽⁴⁾ « le leggi di ciascuno stato dovrebbero colpire e legare direttamente ogni proprietà, reale o personale, che si trova sul suo territorio, e tutte le persone che vi risiedono, o sudditi nativi o stranieri, come pure tutti i contratti ed atti che vi si formano. E d'altra parte nessuno stato o nazione potrebbe colle sue leggi colpire la proprietà che è fuori del suo territorio, o vincolare persone che non vi risiedono, sieno sudditi o stranieri ».

⁽¹⁾ V. CATELLANI op. cit. I. p. 185.

⁽²⁾ LORIMER. Institutes of the law of Nations. I (trad. Nys).

⁽³⁾ CATELLANI. op. cit. I cap. 2. (2. ed.).

⁽⁴⁾ id. id.

⁽⁵⁾ STORY. « Conflict of laws » c. II par. 18.

Ma il comune interesse e la comune convinzione dei danni e degli inconvenienti gravissimi, che deriverebbero dall'assoluta territorialità delle leggi, persuadono gli stati a decampare da un così rigido ed assoluto concetto di sovranità, ed a concedersi reciprocamente di irradiare oltre i confini una parte della propria attività legislativa.

Quale anarchia giuridica non avverrebbe se gli individui non fossero regolati, in quanto riguarda i loro attributi personali, sempre e dovunque da un'unica legge! E che importa allo stato, sul cui territorio lo straniero si trova, che lo stato e la capacità sue sieno o non sieno determinate dalla sua legge nazionale? Ma molto interessa invece ad ogni stato che, col varcare delle patrie frontiere, il cittadino non resti spogliato di quella veste giuridica ch'esso gli ha data, e non venga a mancare di ogni protezione. La sudditanza ha perduto l'antico carattere rigidamente territoriale, per assumere quello di un rapporto libero e volontario, che segue vigile il cittadino dovunque si trovi.

E la sicurezza delle contrattazioni dove se ne andrebbe, se, una volta concluso un negozio giuridico, le parti non fossero sicure che esso sarà riconosciuto come valido dovunque? E chi non sente l'ingiustizia di negare effetto ad un matrimonio concluso tra stranieri all'estero, o all'acquisto di immobili, che all'estero si trovano, perchè la legge del giudice prescrive altre norme, o è ispirata ad altri criteri? (¹)

Le parti devono sapere ciò che è diritto, indipendentemente dal luogo, loro ignoto spesso, dove se ne chiederà la tutela. Poichè il giudizio non crea diritti nuovi; esso non fa che riconoscere e consacrare quelli che già esistono (²).

È quindi l'interesse proprio che spinge i vari stati ad accordarsi tacitamente nel concedere alle rispettive leggi una certa efficacia estraterritoriale. «I sudditi di ogni stato» dice Mit-

(¹) V. BAR. *Théorie und Praxis des internat. Privatrechts*. v. I p. 4.

(²) V. BAR. «Internationales Privatrecht». (studio critico sul «Treatise on the conflict of laws» di Wharton. *Kritische Vierteljahrsschrift*. B. 15).

termeier (¹) « entrano in tante relazioni coi sudditi di altri stati, od hanno tali interessi in paese straniero sì per gli atti giuridici come per i beni, che il suo proprio interesse lo conduce a riconoscere anche i contratti da quelli fatti in paese straniero, ed a concedere sul proprio territorio una certa efficacia alle leggi d'altri paesi ».

Giustamente fu osservato come non pochi progressi del diritto internazionale privato furono appunto dovuti al fatto dell'essere spesso indifferente per lo stato, i cui tribunali devono giudicare su di un rapporto giuridico tra stranieri, che questi seguano una legge estera, piuttostoché la *lex fori*.

Savigny sostituisce considerazioni giuridiche a quelle di utilità e di reciproca convenienza, che negli scrittori precedenti formavano il fondamento dell'efficacia estrateritoriale delle legislazioni. « A misura che si allargano le relazioni tra i diversi popoli » egli dice « è necessario convincersi di rinunciare al principio esclusivo di applicare soltanto la propria legge nazionale, ed ammettere il principio contrario: quello cioè di una comunità di diritto tra i popoli..... Tale comunità si esplica nell'accordo amichevole degli stati nell'ammettere delle leggi originariamente straniere tra le fonti, alle quali i loro tribunali devono attingere per giudicare di molti rapporti giuridici. In questo accordo non si deve vedere l'effetto di una volontà arbitraria; ma uno sviluppo vero e proprio del diritto (²) ».

In tal modo le varie sovranità riconoscono di non avere non solo nessun interesse, ma nemmeno alcun diritto di sottoporre ai propri precetti legislativi anche quei fatti, in cui vien meno il regolare e ordinario rapporto personale o reale coll'ordine giuridico interno. Ma è certo che nè considerazioni giuridiche, nè il pensiero affatto astratto della comunità internazionale spingerebbero gli stati a fare un così grave sacrificio della propria sovranità, se essi non

(¹) MITTERMEIER, nella Rivista critica del diritto straniero (Heidelberg. XI. 268) e ULMANN: « Völkerrecht », pag. 17.

(²) SAVIGNY, System. B. VIII. par. 348.

fossero convinti di tutelare in tal modo il proprio interesse, e quello dei propri sudditi.

Ma in diritto transitorio la cosa è assai diversa. E ben differente l'interesse del legislatore.

Se non sempre in realtà, certo nell'intenzione sua, ogni nuova legge significa un progresso sul passato, un nuovo passo nell'evoluzione della coscienza giuridica, una correzione dei difetti dell'antica legge, quale dottrina e pratica suggeriscono, o la sparizione di una lacuna che esisteva nella legislazione.

È logico quindi che il legislatore cerchi di estendere, quanto più gli è possibile, la sfera d'impero della nuova legge, spingendone l'azione anche nel passato. Egli aspira a raggiungere al più presto l'unificazione della legislazione, che torrà di mezzo gli inconvenienti inevitabili, quando più leggi emanate in tempi diversi imperino contemporaneamente sul territorio.

Tanto forte è la tendenza del legislatore di allargare l'applicazione della legge attuale creduta più equa, che molti errori si commetterebbero, ove non si proclamasce l'inviolabilità dei diritti quesiti⁽¹⁾. Questi rappresentano la barriera innalzata a tutela del diritto individuale; barriera che non di rado la furia livellatrice travolge.

È un pregiudizio, che Gabba ha giustamente posto in luce, quello di figurarsi l'effetto di una legge nuova sulle conseguenze di fatti giuridici anteriori come qualchecosa di eccezionale.

Eccezionale è invece il contrario. Una divisione netta, cronologica tra presente e passato è impossibile, e sarebbe ingiusta; onde la legge nuova esercita liberamente l'azione sua, finchè non trovi l'ostacolo dei diritti quesiti.

Quindi l'interesse del legislatore, che, tolte quelle poche eccezioni appartenenti alla materia dell'ordine pubblico, armonizza coll'interesse dell'individuo in diritto internazionale privato, è invece assai spesso in contrasto con questo in di-

⁽¹⁾ CHABOT DE L'ALLIER. « Questions transitoires sur le code Napoléon ».

www.libtool.com.cn

ritto transitorio. Là il legislatore ha tutto l'interesse di lasciar penetrare le leggi straniere nel proprio territorio, e lasciarle svolgersi pacificamente nella loro sfera di competenza, per poter fare egli stesso altrettanto colle proprie. Qui invece il legislatore mira soprattutto ad unificare la legislazione e cede al diritto individuale, solo quando sente che esso è più forte del suo.

In diritto transitorio, l'impero della nuova legge è essenzialmente positivo. In diritto internazionale privato, l'impero della legge nostra è essenzialmente negativo, cioè semplicemente tutorio; cosicchè solo impropriamente può chiamarsi tale (¹).

Che se consideriamo sotto qual forma il problema del diritto internazionale privato e quello del diritto transitorio si presentano all'attenzione del legislatore, vedremo che corre tra l'uno e l'altro quella medesima differenza, che passa tra una questione di puro diritto interno e una questione di diritto internazionale vero e proprio.

Certo lo stato è legato, nell'uno come nell'altro caso, da quell'alto concetto della propria missione, da quei freni d'indole morale, in cui il diritto trova la sua garanzia suprema. Ma giuridicamente la cosa è assai diversa.

Nel proprio territorio, di fronte ai propri sudditi, l'azione della sovranità è davvero onnipotente.

Essa può espandersi senza ostacoli, può regolare come crede la sua costituzione politica e sociale, le sue istituzioni, le sue leggi; il potere suo non conosce alcun vincolo giuridico, all'infuori dei freni che essa stessa si è imposta e che potrebbe, quando lo volesse, anche togliere.

La retroattività, data senza seri motivi ad una legge nuova, sarebbe assurda. Essa perta, specie in certe materie, così grave sconvolgimento agli interessi degli individui, così profonda scossa nell'ordine giuridico, che il legislatore cercherà certo di ricorrervi il meno spesso che gli sia possibile.

Così agendo, obbedirà ad una grande regola di giustizia, di equità, di ordine sociale; ma non ad un vero obbligo giuridico.

(¹) GABBA, op. cit. I. p. 140.

Giuridicamente il suo potere è assoluto, senza limiti.

Ma sul terreno internazionale la sovranità dello stato perde il suo carattere rigido ed assoluto; si fa più plastica, più flessibile.

Indipendente affatto in quanto concerne i suoi rapporti coi suoi sudditi, lo stato è, nella sua azione estraterritoriale, vincolato ad ogni passo dal concetto della comunità giuridica internazionale, dal rispetto dei diritti e degli interessi degli altri stati.

L'indipendenza interna si assoggetta ad una non lieve « *deminutio capitis* » e si trasforma in un rapporto di mutua dipendenza tanto più intenso quanto più stretti sono i legami, che la civiltà ed il progresso stringono tra i popoli⁽¹⁾.

Delle due forme, in cui si esplica la sovranità, l'interna e l'esterna, soltanto la prima è veramente tale. La seconda non è che la libertà d'agire, frenata continuamente dall'esistenza di altre sovranità⁽²⁾.

Le esigenze della coesistenza internazionale esercitano l'influenza loro su tutta l'azione estraterritoriale dello stato, modificandola e limitandola: sulla legislazione come sull'amministrazione, nel campo degli interessi politici ed economici come in quello delle relazioni giuridiche tra individui⁽³⁾.

Vi ha un vero e proprio dovere giuridico degli stati di rispettare e non invadere il campo, che spetta naturalmente all'altrui competenza legislativa.

E il diritto internazionale privato non è il diritto di questo o quello stato particolare; ma bensì l'ordine giuridico, che regola i rapporti di ordine privato tra i cittadini di tutti gli stati⁽⁴⁾, e regge colle sue norme la grande società cosmopolita.

Poichè a questa società superiore mancano organi speciali, che elaborino il diritto e ne impongano l'attuazione, i singoli stati cercano di supplirvi, segnando talora d'accordo,

(1) PILLET in *Révue gen. de Droit int. public*. t. 5-6. 1898.

(2) DESPAGNET. « *Essai sur les protectorats* » 1^{er} chapitre.

(3) MARTENS. « *Traité de droit international*. » I. par. 47.

(4) MEILLI. « *Geschichte und System des internat. Privatrechts in grundriss* » III. n. 361.

e più spesso ciascuno per parte sua, le sfere delle rispettive competenze legislative.

E le norme, che sulla materia sono racchiuse nelle varie legislazioni, se non differiscono nella forma dalle altre regole di diritto positivo, ne differiscono profondamente nella sostanza. Esse in realtà fanno parte di un ordine legislativo più vasto, proprio di una società giuridica più estesa che non sia quella dei singoli stati.

Le singole sovranità sono gli organi di questa società superiore, da cui si sviluppa un diritto che, prodotto di essa, è alla sua volta superiore ad ogni stato, e ad ognuno s'impone come una vera e propria necessità giuridica.

La funzione del potere centrale, che non esiste, è assunta per quanto lo riguarda da ogni singolo stato, in omaggio al pensiero e alla coscienza di una comunità giuridica internazionale ⁽¹⁾.

« Come nelle organizzazioni sociali primitive » osserva Anzilotti ⁽²⁾ « il *pater familias* esercita funzioni di carattere politico e giuridico, che passano poi allo stato, non appena questo ha raggiunto il grado di sviluppo sufficiente per avocarle a sé ; o come, nella debolezza dello stato medioevale, una buona parte delle sue attribuzioni viene disimpegnata dai robusti organismi sociali intermedi tra lo stato e l'individuo, specialmente dalla Chiesa, così nella vita internazionale moderna, in mancanza di organismi speciali, provvedono da sè stessi gli stati a stabilire ed applicare talune norme di diritto internazionale a diverse manifestazioni dell'attività sociale, che in caso diverso mancherebbero di adeguata protezione. L'esempio più importante e caratteristico di questa necessaria esigenza di una fase imperfetta del diritto internazionale si ha appunto nell'operosità legislativa e giuridica degli stati, rivolta allo scopo di tutelare giuridicamente quelle forme di attività sociale, che costituiscono il substrato di fatto da cui emana il diritto internazionale privato ».

⁽¹⁾ BUZZATI. « Il rinvio » — v. IRTA. « Alte und neue Methoden des internat. Privatrechts » (Archiv für öff. Recht. XV).

⁽²⁾ ANZILOTTI. op. cit. pag. 135.

Ciò spiega anche le notevoli differenze, che passano tra le regole di diritto internazionale privato contenute nelle singole legislazioni.

La divisione dell'umanità in un grande numero di stati porta di conseguenza che le regole giuridiche, destinate a reggere la grande società internazionale, non passino nel diritto positivo che traverso il canale di parecchie coscenze giuridiche differenti nel loro grado di sviluppo, e soggette a tutte le svariatissime influenze, che determinano lo svolgimento degli stati⁽¹⁾.

Se unico è l'ideale dei vari legislatori, diversissimo può essere il loro modo d'intendere la misura ed i limiti dell'azione estraterritoriale delle leggi.

Ciò che non è dubbio, è l'obbligo giuridico degli stati di ammettere delle leggi originariamente straniere tra le fonti, alle quali i loro tribunali devono attingere per giudicare di molti rapporti giuridici.

La società privata internazionale vive una vita che è affatto indipendente e staccata da quella dei vari stati; ma la vive a mezzo loro, e sotto la loro tutela. È traverso le singole sovranità che bisogna passare, per rintracciare il fondamento primo del diritto internazionale privato, il quale si presenta nel suo complesso come una delle modificazioni che la comunità giuridica internazionale impone alla sovranità degli stati⁽²⁾.

Dietro agli individui, che sono i protagonisti del diritto internazionale privato, si disegnano le grandi figure degli stati, ai quali quelli individui appartengono.

Così l'interesse privato, che è l'oggetto immediato di tali relazioni, si trova legato ad un grande interesse pubblico⁽³⁾. Gli stati, che sono compresi del compito di protezione giuridica che loro spetta di fronte ai sudditi, non possono rimanere indifferenti, quando a questi venga negata giustizia;

(1) LITTA. « La Méthode du droit international privé ».

(2) FUSINATO. Il principio della scuola italiana nel diritto internaz. privato. (Archivio giuridico, t. 88).

(3) ANZILOTTI, op. cit. pag. 128.

o perchè i giudici di un altro paese si rifiutino sistematicamente di riconoscere e di applicare le loro leggi, o perchè usurpino, contro ogni regola di equità internazionale, il campo assegnato alla loro competenza legislativa.

Se uno stato respinge in ogni caso qualsiasi applicazione delle leggi straniere sul proprio territorio, quello stato rappresenta un grave ostacolo allo sviluppo delle relazioni internazionali ed al raggiungimento dell'armonia legislativa. Se emanà norme di conflitto contrarie ad ogni principio di giustizia (¹), le farà valere entro i confini della sua giurisdizione; ma forse che gli altri stati riconosceranno, e daranno esecuzione alle sentenze basate su tali norme?

Uno stato non può rimanere indifferente al posto che vien fatto alle sue leggi nell'ordinamento giuridico della società universale (²). Il principio della reciprocità compie in diritto internazionale privato quel medesimo ufficio, che la ritorsione compie in diritto internazionale pubblico; e lo stato, che turba col contegno suo l'armonia legislativa, può essere nei casi più gravi anche soggetto di misure ostili e coercitive; come la rottura delle relazioni diplomatiche, o le rappresaglie.

Insomma, mentre nel diritto interno le norme giuridiche emanano da un'autorità, che provvede liberamente e sovranamente ad oggetti di sua competenza esclusiva, nel diritto internazionale privato l'azione dell'autorità legislativa è direttamente e costantemente determinata e vincolata dalla funzione stessa che essa compie (³).

Il regolamento dei confini tra vecchio e nuovo diritto ha scarso ed indiretto interesse per gli altri stati; quello dei confini tra diritto straniero e nazionale presenta invece per essi un interesse gravissimo.

(¹) v. p. e. art. 14 codice civile francese: Lo straniero anche non residente in Francia può essere citato davanti i tribunali francesi per l'esecuzione di obbligazioni da lui contratte con un francese in un paese straniero.

(²) ANZILOTTI: pag. 128.

(³) V. BAR: scritto citato in « Kritische Vierteljahrsschrift » B. 15, e ANZILOTTI: op. cit. pag. 145.

È quindi naturale che la posizione e la libertà d'agire dello stato, di fronte all'uno e all'altro problema, non sieno le stesse ⁽¹⁾.

In diritto transitorio non si tratta, come in diritto internazionale privato, di stabilire i confini legislativi tra varie sovranità, di cui l'una stia di fronte all'altra con pari autorità ed uguali diritti. Sono in conflitto tra loro il vecchio e il nuovo ordine giuridico di una sola e medesima legislazione, e lo stato è sovrano nei suoi apprezzamenti.

Piuttosto che al diritto internazionale privato, il diritto transitorio si avvicina, per somiglianza di caratteri, al diritto interlocale; a quel diritto cioè, che è chiamato a risolvere i conflitti tra più legislazioni in vigore nelle varie provincie di un medesimo stato. In ambedue i casi l'autorità dello stato si asside arbitra tra i conflitti legislativi, e regola, come le piace, l'applicazione delle leggi, in linea di spazio come in linea di tempo.

Esistono, è vero, anche nella scienza del diritto transitorio delle norme generali, dei principi ormai pacifici, indipendentemente da quanto dispongano le legislazioni; ma si tratta di concezioni puramente scientifiche ed astratte, che per divenire norme giuridiche effettive, abbisognano di essere raccolte e rese obbligatorie dai vari legislatori.

Questa concordanza di principi, che V. Bar chiama « statistiche Übereinstimmung », ha certo il suo valore; e ad essa devono ispirarsi i singoli legislatori, se vogliono agire con giustizia ed equità. Ma non vi ha retroattività, per quanto iniqua e contraria alle regole consacrate dalla scienza, che giustifichi, da parte degli altri stati, misure di ritorsione e di ostilità ⁽²⁾; il che invece potrebbe avvenire, se uno stato violasse quelle norme di diritto internazionale privato, che costituiscono ormai una *communis opinio*; se per esempio volesse applicare il proprio diritto immobiliare ai beni situati in territorio straniero ⁽³⁾.

⁽¹⁾ v. anche GÖPPERT: scritto citato.

⁽²⁾ eccettuato naturalmente il caso che dalla retroattività ingiusta restassero gravemente offesi i diritti quesiti di cittadini stranieri.

⁽³⁾ V. BAR, scritto citato.

www.libtool.com.cn

Mi par quindi che s'inganni l'Affolter, quando dalle innegabili somiglianze esistenti tra diritto internazionale privato e diritto transitorio vuole inferire l'identità delle due scienze. I due ordini di questioni sono in realtà assai diversi, e sarebbe pericoloso l'insistere troppo nel parallelo ⁽¹⁾.

La catena, che tiene unite le due materie, s'infrange facilmente.

La vecchia e la nuova legislazione, creazioni entrambe del medesimo legislatore sul medesimo argomento, si presentano alla decisione del giudice come un'alternativa ⁽²⁾. Egli deve risolversi nei singoli casi per l'una o per l'altra, non tanto tenendo conto del momento in cui è sorto il rapporto giuridico quanto della volontà del potere legislativo, che, nel dare o meno effetto retroattivo ad una nuova legge, si lascia guidare assai più da considerazioni di opportunità che di rigido diritto.

Ma tra la legge straniera e la nazionale non esiste generalmente una siffatta alternativa. Il giudice deve applicare esclusivamente quella legge, a cui le regole di competenza internazionale danno la preferenza.

Queste generali considerazioni lumeggiano, parmi, abbastanza l'abisso che separa il diritto internazionale privato dal diritto transitorio.

Ma un più minuto esame porrà in maggior luce l'assurdo di quell'audace affermazione degli scrittori, che ho ricordati: che cioè il criterio di diritto quesito sia unico nel tempo come nello spazio.

In diritto transitorio vi ha (tra i molteplici che gli scrittori hanno proposti per risolvere, quando il legislatore taccia, la questione della retroattività delle leggi) un criterio che più degli altri raccoglie i suffragi della dottrina e della giurisprudenza; ed è il criterio del rispetto ai diritti quesiti. Principio vago, difficile talvolta da applicare ai casi

⁽¹⁾ MEILL. op. cit. volume 1º — v. anche sugli obblighi internazionali degli stati le osservazioni di TRIEPEL: *Völkerrecht und Landesrecht*; p. 270 e seg.

⁽²⁾ LITTA. art. cit. Archiv. f. öff. Recht. 1899.

concreti, ma tuttavia principio fondamentale sicuro, e tale da portare valido contributo alla soluzione delle iutricate questioni del diritto transitorio.

In diritto internazionale privato un principio simile manca; manca un unico criterio fondamentale, da cui scendano come corollari le applicazioni sue ai vari istituti giuridici. Sono tanti e tanto diversi i rapporti che si devono regolare, tanti e tanto remoti ed estranei l'uno all'altro gli interessi che si devono conciliare, che è utopia il credere di poter trovare in un principio unico la chiave segreta, che ci dia la soluzione di ogni conflitto⁽¹⁾. Nè il sistema di Savigny, nè quello della scuola italiana, nè quelli di tanti altri scrittori racchiudono ciascuno in sè tutta la verità, la quale sorge piuttosto dalla fusione delle parti migliori di essi.

Meno che mai poteva aspirare all'onore di principio fondamentale il criterio dei diritti acquisiti, che tuttavia fu per qualche tempo in gran voga nella scienza del diritto internazionale privato.

Titius dapprima, e poi Eichhorn, Glück, Maurenbrecher, Cocceio, Mittermeier, ⁽²⁾ ecc. crederono di trovare in questo principio la base dei loro sistemi. Ma la c. d. teoria dei diritti acquisiti, applicata al diritto internazionale privato, se fu un tempo in onore, è oggi caduta in completo discredito.

Benchè non manchi chi anche ultimamente ne abbia tentata una non felice resurrezione⁽³⁾.

Già Savigny acutamente osservava come il porre a principio fondamentale del diritto internazionale privato il rispetto ai diritti quesiti, equivale ad aggirarsi in un circolo; poichè, per sapere se un diritto deva o no considerarsi come quesito, dobbiamo prima conoscere secondo qual legge si deva decidere se nel rapporto in questione vi sia o no materia di diritto quesito⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ GRASSO. Principi di diritto internazionale. pag. 294.

⁽²⁾ v. in V. BAR. Theorie und praxis I p. 66, la bibliografia di tali scrittori.

⁽³⁾ KLÖPPEL. Die leitenden grundsätze des internat. Privatrechts. (Zeitschrift. I pag. 47 e seg.).

⁽⁴⁾ SAVIGNY. VIII pag. 132.

E Wächter notava (¹) come il principio della tutela dei diritti quesiti sia certamente giusto finchè si tratti di un legislatore solo, e di un rapporto giuridico formatosi in quel medesimo paese, in cui se ne deve giudicare. Ma il principio deve valere incondizionatamente anche nei riguardi degli altri legislatori? Forsechè i giudici di un paese devono senz'altro considerare come quesito e tutelare un diritto, per il semplice fatto che un altro stato qualunque ritiene, secondo le proprie leggi, quel diritto un diritto quesito?

Uno stato deve assoggettarsi agli ordini di un altro, nello stabilire che cosa sia diritto quesito? Dal principio che uno stato deve proteggere i diritti quesiti formatisi sotto la sua legislazione non deriva affatto che, perchè un diritto è quesito in uno stato, deva esserlo e trovare tutela in qualunque altro paese. Dove se n'andrebbe l'autonomia degli stati? E si dovrebbe spingere l'ossequio ai diritti quesiti fino a concedere sul nostro territorio tutela a diritti, che sono contrari al nostro ordine pubblico?

In queste considerazioni di Wächter vi è certo gran parte di vero; benchè i sostenitori stessi della teoria dei diritti quesiti neghino che il rispetto di questi possa giungere sino alla violazione dell'ordine pubblico, e al Wächter, così geloso dell'autonomia degli stati, possano rispondere che non può esistere diritto internazionale privato senza un sacrificio più o meno grave di questa autonomia.

Ma più di esse mi colpisce, nella sua concisione, l'obiezione di Savigny che il principio del rispetto ai diritti quesiti presuppone, anzichè sostituire, già fatta la solita ricerca della sede del rapporto giuridico; e più mi convince il considerare la quasi assoluta impossibilità di stabilire in diritto internazionale privato che cosa debba, e che cosa non debba considerarsi diritto quesito.

Il principio è già abbastanza incerto, e l'applicazione di esso è già abbastanza difficile e suscettibile di errori in diritto interno. Eppure si tratta di rapporti giuridici forma-

(¹) WÄCHTER. Archiv für civilistische Praxis. B. 25. pag. 1-9.

tisi nel territorio sotto una legislazione, che vi fu già in vigore; rapporti di cui il giudice può seguire minutamente tutti gli stadi di svolgimento, si da poter giudicare se sussistano o no in essi gli elementi indispensabili a costituire il diritto quesito. Ma chi non vede la difficoltà di una tale ricerca nel campo internazionale? Dove un rapporto giuridico può essere coi suoi elementi contemporaneamente a contatto colle più disparate legislazioni? Mentre, anche tra i sostenitori del criterio dei diritti quesiti, perdura tanta incertezza nel determinarli? E un tale criterio potrà forse in diritto internazionale privato essere il medesimo che in diritto interno?

« Mi riesce difficile » osserva il Pacifici Mazzoni ⁽¹⁾, « il determinare quale funzione deva rappresentare in questa materia il principio del diritto quesito, che alcuni dottori invocano qui criterio unico e supremo, fondandosi sull'analogia che si crede esistere tra limiti di tempo e limiti di spazio. Imperocchè, dopo spiegata questa analogia, essi medesimi si domandano e si fanno a ricercare il criterio per giudicare se un rapporto giuridico ricada nel dominio, nell'appartenenza della legge di uno stato, piuttostochè in quella di un altro..... »

Nè gioverebbe molto, io penso, il considerare il diritto quesito come qualchecosa a sè, del tutto staccato dalla legislazione, a cui si riallaccia. Il diritto quesito, dice Fedozzi ⁽²⁾, pare di natura tale da bastare a sè stesso; esso dovrebbe quindi essere considerato indipendentemente dalla legislazione, a cui deve la nascita. Ma come sarà possibile l'accoglierlo, senza risalire alla legge che gli ha data la vita? E il voler applicare i nostri criteri sul diritto quesito ad un rapporto giuridico formatosi all'estero, non equivarrà ad ingiustizia?

Ma più di queste ed altre obbiezioni, che si potrebbero fare, e furono fatte, all'applicazione della teoria dei diritti quesiti al diritto internazionale privato, mi vince una

⁽¹⁾ op. cit. I pag. 345.

⁽²⁾ FEDOZZI « Quelques considerations sur l' idée d' ordre public international ». (Journal. XXIV).

considerazione, la quale deriva appunto dalla profonda differenza, che separa le questioni di diritto internazionale privato da quelle di diritto transitorio.

Quand'anche, e non è certo facile, si riuscisse a stabilire in modo concorde ed uniforme che cosa si deva intendere nel campo internazionale per diritto quesito, la soluzione del problema non sarebbe egualmente accettabile. Perchè sarebbe ingiusto il non rispettare, dei rapporti formatisi all'estero, che quelli costituenti dei diritti quesiti. Quando in uno stato avviene un cambiamento di legislazione, la nuova legge esercita naturalmente la sua influenza anche sulle conseguenze di fatti anteriori, e solo si arresta di fronte a quei diritti, che sono ormai patrimonio inviolabile dell'individuo. Ma il diritto internazionale privato esige ben altro dai singoli legislatori. Esso pretende che rispettino gelosamente le sfere di competenza legislativa delle altre sovranità.

Quando un rapporto giuridico, sottoposto ad una legge straniera, viene a contatto coll'organismo giuridico dello stato nostro, le nostre leggi ed i nostri giudici devono rispettarlo qual è, ed astenersi da qualsiasi influenza su di esso e su tutte le sue conseguenze, costituiscano esse veri e propri diritti quesiti, o anche soltanto semplici aspettative⁽¹⁾.

Il criterio del diritto quesito non può quindi assumersi come criterio fondamentale in diritto internazionale privato; mentre è tale in diritto transitorio. Tutt'al più si potrà accoglierlo come elemento affatto generico e sussidiario⁽²⁾; nel senso cioè che la validità di un rapporto giuridico non sia abbandonata al beneplacito delle leggi del paese, in cui fortuitamente esso è fatto valere; ma, una volta costituito, abbia garanzia di essere rispettato dovunque.

Un principio unico non può risolvere le singole questioni di diritto internazionale privato. È necessario risalire ai vari elementi, che costituiscono il rapporto giuridico. Il risultato, a cui si giunge mediante l'azione concorrente di tali

(1) GABBA. I p. 137 e BÖHLAU: Meklemb. Landrecht. I.

(2) V. BAR. op. cit. I. pag. 109.

www.libtool.com.cn elementi, il complesso di essi costituiscono ciò che alcuni scrittori, e specialmente Brocher⁽¹⁾, chiamano diritto quesito in diritto internazionale privato. Ma è questione puramente di parole; poichè il problema resta sempre quale l'ha posto Savigny: « ricercare la sede dei vari elementi, che concorrono a costituire il rapporto giuridico ».

Come osserva giustamente Gabba, perchè si potesse parlare di vera analogia tra le due scienze, bisognerebbe che, come in diritto transitorio un rapporto giuridico, il cui svolgimento abbraccia tempi diversi, può essere nelle sue conseguenze e nei suoi effetti sottoposto successivamente a leggi diverse, così anche in diritto internazionale privato, per l'estendersi degli effetti di un rapporto giuridico a luoghi differenti, questo potesse andar soggetto successivamente alla legge di più luoghi. Ma questo non avviene mai.

In diritto transitorio è l'intenzione, la volontà del legislatore, assai più che la volontà delle parti, quella che domina. Mentre in diritto internazionale privato i singoli legislatori si piegano a ciò che la natura dei rapporti giuridici esige; la quale, oltrechè ispirarsi a criteri generici di competenza, subisce assai spesso l'influenza della volontà delle parti. Il principio della sottomissione volontaria esercita largo influsso in certe parti del diritto internazionale privato; benchè esso vada ridotto in confini assai più limitati di quelli che gli aveva assegnati il Savigny.

Certo gli esempi più semplici bastano a provare quanto erronea sia l'affermazione di quelli scrittori, che pretendevano stabilire il principio generale: « quando in diritto transitorio si deve applicare la legge antica, in diritto internazionale privato si deve applicare la legge straniera ».

Se vi ha principio pacifico di diritto transitorio, è quello che le relazioni ed i diritti di stato e di capacità personale sono abbandonati alla legge nuova, nel caso di un

(¹) BROCHER. *Nouveau Traité de droit international privé.* (Paris 1876) ed « *Etudes sur les principes fondamentaux du droit int. privé* ». (*Révue de Droit International*. B. XIII). v. anche il riassunto della teoria di Brocher in CATELLANI: I p. 185 e seg.

www.libtool.com.cn

cambiamento di legislazione. In quanto non sieno già stati esercitati, tali diritti restano sempre in balia del legislatore; che può modificarli negli effetti e nelle conseguenze loro, come gli piace. Ma d'altro canto, se vi è canone sicuro di diritto internazionale privato, è quello che, comunque disponga la *lex fori*, lo stato e la capacità di una persona sono dovunque regolati dalla sua legge personale, sia questa la legge nazionale, o quella del suo domicilio.

Così gli scrittori sono concordi nell'affermare che la legge del contratto, sia quella sotto cui l'obbligazione è sorta o sia quella in cui essa avrà esecuzione, deve essere riconosciuta ed applicata, senza restrizioni, in ogni paese. Anche in diritto transitorio il contratto è retto nei suoi elementi sostanziali dalla legge del tempo, in cui fu conchiuso.

Ma, quanto ai suoi effetti e alle sue conseguenze, non esiste eguale concordia di opinioni. E alcuni, come il Merlin, distinguono gli effetti immediati, diretti, da quelli indiretti, eventuali, occasionali, più remoti dal centro della convenzione; sì che la teoria dell'inviolabilità iniziale va diventando meno solida, in proporzione che i nessi col fatto primitivo si vanno sciogliendo. Altri, come il Blondeau, distinguono tra effetti e conseguenze; i primi sono semplici interpretazioni della volontà dei contraenti, e quindi devono essere regolati dalla legge vigente al momento in cui si formò il contratto; ma le seconde sono soltanto avvenimenti accessori prodotti poi dalle circostanze, nelle quali la convenzione ha collocate le parti; sono piuttosto una modificazione che un risultamento nascente dalle relazioni stabilite in seguito dello stesso contratto. Altri ancora, come Lassalle, distinguono anche tra conseguenze, dicendo che una legge, che attribuisce ad una data specie di contratti qualche conseguenza affatto nuova, si deve applicare anche ai contratti anteriori; essa è propriamente un lato del concetto di contratto, che alla legge antica era sfuggito. Sarebbe quindi assurdo parlare di diritti quesiti.

Così gli immobili situati in un paese sono soggetti esclusivamente alla legge di quello; ed il giudice di qualunque altro stato deve, per quanto concerne il diritto immobiliare,

www.libtool.com.cn richiamarsi strettamente alla *lex rei sitae*. Ma il legislatore, nel cui territorio trovansi gli immobili, può sempre mutare la legge che li riguardano. Tutto il sistema della proprietà può sempre venir regolato da una legge nuova diversamente, con effetto immediato su tutti i rapporti giuridici già esistenti. E non di rado furono violati anche diritti quesiti, sacrificandoli all'attuazione di qualche grande riforma fondiaria.

A convalidare la loro affermazione che vi sia vera analogia di principi tra diritto internazionale privato e diritto transitorio, il Meyer ed il Lassalle si fanno forti di due esempi, tolto l'uno dalla capacità, l'altro dalla forma degli atti.

Vedete, dicono i due scrittori: come nel diritto transitorio la forma degli atti si giudica *sempre* secondo la legge del tempo, in cui gli atti stessi vennero posti in essere, così nel diritto internazionale privato la si giudica *dovunque* secondo la legge del luogo, in cui l'atto fu compiuto.

E per la capacità: come nel diritto transitorio la capacità giuridica è regolata in ogni tempo dalla legge attuale, così in diritto privato internazionale è regola che la capacità muti col mutarsi del domicilio della persona.

Ma questi due esempi, se contengono in sè gran parte di vero, servono ben poco a convalidare l'asserto dei loro autori. Infatti è verissimo che generalmente un atto giuridico è regolato, quanto alla forma, dalla legge, sotto cui esso si compie, sia in ordine di spazio che in ordine di tempo⁽¹⁾. Ma il motivo non è il medesimo in diritto transitorio e in diritto internazionale privato, come non è identica l'estensione che al principio viene data nelle due scienze.

La formula: « *tempus regit actum* » si svolge parallela all'altra: « *locus regit actum* ». Ma la prima rappresenta un grado di necessità e di certezza assai maggiore che la seconda. In questa infatti, che ha generalmente carattere facoltativo, non assoluto, si concede sovente alle parti di derogarvi, seguendo invece un'altra legge, che di solito è la loro legge nazionale. Ma per la formula: « *tempus regit actum* » l'al-

(1) SAVIGNY B. VIII.

ternativa è impossibile. Nessuno può prevedere se le forme di un dato atto saranno mutate da una legge futura, né come lo saranno. Se quindi è vero che la forma degli atti si giudica sempre secondo la legge del tempo, in cui furono compiuti, per la legge del luogo non può sempre dirsi altrettanto.

Nè diversa è la cosa per la capacità. Dicono Lassalle e Meyer che come la capacità non costituisce diritto quesito, ma è sempre abbandonata alla leggi attuali, così col mutare del domicilio della persona muta anche la sua capacità, che sarà da ora in poi regolata dalla legge del nuovo domicilio.

Ma l'analogia non regge. Anche ammesso che lo statuto personale sia determinato dal domicilio, (quasi tutte le legislazioni ormai danno la preferenza alla legge nazionale), e che, com'è naturale, col mutarsi del domicilio, la capacità della persona sia regolata dalla nuova legge, non ne deriva affatto che deva sussistere un conflitto tra la legge dell'antico e quella del nuovo domicilio. Lo statuto della persona, e quindi anche la sua capacità, interesseranno d'ora innanzi lo stato estero esclusivamente, come prima interessavano soltanto lo stato nostro.

Del resto lo stesso Lassalle, pur avendo affermato che, risolto il problema dell'impero delle leggi nel tempo, è implicitamente risolto anche quello dell'impero delle leggi nello spazio, si affretta a dire che la massima non è senza eccezioni.

A scanso di gravi errori, egli dice, fa d'uopo ricordare che una legge, che nei riguardi dei cittadini del paese ha valore assoluto, può non essere affatto obbligatoria per gli stranieri. Così una nuova legge prussiana, che stabilisca la maggiorità a 25 anni, obbligherà i prussiani alla sua osservanza; ma non gli stranieri. E nulla vieterà per esempio ad un francese di considerarsi maggiorenne in Prussia a ventun anni.

Ma allora dove se ne va la rigidezza della formula? Dove l'intimo legame tra le due scienze, che Lassalle si vanta di aver portato alla sua « warhaftem, zu innersten Identität zusammensinkenden Erfüllung »?

Gli scrittori, che proclamarono l'analogia e alcuni anche l'identità dei due ordini di questioni, furono sedotti dalle loro caratteristiche somiglianze; somiglianze che vanno poi

dileguandosi, man mano si penetri nell'intimo del problema. Taluni di essi si mantengono eccessivamente nel campo speculativo, come il Lassalle; altri mostrano di non avere un'idea chiara del principio dell'irretroattività delle leggi, il quale non può coincidere che col rispetto dei diritti quesiti. Ciò non intendono certi scrittori, che vorrebbero chiuso tutto il passato ad ogni azione delle leggi nuove, e combattono vivacemente il principio dei diritti quesiti; principio che non è perfetto, e lo mostra talvolta lo sforzo cui il Gabba è costretto per applicarlo a qualche singolo caso, ma che infine è l'unico che dia soddisfacente soluzione agli intricati problemi del diritto transitorio.

Così Affolter chiama Gabba « partigiano fanatico dei diritti quesiti »; ma per criticarne il geniale sistema, non sa altro obiettare, se non che colla teoria di Gabba non è possibile spiegare la tutela, che i legislatori accordano alla raggiunta maggiorità, e ai testamenti fatti sotto una legislazione precedente! In verità l'Affolter non poteva trovare due esempi più incerti di questi, e più controversi ancor oggi nella dottrina e nella giurisprudenza transitoria!

A base del diritto transitorio, dice Affolter, sta il fatto che lo stato negherebbe sé stesso, negando efficacia agli effetti di relazioni giuridiche formatesi sotto la sua protezione; così in diritto internazionale privato la sovranità del legislatore, in materia personale come in materia reale, è limitata dal rispetto agli ordini legislativi stranieri e alle relazioni formatesi sotto di essi. Il che nessuno nega; ma basta forse ad affermare l'identità dei due problemi, come vuole l'Affolter?

E questo pare finisce anch'egli col riconoscere, perchè conclude col dire che egli pure ritiene « dass man nicht die grundsätze der einer Wissenschaft analog auf die andere übertragen kann ». Ma allora a che serve l'analogia?

Né vale molto, a sostegno di Affolter, la sentenza delle Corti Francesi, che egli cita togliendola dal Sirey⁽¹⁾ Trattavasi, (a proposito di un divorzio pronunciato prima della legge

(1) 1860: I p. 224.

8 maggio 1816, che aboliva il divorzio dalla legislazione francese), di un caratteristico caso, in cui la questione di spazio e la questione di tempo si affacciavano contemporaneamente.

La sentenza dice tra gli altri motivi: « Si cette loi (quella che abolisce il divorzio) est d'ordre public, et si en conséquence il n'est pas possible d'y déroger par des conventions particulières, si par une autre conséquence il n'est pas permis aux tribunaux d'ordonner ou de sanctionner des divorces, que les officiers de l'état civil ne pourraient prononcer, la loi 1816 doit être renfermée dans les limites qu'elle s'est tracés, par respect pour les principes de droit les plus incontestés; que la loi 1816 n'a pu vouloir, et n'a pas voulu statuer que pour l'avenir et pour la France; qu'elle n'a atteint par sa disposition unique ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l'étranger. Que si, ce qui n'est pas contesté, un divorce prononcé en France antérieurement à la loi 1816 a rendu aux époux la liberté de contracter un nouveau mariage, il en est de même de la liberté acquise par l'étranger dans son pays au moyen d'un divorce, qui y aura été légalement prononcé; qu'il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public et aux bons moeurs, ni dans un cas ni dans l'autre; et que la loi française, qui ne contient aucune disposition prohibant formellement des mariages contractés dans de pareilles circonstances, n'a fait par son silence que confirmer d'une part le principe de la non rétroactivité des lois, et d'une autre part le respect dû aux législations étrangères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté..... »

Da questa sentenza, dice Affolter, appare chiaro lo stretto legame che avvince diritto internazionale privato e diritto transitorio. Legame che mi pare assai tenue.

Se il giudice francese riconosce un divorzio regolarmente pronunciato all'estero tra stranieri, ciò avviene perchè lo stato e la capacità di una persona fanno parte del suo statuto personale; e questo è dovunque regolato dalla sua legge nazionale, o dalla legge del suo domicilio. Che se, per gravi motivi d'ordine pubblico, il giudice di un paese, dove il divorzio non è ammesso, non può pronunciare un divorzio tra stranieri, cui la

legge personale lo consente, la cosa è diversa, quando si tratti semplicemente di riconoscere un fatto avvenuto all'estero, di accogliere lo straniero in quella condizione giuridica, che le sue leggi gli hanno fatta.

Ma in diritto transitorio la cosa non è identica. Se il giudice riconosce un divorzio, pronunciato nel paese quando il divorzio era ammesso, si è perchè esso rappresenta un fatto ormai compiuto sotto l'ordine legislativo anteriore; una di quelle *causae finitae*, a proposito di cui la questione della retroattività, o meno, di una legge nuova non può nemmeno sorgere.

Nè vale di più l'altro esempio, ricordato da Affolter. Perchè la giurisprudenza francese, egli si chiede, riconosce che generalmente lo statuto personale è sempre in balia della leggi attuali? Perchè, diremmo noi, lo stato e la capacità delle persone non formano materia di diritti quesiti; sono le premesse fondamentali, su cui poi i diritti quesiti si erigeranno.

Affolter invece dà alla cosa una spiegazione straordinaria. Il fatto, egli dice, è l'inconsapevole conseguenza (die unbewusste Folge) dell'identificazione del diritto internazionale privato col diritto transitorio. Secondo l'art. 3 del codice Napoleone (« Le leggi reggenti lo stato e la capacità delle persone governano i francesi anche residenti all'estero ») le leggi sullo stato e la capacità delle persone dominano ad esclusione delle leggi straniere. Trasportato nel diritto transitorio, il principio significa che le leggi attuali sullo stato e la capacità escludono ogni efficacia delle leggi analoghe passate.

Ma l'un fatto nulla ha a che fare coll'altro. L'art. 3 codice Napoleone sancisce in parte uno dei principi più pacifici del diritto internazionale privato: la dipendenza dello statuto personale dalla legge nazionale del *de cuius*. Manca nel codice francese la reciproca, cioè la concessione di pari diritto allo straniero residente in Francia. Ma la giurisprudenza ha colmata la lacuna del legislatore.

E nemmeno mi sembra che diritto internazionale privato e diritto transitorio possano incontrarsi su principi comuni, in ciò che concerne la seconda parte dell'affermazione

www.libtool.com.cn

di quelli scrittori: « che cioè in quei casi in cui il giudice deve applicare la legge nuova, deva applicare al rapporto la legge territoriale, anche se la legge straniera sarebbe competente ». In una parola, nel concetto di ordine pubblico.

Certo potrà darsi talvolta che le due soluzioni coincidano, appunto perchè il concetto che il legislatore ha su certe grandi questioni d'ordine politico, economico, morale, deve necessariamente essere unico, ed applicarsi così ai rapporti giuridici formatisi nel territorio, quando altre idee prevalevano, come a quelli sorti in paese straniero, dove l'ordine pubblico riposi su altri concetti. Così una legge, che vietti le sostituzioni fedecommessarie, ritenendole contrarie alla libertà economica, avrà non solo efficacia assolutamente territoriale, ma anche retroattiva. E se in un paese sia vietata la ricerca della paternità, la proibizione avrà generalmente valore non solo per gli stranieri, cui la legge patria la concederebbe, ma anche per i cittadini nati sotto un regime legislativo, che tale ricerca ammetteva. Altrettanto si dica per il divorzio.

Ma sarebbe pericoloso il salire da questi casi particolari ad un unico principio generale; sarebbe malfido ed erroneo criterio quello di stabilire che si dovessero respingere le conseguenze di fatti compintisi all'estero, basandosi sull'analogia del diritto transitorio, e cioè sul fatto che non sieno state riconosciuti, sotto l'impero della nuova legislazione, gli effetti di quelli stessi fatti, quando siano invece avvenuti all'interno sotto una precedente legislazione. Ciò per la profonda differenza, che separa diritto internazionale privato e diritto transitorio.

Quella nozione così vaga ed incerta di ordine pubblico « si peu définie et si difficile à définir, derrière laquelle on pourrait abriter le refus de reconnaître l'effet d'une loi quelconque »⁽¹⁾ compie naturalmente in diritto transitorio una funzione assai meno importante di quella, che le spetta in diritto internazionale privato.

(1) CLUNET. Journal : t. 7.

Qui infatti i singoli legislatori si trovano in faccia all'ignoto. Come possono essi prevedere sotto qual forma, sotto quale aspetto si presenteranno ai loro tribunali i rapporti giuridici, che per propria natura sfuggono alla loro competenza legislativa?

Si dice: Il legislatore non può accordare sul territorio dello stato applicazione illimitata alle leggi straniere; egli non può permettere che una tale applicazione si spinga al punto di accordare tutela a quei diritti degli stranieri, che sono in aperto contrasto colle leggi vigenti nel paese in materia di diritto pubblico; o con quelle leggi, che si suole rac cogliere sotto il titolo di « leggi d'ordine pubblico » e sono quelle che interessano intimamente l'ordinamento politico, morale, economico dello stato.

Sull'ammissibilità del principio non può infatti cadere incertezza. Con termini più o meno appropriati e precisi, quasi tutte le legislazioni moderne lo sanciscono.

La difficoltà è celata nell'impossibilità veramente insuperabile di enumerare quelle leggi, che pretendono esclusivo impero sul territorio.

Tutti gli sforzi fatti dagli scrittori, dal tentativo di Savigny⁽¹⁾ alle pagine geniali di Zitelmann⁽²⁾, verso una costruzione aprioristica di questo gruppo di leggi, portano gran luce sul grave argomento, ma non sono riusciti nè ad una enumerazione completa, nè ad una formula pratica e sicura.

Poichè, se non è troppo difficile l'accordo su ciò che rigorosamente deva intendersi per diritto pubblico di un paese, la difficoltà diviene grandissima, anzi invincibile per ciò che concerne l'ordine pubblico.

Salvo pochissimi esempi generali, tipi stabili e assoluti di morale non vi sono, ma solo tipi eminentemente evolutivi, che variano nel tempo e nello spazio, e si collegano in-

⁽¹⁾ SAVIGNY. « System » B. VIII.

⁽²⁾ ZITELMANN. « Internationales Privatrecht ». I pag. 320 e seg. v. in KAHN. « Abhandlungen... » (Iherings Jahrbücher. B. 39) la critica dei vari criteri e delle formule escogitate dagli scrittori sul concetto di ordine pubblico.

www.libtool.com.cn timamente colla storia, le tradizioni, la civiltà, le condizioni etnografiche, economiche, politiche dei vari paesi (¹).

Vi sono certamente delle norme generali, che sono comuni a tutti i popoli più civili. Nessuno stato d'Europa tollererebbe che sul suo territorio fosse rivendicato uno schiavo fuggito al padrone, o che un mussulmano, in omaggio alla legge del suo paese, vi ponesse in essere un matrimonio poligamico.

Ma se, da questi casi tanto rari, scendiamo ad ipotesi più frequenti, l'impossibilità di un criterio assoluto ci apparirà evidente.

Ogni nazione vive sotto l'influenza di certi grandi principî, che sono il portato del peculiare suo organismo giuridico e sociale, il quale, pur armonizzando col grande organismo della *communio iuris*, ha per ragioni storiche, religiose, ecc. un carattere affatto speciale (²). Vediamo così anche tra popoli, che si trovano allo stesso grado di civiltà, i medesimi istituti considerati in un paese come indispensabili, in un altro come inutili o dannosi alla pubblica moralità e all'ordine sociale. Basti accennare all'istituto del divorzio, o a quello della ricerca della paternità.

Nè basta. Perchè ciò che offende lo stato nostro non è tanto l'immoralità della legge straniera in sè stessa, quanto il fatto che si vorrebbe realizzare nella nostra giurisdizione un rapporto giuridico, che il nostro legislatore crede contrario a quei principî, che sono a base della nostra vita sociale.

Dal fatto che una relazione giuridica posta in essere all'estero, in forza di una legge, che noi riteniamo contraria al nostro ordine pubblico, estende gli effetti e le conseguenze sue sul nostro territorio, non deriva necessariamente che anche queste devano venire in ogni caso respinte.

I tempi dell'intolleranza e dei rigori, che regnarono a lungo nell'ordine delle idee morali, sociali, religiose, hanno

(¹) PROUDHON. *Les évolutions de la morale*.

(²) BUZZATI. Intorno al « Projet de programme » della III^a conferenza di diritto internazionale privato. (*Rivista it. delle scienze giuridiche* v. 27 - 1899).

www.libtool.com.cn ceduto il posto, coi nuovi tempi, ad un largo spirito di tolleranza. Sarebbe ridicolo che il nostro legislatore pretendesse il monopolio della morale. Egli deve piuttosto distinguere tra il lasciar creare nel nostro paese una relazione giuridica, fondata su d'una legge straniera, che egli disapprova, e l'accettarne certe conseguenze, quando quella relazione si sia formata all'estero. Vi è cooperazione nel primo caso, ma semplice tolleranza nel secondo (¹).

Chi non vede p. e. come la moralità pubblica non patisce affatto, perchè nel nostro paese sono riconosciuti come legittimi, agli effetti successori, i figli di un maomettano, che viveva in Turchia in nozze poligame?

O perchè persone, divorziate regolarmente nel loro paese, contraggono nel nostro un nuovo matrimonio? O perchè un creditore straniero reclama nel nostro paese il pagamento di interessi, secondo le nostre leggi usurari, in forza di un credito contratto in un paese, dove il tasso dell'interesse è libero?

Non dunque la moralità o immoralità generica di un dato rapporto è quella che decide sulla sua ammissibilità, ma bensì l'indole della relazione di collegamento dell'*«anknüpfung»* direbbero i tedeschi, che quel rapporto ha in sè stesso, o nelle sue conseguenze, col nostro territorio.

Se, simile ad albero poderoso, il rapporto giuridico affondi le sue radici in territorio straniero, ma diffonda poi anche nel nostro l'intrico dei suoi rami, è di quest'ultimi soltanto che noi dobbiamo occuparci. E non sarebbe ingiusto il voler recidere tali rami, quando in sè stessi nulla presentino di dannoso, per il solo fatto che il tronco dell'albero non potrebbe essere tollerato entro i nostri confini? (²).

Giustamente Laurent ha chiamata questa delle leggi territoriali « la difficulté capitale de nosre science ». Lo è veramente e per la relatività del concetto di ordine pubblico, e per il proteiforme atteggiamento, con cui un rapporto

(¹) BROCHER. Nouveau Traité de droit int. privé - 1º

(²) V. BAR. Theorie und praxis. I p. 120. ZITELMANN I. c. NEUMANN: Internationales Privatrecht. NIEMEYER: Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des Internationalen Privatrechts,

giuridico per sé stesso intollerabile, può presentarsi all' esame dei nostri giudici. Ond' è che manca al legislatore un criterio obiettivo, con cui segnare al giudice la via che questi deve seguire nei singoli casi ⁽¹⁾.

Non gli resta che sancire il principio generale con una formula vaga; una difficoltà insuperabile lo costringe all'inerzia.

Così, per ricordare due tra le formule migliori, l' art. 14 tit. prel. del progetto del nuovo codice civile belga dice:

« Il ne peut être pris égard aux lois étrangères, dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter détriment aux lois du Royaume, qui conservent ou garantissent un droit ou un intérêt social ».

E l' art. 30 Einf. gesetz del codice germanico :

« Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten, oder gegen das Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde ».

Ma il campo sconfinato delle applicazioni pratiche resta abbandonato alla giurisprudenza.

Ma in diritto transitorio tale ignoto non esiste. Il legislatore conosce perfettamente l' ordine legislativo, che, fino alla andata in vigore della legge nuova, ha imperato sul territorio ; egli può quindi sicuramente determinare quali tra le antiche leggi potranno continuare a dominare sui rapporti giuridici ad esse soggetti, e quali invece sieno nella loro applicazione incompatibili col nuovo ordine di cose. E per queste ultime potrà decretare la retroattività.

In diritto internazionale privato è schiuso largo campo al libero apprezzamento del giudice ; ma in diritto transitorio questi deve rimanere fermo al canone fondamentale dell' irretroattività delle leggi, finchè il legislatore non gli comandi espressamente il contrario, o un tal comando non risulti implicitamente dal contenuto, e dallo scopo della nuova legge.

Giustamente dice Weber che ai tribunali non spetta di

(1) Gebhard's Motive zum B. G. B. pag. 133.

promovere la pubblica prosperità, né di ledere per questo diritti quesiti, se la legge non lo prescriva. Fu merito soprattutto del Gabba l'aver fieramente e vittoriosamente combatuta quella teoria, che nel principio dell'ordine pubblico voleva trovare il criterio decisivo per stabilire, quando il legislatore tacesse, se una nuova legge dovesse o no essere retroattiva. Quasicchè il concetto d'ordine pubblico non fosse già abbastanza pericoloso ed incerto in quel campo del diritto internazionale privato, da cui per necessità imprescindibili è impossibile il cacciarlo del tutto !

Anzi lo stato, talvolta diffidente verso le altre sovranità, è invece così desideroso che il mutamento della legislazione interna avvenga senza troppo gravi scosse, che spesso lascia spegnersi tranquillamente sotto il nuovo ordine legislativo rapporti giuridici anteriori, a cui, in diritto internazionale, vieterebbe l'ingresso nel territorio. E quando ciò non sia possibile, conserva almeno in parte ai titolari dei diritti aboliti i vantaggi patrimoniali, che essi ne ritraevano, o accorda loro risarcimenti pecuniari.

Chi non ricorda le misure escogitate dai legislatori, per rendere meno gravosa l'abolizione delle enfiteusi e dei fideicomessi? E i milioni di sterline profusi dall'Inghilterra per indennizzare i proprietari degli schiavi, a cui essa aveva donata la libertà?

Assai importante e interessante a questo proposito è una sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 5 dicembre 1896 (¹), in cui è negata ogni analogia tra diritto internazionale privato e diritto transitorio.

Il 30 marzo 1852, in Zara (Dalmazia) veniva stipulato, a rogiti del notaio da Ponte, un contratto nuziale tra Antonio de Bersa e Carolina Lanza; assisteva il padre di questa Francesco Lanza. Tutti e tre erano sudditi austriaci. In tale contratto, premettendosi che Carolina, benchè di anni ventuno, era stata dichiarata maggiorenne con atto dello stesso giorno, le veniva assegnata dal padre una dote adeguata in beni mobili

(¹) Annali di giurisprudenza italiana. I p. 575.

ed immobili. Nell' art. 6 del contratto nuziale, Carolina dichiarava di ritenersi con ciò tacitata della quota, che le sarebbe spettata nella successione paterna. Il fidanzato di lei, Antonio de Bersa, assentiva a tale rinunzia. Celebrato il matrimonio, gli sposi ottennero tosto il possesso e il godimento dei beni dotali.

Il 2 gennaio 1892 Francesco Lanza moriva a Treviso, lasciando superstiti i figli di primo letto Carlo e Carolina, e la vedova di seconde nozze Virginia Purkardhofer.

Con atto olografo 9 ottobre 1890, il Lanza aveva fatto testamento, dichiarando di volere che la successione fosse regolata dalle leggi austriache. Nel testamento il Lanza riaffermava di avere esuberantemente dotata la figlia Carolina, nonchè la figlia Luigia già defunta; e di avere corrisposto al figlio Carlo quanto poteva spettargli, con espressa rinunzia per tutto il resto del patrimonio, che era perfettamente disponibile, e che egli lasciava in godimento alla vedova, con incarico di trasmetterlo alla sua morte al figlio Carlo.

Ma la Carolina de Bersa, sostenendo la nullità della rinuncia all'eredità paterna, l'inefficacia di tale rinunzia e la nullità del testamento olografo, per mancanza d'istituzione di erede, promoveva giudizio di divisione contro la vedova del padre e il fratello Carlo, con citazione 4 novembre 1892. Malgrado le eccezioni dei convenuti, il tribunale di Treviso, con sentenza 8 luglio 1893, dava ragione all'attrice, dichiarando inefficace la rinunzia, ed ordinando la divisione dell'asse ereditario, si che la quarta parte di esso venisse aggiudicata in piena proprietà all'attrice, nella sua qualità di erede legittima.

Appellarono i convenuti in via principale, la Carolina de Bersa in via incidentale. E la Corte d'appello di Venezia, con sua sentenza 31 dicembre 1894, accolto l'appello principale, reietto l'incidentale, riparava la sentenza del tribunale di Treviso, respingendo le domande della de Bersa.

Questa non si diede per vinta, e ricorse in Cassazione, adducendo sei mezzi contro la sentenza della Corte d'appello di Venezia. Cinque riguardano irregolarità procedurali e non ci interessano; assai importante è invece il primo, e cioè:

Violazione dell' art. 12 delle disposizioni sulla pubblicazione interpretazione e applicazione delle leggi. Violazione dell'art. 954 codice civile italiano e degli art. 18 e 24 disposiz. transitorie per l'unificazione legislativa delle provincie della Venezia e di Mantova (corrispondenti agli art. 22 e 28 disposiz. transitorie generali 30 nov. 1865) ⁽¹⁾.

Invocando il disposto dell' art. 12 disp. prel., che vieta applicazione in Italia alle leggi e alle convenzioni straniere contrarie ai principi dell' ordine pubblico, e quello dell' art. 22 disposiz. transitorie che, dando effetto retroattivo al disposto dell' art. 954 codice civile, mostra chiaramente di essere stato dettato da considerazioni di bene pubblico ⁽²⁾, la ricorrente sosteneva doversi negare ogni efficacia ed ogni validità nel Regno alla rinunzia sua all' eredità paterna.

Ma il Supremo Collegio mostrava d' ispirarsi ad altri concetti. L'elaborata sentenza ricorda come sia ormai canone di diritto internazionale comune quello di considerare l' editto successorio come regolato dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni, e in qualunque paese si trovino (art. 8 disp. prel. del codice civile).

Una tal massima patisce, è vero, eccezione nel disposto dell'art. 12. « Non mai e in nessun caso » dice la relazione

⁽¹⁾ art. 12. Nonostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno, che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l' ordine pubblico e il buon costume.

art. 954. Non si può nemmeno nel contratto di matrimonio rinunciare all' eredità di una persona vivente, né alienare i diritti eventuali, che si potrebbero avere a tale eredità.

art. 22 disp. trans. Le disposizioni del nuovo codice, contenute nel titolo *delle successioni*, sono anche applicabili alle femmine già dotate o matrate ed ai loro discendenti, e saranno prive di effetto le rinunce che abbiano fatte nell'atto dotale od altrimenti, in conformità delle leggi anteriori.

art. 28, 1º cap. Le persone indicate nell'art. 22 devono anche conferire ciò che hanno ricevuto in occasione delle loro rinunce.

⁽²⁾ GABBA. op. cit. III. p. 511.

del guardasigilli Vacca, « leggi straniere concernenti il diritto successorio avrebbero potestà di turbare quelle provvisioni legislative, che intendessero a regolare i beni e la proprietà territoriale, come meglio richieggono le alte ragioni del pubblico interesse.

Ma l'art. 12 deve avere applicazione affatto eccezionale; diversamente distruggerebbe tutto il valore delle altre norme, perchè ogni infimo istituto di diritto civile riflette specialmente le condizioni di coltura e di moralità, per cui uno stato si differenzia dagli altri; mentre presupposto necessario della teoria del diritto internazionale privato è la diversità, non l'identità delle legislazioni. Il legislatore, non enumerando quali sieno le restrizioni imposte all'applicazione delle leggi e degli atti stranieri, ha voluto lasciare alla giurisprudenza il modo di tutelare, nell'attuazione delle norme di diritto internazionale privato, solo quello che si riferisce all'ordinamento politico e sociale dello stato.

Bisogna distinguere tra le leggi, che mirano direttamente a regolare i rapporti e gli interessi privati, e le leggi che regolano l'ordinamento politico, economico, morale dello stato. Le leggi della prima specie hanno autorità sovrana solo sulle persone soggette all'impero del legislatore; le seconde hanno autorità di fronte a tutti. Non vi è offesa all'ordine pubblico, quando si riconosce un fatto giuridico della prima specie, risguardante cioè rapporti di stato personale, capacità, obbligazione, insomma rapporti privati legalmente compiuti all'estero, in conformità della legge chiamata a regolarli.

Di tali rapporti privati si tratta nel caso concreto; cioè della capacità personale della de Bersa a succedere al padre, e del diritto di questo, concessogli dalla sua legge, di considerare come parte della sostanza disponibile quella risultante dall'avvenuta rinunzia della figlia. Non vi ha quindi alcun motivo di negare in Italia efficacia alla rinunzia della de Bersa, avvenuta legalmente, conforme le patrie leggi.....

Qui la sentenza viene al punto, che più direttamente ci interessa; cioè alla pretesa analogia tra diritto internazionale privato e diritto transitorio.

Sosteneva lâ ricorrente essere la sua rinuncia inefficace

www.libtool.com.cn

in Italia, in analogia al disposto dell'art 22 disp. trans., che, dando efficacia retroattiva all'art. 954 del nuovo codice, dimostrava di non riconoscere più oltre effetto alle rinunzie avvenute sotto le precedenti legislazioni.

Ma la Corte ribatte: « Molto meno reggono le altre obbiezioni raggruppate tutte nel primo mezzo, e che si riferiscono alle disposizioni transitorie. Lo stesso Savigny non parifica perfettamente gli effetti dell'impero del diritto nel tempo agli effetti dell'impero del diritto nello spazio, o su distinti territori autonomi. »

E la ragione è evidente. Poichè nel primo caso il diritto nuovo si propone lo scopo di coordinare e ricondurre persone, cose e relazioni giuridiche ad un solo tipo, rispondente all'unità legislativa organica dello stato; mentre nel secondo, avendo vigore il diritto esterno egualmente che il patrio, non viene a scomparire l'uno di fronte all'altro, o viceversa. E tra stati civili, e nella maggior parte delle questioni, le leggi propriamente non vengono in collisione tra loro, mentre trattasi invece di applicare or l'una or l'altra, secondo i singoli casi.

Ond'è che, dato pure ogni effetto retroattivo all'art. 954 per le rinunzie delle femmine italiane anteriori all'attuazione del codice civile, il novello stato giuridico non può alterare i rapporti contratti dagli austriaci tra loro, in conformità della loro legge nazionale.... Nè si opponga che nei paesi tedeschi dove sono ammesse le rinunzie delle figlie alla successione paterna, si deve giudicare della loro validità secondo la legge del luogo, dove il testatore ebbe il suo ultimo domicilio. Tale regola ha valore solo nel perimetro dello stato tedesco, non fuori.

Per questi ed altri motivi, la Corte di Cassazione di Firenze respingeva il ricorso della de Bersa, confermando così in ogni suo punto la sentenza della Corte d'appello di Venezia.

Col pensiero di così autorevole giurisprudenza armonizza quasi unanime l'opinione della dottrina. Può dirsi che tutti gli autori più reputati che, sia pure assai brevemente o del tutto incidentalmente, si occuparono della questione, sono concordi nel respingere ogni analogia tra diritto internazionale

privato e diritto transitorio. Fra gli scrittori che consacrarono specialmente i loro studi al problema del diritto transitorio, ricordo i nomi di Gabba, di Göppert, di Habicht ; tra gli scrittori di diritto internazionale privato quelli di V. Bar, di Kahn, di Iitta, di Meili.

Concludiamo col dire che tra i due ordini di questioni esiste bensì somiglianza apparente di caratteri, bensì corrispondenza formale, in quanto che i diritti quesiti non possono generalmente essere regolati che dalla legge, sotto cui vennero acquistati, sia per ragione di tempo, sia per ragione del luogo, in cui i rapporti giuridici vennero posti in essere (¹). Ma non sussiste vera analogia, non dipendenza intima di principi.

I punti di vista legislativi e giuridici non combaciano nelle due scienze ; perchè i due problemi sono troppo diversi, e troppo diversa è la posizione del legislatore di fronte ad ognuno di essi.

Il diritto internazionale privato, il cui compito è quello di determinare e coordinare l'efficacia territoriale delle varie legislazioni, ha bisogno di norme di carattere sicuro, stabile, armonizzante da legislazione a legislazione. Ed ogni stato si sente, nel compimento di questa sua funzione, partecipe ad una grande opera di giustizia.

Ma in diritto transitorio le singole sovranità sono affatto autonome. Per quanto le correnti di questa assurgente vita internazionale penetrino in tutte le fibre dei vari organismi sociali, e ne rinnovino lo spirito, lo stato resta pur sempre, di fronte ai propri cittadini, l'arbitro supremo.

Che se anche in diritto transitorio gli scrittori dei vari paesi si accordano su certi canoni fondamentali, e il criterio del diritto quesito domina tutta la materia, nulla d'altro lato impedisce ai singoli legislatori di discostarsene ; talvolta stabilendo retroattività che la dottrina condanna (²), più spesso facendo larga parte alla legge antica, non solo per quanto ri-

(¹) GABBA. I. prolegomeni.

(²) v. p. e. le critiche di Gabba alla retroattività accordata dall'art. 22 disp. trans. all'art. 954 codice civile.

guarda i diritti quesiti, ma anche le legittime speranze, e le fondate aspettative.

La divergenza tra diritto internazionale privato e diritto transitorio, anzichè diminuire, non può che divenire nel futuro ancora più grande. Il problema del diritto transitorio continuerà a rimanere abbandonato alle cure dei singoli legislatori; ma alle difficili e sempre più urgenti questioni del diritto internazionale privato le singole legislazioni troveranno sempre più difficilmente un'adeguata soluzione. Soltanto gli accordi internazionali, ottenuti mediante conferenze e sanzionati mediante trattati, potranno portare il diritto internazionale privato all'altezza reclamata dallo sviluppo della vita cosmopolita.

Tali considerazioni m'inducono a concludere colle parole di Rheinold Schmid (¹): « Il succedersi di differenti legislazioni nel medesimo stato e la coesistenza di differenti legislazioni in stati diversi devonsi giudicare da punti di vista essenzialmente diversi » (²).

(¹) SCHMID. Die Herrschaft der gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen grenzen. (Iena 1868).

(²) Nel « Circolo Giuridico » di Palermo (anno 1897; vol. XXVIII, pag. 8) è data relazione di una conferenza tenuta colà dal prof. Agnetta di quella università sul principio fondamentale del diritto transitorio. Da quanto risulta dalla breve relazione del *Circolo Giuridico*, in quella conferenza il prof. Agnetta avrebbe sostenuto che tra diritto internazionale privato e diritto transitorio esistono rapporti non solo di analogia, ma di quasi identità, sicchè egli vorrebbe applicare al diritto transitorio il principio fondamentale del diritto internazionale privato (?). Duolmi di non aver potuto conoscere tale conferenza, che fu pronunciata su semplici appunti, senza che alcuno la raccogliesse per iscritto.

V.

Il Diritto Internazionale privato nel tempo.

Benchè non vi sia vera analogia tra diritto internazionale privato e diritto transitorio, pure i problemi delle due scienze ci appaiono strettamente intrecciati, e quasi subordinati l' uno all' altro, appunto perchè manifestazioni entrambi di un problema unico: quello della sfera d' império delle leggi.

Prima di applicare ad un dato caso giuridico questa o quella norma di diritto materiale, il giudice deve chiedersi sotto qual legge, sia in ordine di tempo che in ordine di spazio, si sia formato il rapporto giuridico, su cui egli è chiamato a decidere.

Quale delle due questioni ha diritto di precedenza sull'altra? Quale deve essere prima risolta, quando si affaccino contemporaneamente? La questione di diritto transitorio o quella di diritto internazionale privato? Deciso il problema della competenza in ordine al tempo, si dovrà definire, entro di questo, il problema della competenza in ordine allo spazio; o viceversa?

Questione non soltanto d'interesse teorico, e scolasticamente elegante; ma eminentemente pratica. Basti a convincere il seguente esempio che il Niedner (¹) pone in testa alle sue ricerche sull'argomento.

L' art. 25 einf. gesetz del codice civile germanico, in materia di successioni dice: « Ein Ausländer, der zur Zeit

(¹) NIEDNER. nella rivista « *Das Recht* » n. 12 - 1900.

www.libtool.com.cn
 seines Todes seinen Wohnsitz in Inland hatte, wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte », e l'art. 213 della medesima legge: « Für die erbrechtlichen Verhältnisse bleiben, wenn der Erblasser vor dem Inkrafttreten des B. G. B. gestorben ist, die bisherigen Gesetze massgebend ».

Ora, dice Niedner, supponiamo che sia in discussione davanti ai tribunali tedeschi la successione di un francese, già domiciliato a Berlino e morto poco prima del 1º gennaio 1900, giorno in cui andò in vigore il nuovo codice tedesco.

Se si risponde prima alla questione di spazio, allora, secondo l'art. 25 einf. gesetz, si dovrà applicare alla successione la legge nazionale del defunto, cioè il codice Napoleone; se invece si risponde prima alla questione di tempo, si applicherà il disposto dell'art. 213; e quindi la successione dipenderà dalla legge del domicilio del defunto, a cui spettava la competenza, secondo il diritto prussiano in vigore a Berlino prima dell'unificazione legislativa.

Si vede dunque quanto sia praticamente importante il decidere quale tra i due ordini di questioni deva avere la precedenza, quando concorrano nella decisione di un medesimo caso giuridico.

La discussione in proposito ferme ancora in Germania, dove la recente unificazione legislativa ha portati all'ordine del giorno i problemi del diritto transitorio. Si può dire che, fatta qualche eccezione (¹), siano tutti tedeschi gli autori (²), che trattarono tale questione, la quale mai finora aveva occupata seriamente la dottrina, e che riesce naturalmente di

(¹) DIENA. De la rétroactivité des dispositions législatives du droit international privé. (Journal. t. 27. 1900. n° 11-12).

(²) v. tra i principali scrittori tedeschi, che si occuparono dell'argomento: NIEDNER (nella riv. *Das Recht* n. 12 anno 1900, e nella Zeitschrift für int. privat. und strafrecht - 1901. Heft 5 - 6). ZITELMANN (Ihering's Iahrbücher, B. 42-1901). KAHN (Ihering's Iahrbücher - B. 43). HABICHT - (nelle Abhandlungen aus Privatrecht und Civil process des deutschen Reichs hrg. v. Fischer - Iena 1899). NIEMEYER: Das internationale Privatrecht in B. G. B. (Berlin 1900).

scarso interesse per quei paesi, dove il cambiamento di legislazione è avvenuto da lungo tempo.

Ma mi sembra non dubbio che la soluzione delle questioni di diritto internazionale privato deva generalmente precedere, e non seguire, la soluzione delle questioni di diritto transitorio. Di quest'opinione è anche il Niedner; e il Gabba, pur affatto incidentalmente, afferma che la teoria dell'irretroattività delle leggi, piuttostochè essere parallela a quella della collisione delle leggi nello spazio, è in certo modo posteriore a questa, poichè l'irretroattività non può essere discussa se non di fronte a casi avvenuti in un luogo determinato.

È infatti logico che il giudice, il quale è chiamato a decidere su d'un determinato caso giuridico, esamini anzitutto se il rapporto in questione rientri o meno nell'ambito di competenza legislativa dello Stato, a cui egli appartiene. Alla domanda se agli elementi di quel rapporto si deva applicare diritto interno o diritto straniero, si deve rispondere, senza curarsi se, in seguito ad un mutamento avvenuto nella legislazione interna o in quelle d'altri Stati, che siano eventualmente competenti, sia da applicarsi il diritto anteriormente, o quello attualmente in vigore (¹).

Il mutamento di legislazione è questione d'ordine puramente interno, di cui poco interessa alle altre sovranità; ma molto importa ad esse che i diritti dei loro sudditi trovino dovunque tutela, e che la competenza delle varie legislazioni nel campo internazionale sia nettamente determinata. Il voler risolvere la questione di tempo prima che quella di spazio sarebbe un assurdo, anche senza considerare che le norme che il legislatore dà in materia di diritto transitorio, (e un rapido sguardo alle Übergangsvorschriften dell'Enführungsgesetz tedesco, od anche alle disposizioni transitorie del codice civile italiano basterebbe a convincercene) si riferiscono soltanto alla nostra legislazione, cioè a quei rapporti giuridici, che rientrano nella sfera della nostra competenza legislativa (²).

(¹) ZITELMANN: Verhältniss der örtlichen und zeitlichen Anwendungsnormen zu einander. (Ihering's Jahrb. B. 42).

(²) KAHN: Das zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen Kollisionsnormen (Iherings Jahrb. B. 43).

Una volta che la questione di spazio sia risolta, allora, ove sia stabilito che il rapporto giuridico rientra nei confini dell'ordine giuridico interno, il giudice passerà a studiare la questione di tempo, esaminando se il rapporto si sia formato sotto l'antica o sotto la nuova legislazione. Che se invece esso sfugga alla nostra competenza legislativa, il giudice gli applicherà quella legge straniera, che le norme di diritto internazionale privato, vigenti nel nostro paese, gli indicano; salvo poi a studiare la questione di diritto transitorio, quando nella legislazione straniera competente, anziché nella nostra, o, caso più raro, contemporaneamente che nella nostra, sieno avvenuti dei cambiamenti. In questo senso l'affermazione di Windscheid: « *Innerhalb der Zeit, für welche die Rechtsätze gelten, gelten sie für einen gewissen Raum* » andrebbe piuttosto mutata nell'altra: « *Innerhalb des Raums, für welchen die Rechtssätze gelten, gelten sie für eine gewisse Zeit* ».

Se si limitasse a questo, la risoluzione del problema non presenterebbe grandi difficoltà. Ma se consideriamo le regole di diritto internazionale privato vigenti in questo o in quel paese, vediamo come, risolta affermativamente la questione della precedenza delle leggi in ordine di spazio su quella delle leggi in ordine di tempo, il problema di diritto internazionale privato, che chiude, come in un cerchio, il problema di diritto transitorio, si vada a sua volta complicando con una nuova questione di diritto transitorio.

È vero infatti che il giudice deve anzitutto decidere se il rapporto in questione rientri o meno nell'ambito dell'ordine giuridico interno. Risposto negativamente alla domanda, egli deve applicare quel diritto straniero, che gli è indicato dalle norme di diritto internazionale privato. Ma col mutarsi della legislazione di un paese, muta generalmente anche quella parte di essa, che è costituita dalle norme di diritto internazionale privato.

Ciò è avvenuto specialmente nelle legislazioni più moderne, poiché soltanto nell'epoca nostra si è affacciato veramente ai vari legislatori il problema del diritto internazionale privato; mentre nelle legislazioni precedenti o mancavano del tutto regole sulla materia, o ve n'erano ma-

scarse ed antiquate. Basta confrontare il più recente tentativo di codificazione del diritto internazionale privato, cioè i primi 24 art. dell'Einführungsgesetz germanico, colle norme vigenti prima dell'unificazione legislativa in alcuni Stati tedeschi, per accorgersi della differenza.

Ora che farà il giudice trovandosi contemporaneamente di fronte alle regole di diritto internazionale privato della vecchia e a quelle della nuova legislazione? Quando p. e. l'antica norma faceva dipendere lo statuto personale dello straniero dalla legge del suo domicilio, e la nuova invece dia la preferenza alla sua legge nazionale? Quando in materia di contratti decideva in passato la legge dell'esecuzione o quella del domicilio del debitore, ed ora decide la legge sotto cui l'obbligazione è sorta? Quando, in materia di beni mobili, la vecchia legislazione seguiva la massima: « *mobilia personam sequuntur* » mentre la nuova, pareggiandoli agli immobili, dà esclusiva competenza alla *lex rei sitae*? ecc.

Dovrà il giudice applicare le nuove regole di diritto internazionale privato a tutti i casi, che si presentano al suo giudizio, dopo l'andata in vigore della legislazione attuale, anche se si tratta di relazioni giuridiche sorte, mentre vivevano le vecchie norme di diritto internazionale privato? O dovrà separare senz'altro dai rapporti giuridici nuovi i rapporti anteriori al nuovo ordine legislativo, abbandonandoli alle antiche leggi? O piuttosto distinguere vari casi, seguendo in questa materia speciali criteri di diritto transitorio?

Ecco il problema. Il criterio decisivo deve naturalmente ricercarsi nella lettera e nello spirito della legislazione nuova; e se questa dia esplicite norme transitorie anche pel diritto internazionale privato, la questione è risolta nel modo che piace al legislatore. In tal caso nessuna incertezza ha ragione di sorgere, come avviene in diritto comune, quando il legislatore risolva col peso della sua autorità questa o quella questione di diritto transitorio. Ma se in diritto interno l'intervento del legislatore è abbastanza frequente, in diritto internazionale privato generalmente esso manca del tutto. Onde il decidere è abbandonato al giudice, che ricorre ai soliti

mezzi: all'interpretazione, all'analogia, e, quando quelle non bastino, ai principi generali del diritto.

Varie sono le soluzioni, che dell'arduo e intricato problema ci offrono gli autori.

Caratteristica è l'opinione del Niedner, la quale, se fosse accettabile, risolverebbe la questione nella maniera più semplice. Dice Niedner: Le disposizioni di diritto internazionale privato appartengono al diritto pubblico; infatti si tratta di sovranità, che delimitano la sfera delle rispettive competenze in materia legislativa. Ma, soggiunge Niedner, ove non vi sia espressa disposizione in contrario, è canone di diritto transitorio che le leggi di diritto pubblico sono retroattive. Le norme di diritto internazionale privato appartengono al diritto pubblico; quindi le regole attualmente in vigore sulla materia avranno effetto retroattivo, e si applicheranno a tutti i conflitti legislativi che, dopo l'andata in vigore della nuova legislazione, si presentino all'esame del magistrato.

Il sillogismo è impeccabile, ma le premesse sono errate.

Osserva giustamente Zitelmann come, ammesso pure che le norme di diritto internazionale privato appartengano sotto un certo aspetto al diritto pubblico, non ne derivano quelle conseguenze, in cui il Niedner confida.

E vero che in diritto pubblico la retroattività delle leggi è assai più frequente che in diritto privato, dove ha carattere affatto eccezionale; il che si comprende perfettamente quando si consideri che il diritto pubblico si svolge in gran parte su considerazioni di bene sociale e di interesse politico. Ma anche in esso si può dire che la retroattività sia così assoluta da potersi stabilire come regola generale che ogni nuova norma di diritto pubblico ha effetto immediato, appena entrata in vigore?

Non lo credo. Tutte le leggi hanno per iscopo e per effetto di conferire diritti ai cittadini; tutte adunque devono rispettare certi confini nell'influire sulle conseguenze di fatti e rapporti giuridici, posti in essere anteriormente alla loro attuazione. Ciò non soltanto in diritto civile, ma

anche in diritto pubblico, in diritto penale, in diritto processuale (¹).

Il principio del rispetto ai diritti quesiti domina tutta la giurisprudenza. Chi pensi alle qualità giuridiche conferite dalle leggi politiche a persone o a classi di persone, e ai rapporti giuridici patrimoniali, che possono intercedere tra i cittadini e lo Stato, scorge subito la pratica verità del principio, il quale afferma come anche dal diritto pubblico possano nascere diritti acquisiti, che una nuova legge non può violare (²).

Non vi ha dunque una differenza fondamentale fra diritto pubblico e diritto privato. Nell'un caso come nell'altro, quando una nuova legge vuol essere applicata retroattivamente, lo fa per motivi impellenti di interesse pubblico (³). Il fatto è naturalmente assai più frequente in diritto pubblico di quello che in diritto privato, ma non assurge mai a regola generale.

Non resta quindi che ricorrere, per la soluzione delle questioni transitorie di diritto internazionale privato, a quelle massime generali, che la dottrina, la legislazione e la giurisprudenza hanno consacrate in materia transitoria. Ma la cosa è tutt'altro che agevole.

Mi sembra giusto il distinguere anzitutto, come fanno il Kahn ed il Diena, nella legislazione passata quelle norme di diritto internazionale privato, che erano codificate, o che, senza essere scritte, si erano così cristallizzate nella dottrina e nella giurisprudenza da formare un vero e proprio *ius receptum universale*, da quelle che, non sanzionate da alcun testo di legge, erano bensì quasi universalmente seguite, ma non unanimemente accettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Questa seconda categoria di norme va esclusa dalla considerazione nostra, poichè in tal caso non ci troviamo davanti né a leggi scritte, né a consuetudini così unanimi e concordi da valere come quelle. La legge nuova non ha quindi carattere di innovazione; ma semplicemente un carattere dichiarativo,

(¹) v. GABBA, op. cit, I pag. 140.

(²) v. GABBA, op. cit. I 141.

(³) v. HABICHT, op. cit. pag. 559.

www.libtool.com.cn di interpretazione autentica. Le si può applicare in un certo senso il detto di Ulpiano: « *Nihil nunc dat, sed datum significat* »⁽¹⁾. Si ritiene cioè che il legislatore abbia avuta colla nuova legge l'intenzione di sopprimere i dissensi esistenti precedentemente tra i responsi della magistratura o tra le opinioni dei giureconsulti, decidendo, colla forza della sua autorità, quale tra le varie soluzioni della questione deva avere la preferenza.

Non v'ha dubbio che in tali casi sia perfettamente legittima la retroattività data alla legge nuova. Così, in altro campo, si avrebbe torto di tacciare di ingiusta la retroattività data alle collezioni giustinianee; appunto perchè esse nulla pretendevano di innovare, ma soltanto di riordinare e ridurre ad unità l'immenso materiale legislativo accumulato in tanti secoli, risolvendo i conflitti che agitavano la dottrina e la giurisprudenza, coll'adottare l'una o l'altra tra le varie opinioni che tenevano il campo⁽²⁾.

A fortiori, crede il Diena, si dovrebbe dare effetto retroattivo alla nuova norma, quando essa accogliesse un principio di diritto internazionale privato, che già anteriormente era generalmente osservato ed ammesso. Così giustamente la Corte d'Appello di Torino, con sua sentenza 18 maggio 1892, stabiliva che la disposizione dell'art. 9 disp. prel. del codice civile italiano (« Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti ») fosse applicabile anche agli atti compiuti anteriormente all'andata in vigore del codice⁽³⁾, essendo la norma « *locus regit actum* » una di quelle ormai consacrate dalla consuetudine, e delle più comunemente accettate del diritto internazionale privato.

Questi casi restano dunque fuor di questione. Ma quando il giudice, imperante la nuova norma di diritto internazionale privato, si trovi di fronte a relazioni giuridiche, formatesi

⁽¹⁾ 1. 21 par. 1 qui test. fac. possit. XXVIII. 1.

⁽²⁾ LANDUCCI. Storia del diritto romano. I p. 280.

⁽³⁾ « Giurisprudenza torinese » IX p. 492, in Diena: scritto cit.

mentre altri criteri informavano la legislazione o la consuetudine, come dovrà comportarsi?

Resta escluso naturalmente che la nuova legge deva avere sempre effetto retroattivo; ciò sarebbe assurdo, e con-durrebbe spesso a un vero e proprio diniego di giustizia. Come si può infatti supporre che sia nel pensiero del legislatore di far retroagire la nuova norma di diritto internazionale privato fino ad un'epoca, in cui egli stesso s'ispirava a differenti principi, nel regolare l'impero delle leggi nello spazio?

Dovrà dunque la legge nuova rispettare tutti i fatti avvenuti, tutte le relazioni giuridiche formatesi sotto l'antica legislazione, o piuttosto dovrà stabilire delle distinzioni? E in diritto internazionale privato si seguiranno quelli stessi criteri di diritto transitorio che si applicano nel diritto comune?

La maggior parte degli scrittori è di questa opinione. Così Zitelmann, che considera la questione dal punto di vista speciale del codice civile tedesco, pone a conclusione del suo studio il seguente principio: « Devono essere applicate le nuove norme di diritto internazionale privato in tutti quei casi, che, secondo il diritto transitorio comune, sono abbandonati alla nuova legislazione. Devono invece applicarsi le vecchie norme in tutti quei casi, che, secondo il diritto transitorio comune, restano soggetti alle vecchie leggi ».

E spiega: « Devono decidere, se ad un dato caso si deva applicare la vecchia o la nuova norma di diritto internazionale privato quelle medesime circostanze di fatto (dieselben Momenten thatsächlicher Art), le quali decidono, nei casi in cui il giudice deva applicare diritto interno, se deve esser scelto il diritto vecchio o il diritto nuovo. Insomma, secondo Zitelmann, le stesse circostanze, gli stessi criteri, che guidano il giudice nel definire i confini tra antica e nuova legislazione interna, devono dirigerlo anche nel determinare i confini tra vecchie e nuove norme di diritto internazionale privato.

Non molto dissimile dalla soluzione di Zitelmann è quella di Habicht. Questi crede che delle due questioni, che l'applicazione di una data norma di diritto materiale presuppone già decise, la questione di spazio e la questione di tempo, la prima abbia diritto di precedenza. Il giudice germa-

www.libtool.com.cn nico dovrà dunque decidere anzitutto, coll'aiuto delle *Übergangsvorschriften* dell'*Einführungsgesetz*, se il rapporto in questione deva essere soggetto alla vecchia oppure alla nuova legislazione. Una volta deciso questo, « *dann ist erst die örtliche Collision zu lösen* ».

Se la questione di tempo sia decisa a favore della nuova legislazione (cioè del *Bürgerliches Gesetzbuch*), allora al rapporto giuridico, quando sfugga alla competenza delle leggi territoriali, si dovranno applicare le regole di diritto internazionale privato attualmente in vigore. (art. 7-31 Einf. gesetz). Se la questione di tempo invece sia risolta a favore del vecchio diritto, allora si applicheranno le norme di diritto internazionale privato vigenti negli Stati germanici avanti il 1º gennaio 1900. L'Habicht insomma affida il decidere al diritto transitorio comune.

Niemeyer è della stessa opinione. Per i fatti (*Thatbestände*) compiuti (*vollzogene*) prima dell'andata in vigore del nuovo codice, egli dice, restano in vigore le vecchie norme di diritto internazionale privato. La misura della loro durata (*fortwirkung*) si stabilisce col semplicissimo criterio che il diritto internazionale privato anteriore resta in vigore per tutti quei rapporti giuridici, i quali, in forza delle *Übergangsvorschriften*, devono anche nei casi, in cui si deva applicare diritto interno, esser giudicati secondo la vecchia legislazione. Le norme di diritto internazionale privato, dice Niemeyer, sono da considerarsi « *als Ingredienzien der durch sie in ihrer persönlichen und örtlichen Tragweite bestimmten Privatrechtssätze* ».

Nè mi sembra che da questa opinione si discosti gran che il Diena. Ricordata l'osservazione del Gabba, che il principio: « le leggi non sono retroattive » non ha alcun valore scientifico, se non tradotto in quell' altro: « la legge nuova non può disconoscere i diritti precedentemente quesiti » (sicchè tutte le questioni di diritto transitorio si risolvono nell'analisi e nell'applicazione del concetto di diritto quesito), il Diena formula così la regola fondamentale, in materia di questioni transitorie di diritto internazionale privato: « Quando secondo i principi generali o le espresse disposizioni di una legge transitoria, si può affermare che esiste un diritto que-

www.libtool.com.cn
 sito, perchè un rapporto giuridico sia regolato da una legge anteriormente in vigore, questa legge dovrà essere applicata non solo nelle sue disposizioni di diritto interno, ma anche nelle norme di diritto internazionale privato, che essa racchiude ». Inversamente si applicheranno le regole di diritto internazionale privato attualmente vigenti a tutti quei rapporti giuridici, che secondo i principi di diritto transitorio, che il giudice deve applicare, non possono essere retti da una legge anteriore.

«Le regole di diritto internazionale privato » soggiunge Diena « formano infatti parte integrante della legislazione in vigore ad un certo momento su d'un determinato territorio, e ben spesso sarebbe cosa affatto inefficace il riferirsi alla legge anteriore, se questa non potesse esser presa in considerazione anche per stabilire la sfera della sua applicabilità ».

Quando il legislatore tollera che si osservi la legge anteriore, egli implicitamente ammette che essa possa essere applicata nello spazio con quella medesima estensione, con cui la si applicava, quando era la sola in vigore.

Quanto al Meili, (¹) non si può sapere come la pensi precisamente sull'argomento, poichè si accontenta di dire che il problema, di cui ci occupiamo, deve risolversi coi principi generali del diritto transitorio.

La quasi totalità degli scrittori concorda insomma nel ritenere che il criterio di diritto quesito è unico in diritto transitorio, si tratti del succedersi di norme di diritto materiale o del succedersi di norme di diritto internazionale privato. I principi del diritto transitorio, quali il legislatore li stabilisce in apposite disposizioni, o quali, nel silenzio del legislatore, li determinano la dottrina e la giurisprudenza, si possono trasportare per analogia alla soluzione delle questioni transitorie di diritto internazionale privato.

Di contro al concorde pensiero di tutti questi scrittori, il Kahn sostiene una tesi affatto diversa.

L'acuto scrittore tedesco, che, coi suoi profondi studi

(¹) MEILI, Das internat. privatrecht. vol. I.

pubblicati negli Iherings Jahrbücher, ha portato un così efficace contributo allo sviluppo scientifico del diritto internazionale privato, fa all'opinione degli scrittori precedenti obbiezioni e critiche, che mi sembrano di non piccolo rilievo.

Anch'egli, come Zitelmann, Habicht e Niemeyer, studia la questione dal punto di vista speciale del nuovo codice tedesco; ma le sue osservazioni assurgono a carattere generale.

Egli comincia col fare un rapido esame di alcune tra le principali Übergangsvorschriften dell'Einf. gesetz, per concluderne che quelle disposizioni transitorie si riferiscono unicamente al caso, in cui il giudice deva applicare al rapporto giuridico il diritto materiale tedesco. Tutte le questioni di diritto internazionale privato restano all'infuori di esse; e ciò dice il Kahn, per combattere l'opinione di qualche scrittore, che, come il Niemeyer, pretenderebbe di vedere risolta in alcuna delle Übergangsvorschriften⁽¹⁾ anche l'analogia questione di diritto internazionale privato; mentre il legislatore mostra chiaramente di non occuparsi affatto di quei casi, in cui deva applicarsi al rapporto il diritto straniero. L'applicazione delle Übergangsvorschriften presuppone già decisa, a favore del diritto tedesco, la questione di diritto internazionale privato.

D'altra parte l'antitesi tra vecchio e nuovo diritto sussiste ed ha importanza soltanto per la Germania. Soltanto nel diritto tedesco la data del 1º gennaio 1900 segna una netta linea di demarcazione (Scheidewand) tra il vecchio e il nuovo ordine legislativo. Le legislazioni straniere sono rimaste, dopo quella data, le medesime che erano prima; ed ogni rapporto giuridico, che sfugga alla competenza del diritto materiale tedesco, resta indifferente di fronte ad un cambiamento legislativo, che non lo riguarda.

Tale considerazione spinge il Kahn ad affermare che il problema transitorio si presenta in modo affatto speciale nelle questioni di diritto internazionale privato; e che quindi, se è necessario il risolverlo in modo che i diritti quesiti, quando

⁽¹⁾ v. p. e. l'art. 200 Einf. Gesetz. sul regime coniugale dei beni

www.libtool.com.cn

realmente esistano, trovino efficace tutela, tale soluzione deve avvenire in base a criteri affatto speciali.

Alcuni scrittori, come Zitelmann e Niemeyer, vorrebbero ricorrere per analogia alle Übergangsvorschriften dell' Einführungsgesetz. E una tale soluzione è in apparenza plausibile. Ma non lo è in realtà.

L'applicazione delle Übergangsvorschriften presuppone già stabilito che il rapporto in questione dipenda dal diritto materiale tedesco. Un'applicazione analoga di quelle disposizioni alle questioni transitorie di diritto internazionale privato potrebbe avvenire soltanto così: Si dovrebbe cioè eliminare del tutto la questione di diritto internazionale privato, supponendo che il rapporto giuridico appartenga alla competenza del diritto territoriale. Se, ciò presupposto, si deva applicare al rapporto il diritto anteriormente in vigore, allora gli si dovrà applicare anche la vecchia norma di diritto internazionale privato; e viceversa. Questa infatti è la soluzione proposta dall'Habicht; ma il Kahn la trova poco pratica nei singoli casi, e teoricamente insostenibile, artificiosa (gekünstelte).

Sarà p. e. possibile una tale analogia nel caso che il legislatore tedesco stabilisca, nelle disposizioni transitorie, che i cittadini, maggiorenni al momento dell'andata in vigore del nuovo codice, resteranno tali anche dopo, mentre dovrebbero ridiventare minorenni perchè la nuova legge porta la maggiorità ad età più inoltrata? Dovranno per analogia il giudice sassone ed il giudice badese continuare a giudicare anche in avvenire della maggiorità dello straniero secondo la sua legge nazionale, (come stabilivano le vecchie norme sassoni e badesi) e il giudice prussiano continuare a giudicarne secondo la legge del domicilio (come voleva il diritto prussiano), per il fatto che il 1º gennaio 1900 lo straniero era già maggiorenne secondo quella legge, a cui le antiche legislazioni tedesche davano la competenza in materia di statuto personale? E ciò anche quando il domicilio di quello straniero era all'estero, e all'estero, dopo il 1º gennaio 1900, furono compiuti gli atti in questione? Il Kahn risponde negativamente; ed a ragione. Questo solo esempio basta a dimo-

strare quanto sia ingiusto ed erroneo il trasportare nel campo del diritto internazionale privato i criteri di diritto transitorio propri del diritto comune.

Vi è gran differenza, dice il Kahn, tra il carattere delle questioni transitorie in diritto internazionale privato e in diritto materiale. In questo secondo caso viene in discussione solo il tempo, in cui è sorto il rapporto giuridico, in quello, oltre il tempo, anche il luogo. Per un rapporto puramente interno, una volta deciso che esso si è formato sotto la vecchia legislazione e costituisce un diritto quesito, la ricerca è finita; ma per il rapporto internazionale no. Qui infatti si deve anche stabilire che esisteva secondo la vecchia legislazione un contatto di quel rapporto col nostro territorio; e precisamente quel contatto, quella relazione di collegamento che, secondo le antiche norme di diritto internazionale privato, erano necessari per affermare sul rapporto la competenza del nostro diritto interno.

Questo presupposto di luogo (*raümliche Voraussetzung*) manca affatto, quando si tratti di rapporti giuridici, formatisi all'estero e che, fino alla pubblicazione e andata in vigore del nuovo codice, non abbiano avuto colla legislazione nostra alcun contatto decisivo, alcuna «*örtliche Anknüpfung*⁽¹⁾». Per rapporti di questo genere è affatto indifferente che sia avvenuto un cambiamento della nostra legislazione, poichè quei rapporti non ebbero con essa alcuna relazione in passato. Avviene una tale relazione soltanto oggi per la prima volta? Ma in tal caso sarebbe assurdo il pretendere che il nostro giudice dovesse applicare, anzichè le attuali, le vecchie norme di diritto internazionale privato, semplicemente perchè queste erano in vigore nel nostro paese, mentre il rapporto in questione si formava all'estero!

Se il legislatore, nell'emanare leggi nuove, tollera tuttavia che la vecchia legislazione continui a reggere quei rap-

(1) Per *örtliche Anknüpfung* il Kahn intende « diejenige staatliche Beziehung, welcher eine Kollisionsnorm gebrauch macht, um ein bestimmtes Rechtsverhältniss an ein bestimmtes territorialrecht zu knüpfen ». (Ihering's Iahrb. B. 40).

porti, che si siano validamente formati sotto di essa, ciò avviene perchè quel vecchio diritto ha, per così dire afferrati (*ergriffen*) e coniati della sua impronta (*geprägt*) quei rapporti giuridici! Lo Stato è il tutore dell'ordine giuridico; e mancherebbe al suo compito, ove negasse tutela ai diritti quesiti.

Ma nel caso nostro tali considerazioni sono prive di significato. Ciò che si è svolto interamente all'estero, ciò che colle nostre leggi anteriori non ha mai avuto alcun contatto, non può dire di essere stato *geprägt* dal nostro ordine giuridico. Nessuno può pretendere di possedere un diritto quesito sotto la garanzia delle nostre leggi, quando nessun legame vi sia stato mai tra il rapporto, ch'egli ha stretto, e quelle leggi.

Come p. e. parlare di diritti quesiti nei due casi seguenti?

1º. Due francesi si sono sposati nel 1854 in Francia, dove entrambi erano domiciliati, senza contratto matrimoniale. Nel 1863 i due coniugi passarono in Inghilterra, e qui rimasero. Nel 1897 il marito muore. Si tratta di stabilire sotto qual regime di beni si sia svolto il matrimonio, se cioè nel regime coniugale si sia verificato un cambiamento, in seguito all' andata dei coniugi in Inghilterra. E quindi se la vedova abbia diritto alla metà dei beni, acquistati dal marito in Inghilterra, conforme la legge francese (comunione dei beni); o se piuttosto, conforme la legge inglese, tali beni sieno rimasti proprietà del marito e cadano nell'asse ereditario. Tali circostanze sono tutte anteriori all'andata in vigore del nuovo codice germanico. Tuttavia chi potrà credere che, nel caso che la vedova venga a stabilirsi in Germania, i tribunali tedeschi devano risolvere la questione suddetta non secondo le norme di diritto internazionale privato contenute nell'*Einführungsgesetz*, ma secondo quelle delle antiche legislazioni in vigore nei vari Stati tedeschi? E ciò per il fatto che si tratta di avvenimenti anteriori al 1900?

2º. Se un Italiano di 19 anni, domiciliato in Svezia, vi abbia contratto matrimonio nel 1897, forsechè un tal matrimonio sarà oggi riconosciuto soltanto nella Sassonia e nel Baden (dove la vecchia norma di diritto internazionale privato faceva dipendere lo statuto personale dalla legge nazionale dello straniero); e non lo sarà in Prussia, dove si

dava la preferenza alla legge del domicilio? È noto che mentre la legge italiana consente il matrimonio all'uomo, che abbia compiuti 18 anni, la legge svedese ne pretende 21 (¹).

Quindi il Kahn stabilisce il primo canone fondamentale delle questioni transitorie di diritto internazionale privato: « Se un rapporto giuridico non abbia avuta prima dell'andata in vigore della nuova legislazione, nessuna relazione di collegamento col nostro territorio, le antiche norme di collisione non potranno venire in alcun caso applicate, anche se si tratti di un rapporto giuridico formatosi all'estero, mentr' esse erano in vigore nel nostro paese ».

Ma se passiamo invece ad esempi di altro genere, vedremo come la cosa possa presentarsi sotto una luce assai diversa.

Uno studente italiano sia andato a compiere i propri studi all'università di Heidelberg. E qui, prima del 1º gennaio 1900, abbia concluso con persona del luogo un contratto per il suo alloggio e mantenimento durante il semestre universitario. È certo che il giudice bадese dovrà anche oggi giudicare della capacità di quello studente ad obbligarsi, secondo le norme di diritto internazionale privato racchiuse nell'antica legislazione del Baden, poichè in questo caso si può veramente parlare di diritti quesiti.

Oppure: In alcuni Stati della Germania (Lippe, Oldenburg, ecc.) era in vigore avanti il 1900 il principio della mutabilità (*wandelbarkeit*) del regime coniugale quanto ai beni; e quindi, quando gli sposi mutavano, dopo il matrimonio, il proprio statuto personale (per cambiamento di nazionalità o di domicilio), mutava anche nel medesimo senso il regime loro patrimoniale. Forsechè i beni di coniugi stranieri, domiciliatisi in quelli Stati prima del 1900, dovranno considerarsi oggi come immutati (*ungewandelte*), secondo la legge nazionale degli sposi, a sensi e in effetto retroattivo dell'articolo 15 *Einführungsgesetz*? E ciò anche in confronto dei creditori che, fidenti nelle leggi in vigore, hanno prima del 1900 acquistati diritti sull'avvenuto mutamento del regime coniugale?

(¹) CATELLANI, III p. 25.

Si comprende facilmente quanto questi ultimi esempi differiscano dai precedenti. Qui il più elementare senso giuridico vieta il disconoscimento delle antiche norme di diritto internazionale privato. Non si retroagisce ingiustamente applicando le nuove regole di collisione a rapporti giuridici, che mai furono, nel passato, in contatto col nostro territorio; ma sarebbe una violazione di diritti quesiti il non volere tener conto delle vecchie norme, quando, secondo esse, era affermata la competenza del nostro diritto territoriale sul rapporto in questione.

Certo non si può parlare, a rigore di termini, di diritti quesiti in diritto internazionale privato; perché una norma di collisione non ha mai, nè lo potrebbe, « *Thatbeslände ergriffen, Lebensverhältnisse rechtlich geprägt* »; il suo compito si arresta ad una delimitazione di confini. Ma indirettamente la cosa può avvenire; e cioè quando, in base alla vecchia norma di collisione, il diritto materiale nostro era chiamato a reggere il rapporto giuridico.

Quindi il secondo canone fondamentale: « Un rapporto giuridico, sorto prima della nuova legislazione, dev'essere tutelato come diritto quesito, quando, secondo la vecchia norma di collisione, esisteva tra di esso e il nostro territorio una relazione sufficiente a determinare la competenza della nostra legislazione a regolarlo ».

Questi i due poli estremi della teoria di Kahn. Esistono poi dei casi intermedi, quando p. e. sotto il vecchio regime legislativo si sia bensì verificato un contatto del rapporto giuridico col nostro ordine territoriale, ma non il contatto decisivo, non l'*Anknüpfung*, che stabilisce la competenza del diritto materiale nostro.

Così se la vedova del primo caso sia venuta in Germania non dopo, ma prima dell'andata in vigore del nuovo codice. Nessun motivo, malgrado ciò, vi sarebbe perchè, a decidere se il regime coniugale deva essere retto dalla legge francese o dall'inglese, dovessero esser competenti le vecchie norme di collisione. Altrettanto dicasi nel caso dell'Italiano sposato in Svezia; anche qui il diritto tedesco non ha alcuna relazione col rapporto giuridico. Collidono tra loro soltanto

delle leggi straniere, cioè l'italiana, legge nazionale, e la svedese, legge del domicilio.

Quindi, secondo il Kahn, vi ha diritto quesito in diritto internazionale privato soltanto quando, secondo le norme di collisione vigenti ad un dato momento in un determinato paese, sia stabilita la competenza del diritto materiale di quel paese a regolare il rapporto giuridico in questione; quando cioè tra le varie leggi, che si disputano il dominio di un determinato rapporto giuridico, la preferenza spetti alla legge territoriale. Nel caso che una tale relazione tra il rapporto e l'ordine giuridico nostro non esista, le nuove norme di collisione impongono nel modo più assoluto.

Questa assai rapidamente la teoria del Kahn, che la fa poi seguire da un lungo svolgimento, in cui applica i principi posti a varie questioni del genere. Non so, se io sia riuscito a darne un'idea sufficientemente chiara; cosa non facile, e per l'intricata e arida materia, e per la difficoltà di tradurre le concise espressioni tedesche, resa ancor maggiore dal significato affatto tecnico e convenzionale che certi termini rivestono nel linguaggio giuridico del Kahn⁽¹⁾.

Ciò che non mi sembra dubbio si è che la soluzione, che egli dà al difficile problema, soddisfi più che quella un po' semplicista degli scrittori precedenti.

Il pretendere che tutti i rapporti giuridici, in cui entri qualche elemento straniero, e che si sieno formati mentre era in vigore la legislazione precedente, devano essere per questo regolati sempre dalle vecchie norme di diritto internazionale privato, significa dare un'esagerata ed erronea estensione al principio dell'irretroattività delle leggi; come sarebbe assurdo anche nel diritto comune il pretendere di tracciare una netta linea di separazione tra presente e passato, escludendo da quest'ultimo ogni ingerenza della nuova legislazione. D'altra parte sarebbe ingiusto il dare assoluto valore retroattivo alle nuove leggi.

⁽¹⁾ v. nello studio « Neue Principien und Methode des int. privatrechts » (Archiv. f. öff. Recht. B. 15) le critiche di V. Bar al linguaggio tecnico di Kahn e Niemeyer.

www.libtool.com.cn

Anche in questa, come in ogni altra questione del diritto transitorio, si tratta di conciliare l'interesse sociale col' interesse individuale. L'individuo pretende giustamente il rispetto dei suoi diritti ; ma nemmeno deve trascurarsi l'interesse dello Stato, il quale è quello che l'unificazione legislativa avvenga il più presto possibile. Questo interesse, se è grande sempre, lo è tanto più in diritto internazionale privato, perchè il danno e la confusione, che derivano inevitabilmente dall'essere per un certo tempo più legislazioni contemporaneamente in vigore sul medesimo territorio, sono ben maggiori in diritto internazionale privato di quello che in diritto materiale.

La conservazione della vecchia, accanto alla nuova, norma di collisione è assai « *misslicher* » e « *eingreifender* » come dice Kahn, che la conservazione della vecchia accanto alla nuova norma di diritto materiale. Poichè in questo secondo caso si tratta semplicemente di un rapporto giuridico, che continua nei suoi effetti a dipendere dalla legge antica. Ma si pensi, dice il Kahn, al perdurare di quel mosaico di norme di diritto internazionale privato, che erano racchiuse nelle antiche legislazioni germaniche !

Altrettanto possiamo dir noi, ricordando tutte quelle legislazioni diverse, che dividevano l'Italia, prima dell'unificazione politica e legislativa, e ne facevano quel famoso stivale

qua..... turchino,
là rosso e bianco, e quassù giallo e nero;
insomma a toppe come un arlecchino.

Il rapporto giuridico continua a venire regolato in modo diversissimo, a seconda delle norme di diritto internazionale privato in vigore in questo o in quello degli Stati, in cui esso è contestato ; perdura in tutte le sue conseguenze l'antica confusione legislativa.

Per consentire ciò, il legislatore deve avere motivi ben chiari e fondati. L'irretroattività delle nuove regole di diritto internazionale privato dev'essere ristretta ai casi, in cui la retroattività suonerebbe negazione flagrante di diritti quesiti. In tal caso il perdurare dell'antica confusione di leggi è an-

cora male minore che il tradire la fiducia dei cittadini nell'ordine giuridico vigente.

Le nuove norme di collisione devono dunque arrestarsi di fronte ai diritti quesiti, che si siano costituiti, in base alle norme di collisione precedenti. Ma quale sarà il criterio del diritto quesito in questa materia?

Non mi sembra che dalla risoluzione, che delle questioni transitorie la legislazione la dottrina o la giurisprudenza hanno data in diritto materiale, si possa passare senz'altro per analogia alla risoluzione delle questioni analoghe di diritto internazionale privato. I due problemi sono in sostanza troppo differenti, perché si possano applicare i criteri dell'uno alla definizione delle questioni dell'altro.

Dice bene il Niedner che giusta è soltanto quella soluzione «*bei welcher die, vom Standpunkt völkerrechtlicher Gleichberechtigung der Gesetzgebungen aller Kulturstaaten, unter dem Schutze und unter der Garantie dieser Gesetzgebungen wohlerworbene Rechte an sichersten und gleichmässigsten gewahrt werden*»⁽¹⁾. Tali parole, in sè stesse giustissime, non ci fanno fare un passo verso la soluzione, tanto più che il principio del diritto quesito, come criterio fondamentale del diritto internazionale privato, è ormai e meritatamente in discreditò.

Diritto quesito è un diritto divenuto legittimamente e irrevocabilmente nostro, reso attinente alla nostra persona, entrato a far parte del nostro patrimonio. Quando un diritto potrà dirsi tale in diritto internazionale privato?

Anzitutto sono d'accordo col Kahn nel sostenere non esservi alcun motivo di proteggere rapporti giuridici stranieri, che compaiono oggi per la prima volta innanzi ai nostri giuridici, e che mai per il passato diedero occasione, venendo a contatto col nostro ordine territoriale, all'applicazione delle vecchie nostre norme di diritto internazionale privato.

Mi pare perciò ingiusta la soluzione che il Niemeyer dà al caso seguente: Un inglese, domiciliatosi in Italia, vi si

⁽¹⁾ v. NIEDNER «*Kollision der örtlichen und zeitlichen kollisionsnormen*». (Zeitschrift. 1901. B. 11).

è sposato prima del 1900. Niemeyer sostiene che al regime coniugale dei beni i tribunali prussiani, anche dopo il 1900, dovranno applicare la legge italiana (legge del domicilio del marito al momento del matrimonio, competente secondo le antiche norme di collisione prussiane); mentre i tribunali badesi applicheranno la legge inglese, (legge nazionale del marito competente secondo il diritto bادese, e anche secondo l' *Einführungsgesetz*).

In analogia all'articolo 200 dell'*Einf. gesetz* (*übergangs-vorschriften*) che suona: « Für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des B. G. B. bestehenden Ehe, bleiben die bisherigen Gesetze massgebend » vorrebbe Niemeyer applicare al caso concreto le antiche norme di diritto internazionale privato, trattandosi di rapporto giuridico anteriore al 1900.

Ma qual motivo vi è di perpetuare una tale confusione di leggi? Nel caso dell'articolo 200, ci troviamo di fronte a un vero e proprio diritto quesito sotto la precedente legislazione; ma nel caso del regime da applicarsi ad un matrimonio concluso da un Inglese in Italia, prima o dopo il 1900 poco importa, quale materia di diritti quesiti può esservi per i tribunali tedeschi? Mancano gli elementi essenziali del diritto quesito; le parti ignoravano probabilmente anche l'esistenza di quelle antiche norme di diritto internazionale privato, che si vogliono ad ogni costo applicate!

Diversa sarebbe la cosa, se al momento delle nozze l'Inglese fosse stato invece che in Italia, domiciliato in Prussia. Allora ci troveremmo di fronte a un vero diritto quesito, e dovrebbero trovar applicazione le antiche norme di diritto internazionale privato; perchè esisteva prima del 1900 da parte del rapporto giuridico quella relazione di collegamento, quell' *Anknüpfungsmoment* colla legislazione tedesca, su cui si fonda in questa materia il criterio di diritto quesito.

Passando ad un altro caso, forse che il giudice prussiano dovrà, anche dopo l'andata in vigore del nuovo codice tedesco, giudicare maggiorenne un Austriaco di ventidue anni domiciliatosi in Italia prima del 1900, per il fatto che la vecchia norma di collisione prussiana dava, in materia di capacità personale, la preferenza alla legge del domicilio? Ciò sarebbe

esagerato: poichè quel rapporto non ebbe avanti il 1900 nessuna relazione coll'organismo giuridico germanico, il giudice riterrà quello straniero minorenne conforme il par. 21 codice austriaco, legge nazionale, a cui si riferisce la nuova norma di diritto internazionale privato racchiusa nell'Einf. Gesetz.

Supponiamo invece che quell'Austriaco fosse domiciliato in Prussia; in tal caso egli era il 1º Gennaio 1900 già maggiorenne, secondo la vecchia norma di collisione prussiana che dava la prevalenza alla legge del domicilio. Sopravviene il *Bürgerliches Gesetzbuch*, che abbandona la capacità dello straniero alla sua legge nazionale. Dovrà quell'Austriaco tornare minorenne, per il fatto che, secondo la sua legge nazionale, egli sarebbe maggiore solo a 24 anni? No, perchè egli aveva ormai un diritto quesito secondo la legge prussiana.

E ancora: è forse logico che un matrimonio, concluso all'estero prima del 1900, deva, quanto alla capacità delle parti a contrarlo, essere giudicato, anche dopo quella data, dal giudice prussiano secondo le vecchie norme di collisione, anzichè secondo le nuove, e ciò in analogia dell'articolo 189 Einf. gesetz (Uebergangsvorschriften): « Die Giltigkeit einer vor dem Inkrafttreten des B. G. B. geschlossenen Ehe bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen? »

Il criterio del diritto quesito in diritto internazionale privato consiste dunque nella relazione, nel punto di contatto, che, prima dell'andata in vigore del nuovo codice, il rapporto giuridico ha eventualmente avuto colla nostra legislazione. Nei rapporti, che mai finora ebbero alcun elemento comune col nostro territorio, non può esservi materia di diritti quesiti.

In tale convinzione mi conferma anche il seguente esempio citato da Diena. Se, posteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice di commercio italiano, un magistrato del Regno avesse avuta occasione di statuire sulla capacità di contrattanti che, prima di quella data, avessero concluso su d'un qualsiasi territorio un contratto commerciale, egli avrebbe dovuto, dice Diena, richiamarsi alla legge nazionale delle parti (art. 6 disposizioni preliminari cod. civile), e non all'articolo 58 del nuovo codice di commercio, secondo il quale la forma

www.libtool.com.cn

e i requisiti essenziali delle obbligazioni commerciali sono regolati dalla *lex loci contractus*.

Ma avverrà ciò in tutti i casi? Io non comprendo perché, se un giudice italiano abbia, dopo la pubblicazione del nuovo codice di commercio, a giudicare, per un qualunque motivo di competenza, della validità di un'obbligazione commerciale contratta in epoca anteriore da un tedesco e da uno spagnuolo in Francia, deva applicare alla capacità delle parti la disposizione dell'articolo 6 disp. prel., anziché quella dell' articolo 58 cod. di commercio! Come può parlarsi, in questo caso, di diritto quesito di quei due stranieri di fronte alla nostra legislazione? Nel periodo di tempo interposto tra la conclusione del loro contratto ed il giudizio dei nostri magistrati, è avvenuto un mutamento nelle nostre leggi. Ma come può sostenersi che quelli stranieri avessero perciò un diritto, ad essere giudicati secondo la vecchia norma di diritto internazionale privato, tale da costituire un vero e proprio diritto quesito?

Differenti mi parrebbe la cosa, se quei due stranieri avessero contrattato in Italia, oppure se avessero contrattato all'estero, ma uno almeno di loro fosse italiano.

In tal caso si potrebbe certamente sostenere che quei due stranieri, i quali avevano nel nostro paese concluso un contratto valido anche in rapporto alla capacità, secondo le norme di diritto internazionale privato vigenti fra noi in quel momento, possedevano un vero diritto di essere considerati anche in avvenire come capaci dai nostri giudici, e di non divenire incapaci relativamente a quello stesso contratto, in causa di un mutamento avvenuto nelle nostre norme di diritto internazionale privato. Altrettanto si potrebbe dire, quando una almeno delle parti fosse italiana.

Quindi l'affermazione di Diena: « Un contratto, che riunisce tutte le condizioni per essere considerato del tutto valido, non può divenire passibile di annullamento, unicamente perchè posteriormente uno Stato modifica la propria legislazione, in ciò che concerne il diritto internazionale privato » dovrebbe completarsi con questo inciso: « uno Stato, colla cui legislazione il contratto era, con qualche suo elemento, a contatto ».

Il Kahn cade, a mio parere, nell'eccesso opposto, volendo restringere eccessivamente la sfera dei diritti quesiti in diritto internazionale privato. Per lui non vi ha diritto quesito se non quando, secondo la vecchia norma di collisione, si doveva applicare al rapporto diritto interno; mentre non vi ha in nessun caso, quando si doveva applicare al rapporto diritto straniero. Anche quando il rapporto sia, con qualcuno dei suoi elementi, a contatto colla nostra legislazione, ma quell'elemento non sia il decisivo, quello cioè che basta a fissare la competenza della nostra legislazione a regolare quel rapporto, non può parlarsi, secondo il Kahn, di diritti quesiti.

Un prussiano abbia compiuto, prima del 1900, un qualunque atto giuridico all'estero, dove era domiciliato. Si sa che la norma di collisione prussiana faceva dipendere lo statuto personale dalla legge del domicilio.

Orbene, dice il Kahn, dopo la pubblicazione del *Bürgerliches Gesetzbuch* anche il giudice prussiano dovrà decidere sulla capacità di quel cittadino a compiere quell'atto giuridico, in base alla legge nazionale di quest'ultimo (competente secondo l'*Einführungsgesetz*) e non in base a quella del domicilio (conforme la vecchia norma prussiana). E ciò perchè è vero che si tratta di avvenimento anteriore al 1900, ma è vero anche che, se il rapporto in questione fosse stato contestato prima di quella data, il giudice prussiano avrebbe dovuto, secondo le norme allora in vigore, decidere della capacità applicando diritto straniero, anzichè diritto interno.

Non è ciò eccessivo? Può ben darsi che, nel compiere quel determinato atto giuridico, il cittadino prussiano sapesse benissimo che le leggi del suo paese gli davano il diritto di considerarsi capace, quando lo fosse secondo la legge del suo domicilio, e sia vissuto tranquillo in questa fiducia.

Soggiunge il Kahn che il giudice prussiano dovrebbe tanto più applicare la legge nazionale, inquantocchè le leggi di quasi tutti gli Stati fanno ormai dipendere lo statuto personale dalla legge nazionale.

E il continuare quindi da parte di Stati che, come il

www.libtool.com.cn

prussiano, determinavano, prima del nuovo codice, la capacità dalla legge del domicilio, ad applicare le vecchie norme di collisione, non farebbe che ritardare quell'unificazione legislativa che, anche in materia di diritto internazionale privato, il legislatore germanico ha avuta di mira; e sarebbe anche in contrasto coi criteri di competenza prevalenti, ormai in quasi tutte le altre legislazioni d'Europa!

Ma tale argomento ha scarso valore, quando si pensi come la confusione di leggi sia tuttavia male minore che la perduta fiducia dei cittadini nell'ordine giuridico!

Nè d'altra parte è sempre vera l'altra affermazione del Kahn, che cioè ci si trovi di fronte ad un diritto quesito, ogniqualvolta, secondo la vecchia norma di collisione, si doveva applicare al rapporto diritto interno.

Ne è prova il caso seguente ricordato dall'Habicht. Fino alla pubblicazione del B. G. B., era opinione dominante nel diritto prussiano che il giudice, il quale doveva decidere su d'una domanda di divorzio, dovesse seguire esclusivamente la *lex fori*, cioè il diritto in vigore nella sua giurisdizione, nel momento in cui la domanda di divorzio vi venisse inoltrata⁽¹⁾. Perciò quando un Belga od un Lussemburghese, domiciliato a Berlino, aveva quivi, prima del 1900, compiuto un atto, il quale secondo la *lex fori*, era motivo sufficiente di divorzio, la moglie sua poteva senz'altro chiedere ai tribunali prussiani che tale divorzio pronunciassero, anche quando mancassero le condizioni richieste dalla legge nazionale del convenuto (cioè dall'art. 230 cod. Napoleone).

Invece, dal 1º gennaio 1900 in poi, la cosa sarà differente; anche se i fatti, in base a cui si chieda il divorzio, siano anteriori a questa data, avrà applicazione piena ed assoluta l'art. 17 Einf. Gesetz, secondo cui, a decidere su d'una domanda di divorzio, è competente la legge del marito, al momento in cui la domanda sia fatta. Quindi un lussemburghese od un belga otterranno il divorzio, soltanto se il fatto, su cui è fondata la domanda, sia contemplato dall'art. 230 C. N.

(1) SAVIGNY, B. VIII. 337.

Non sono dunque interamente vere né l'opinione di quelli scrittori, i quali pongono a criterio fondamentale di questa materia che si devano per analogia trasportare nel campo del diritto internazionale privato le soluzioni del problema transitorio proprie del diritto comune, né l'opposta opinione di Kahn, la quale vorrebbe limitare eccessivamente il campo riservato in questa materia ai diritti quesiti.

Quando il rapporto giuridico non abbia avuto, prima dell'andata in vigore del nuovo codice, nessun punto di contatto colla nostra legislazione e sia rimasto del tutto estraneo al nostro territorio, non è certo il caso di parlare di diritti quesiti.

Ma quando, per mezzo di qualcuno dei molteplici elementi di cui si compone, il rapporto giuridico sia già venuto a contatto col nostro ordinamento legislativo, allora il problema diventa più grave, e l'indagine deve divenire più profonda.

Dare un criterio assoluto non mi pare possibile, per la complessità dei singoli rapporti giuridici, e per il proteiforme aspetto, sotto di cui possono presentarsi davanti ai nostri giudici.

Lo stesso diritto internazionale privato è scienza fatta assai più di distinzioni e di ricerche analitiche di quello che di generalizzazioni. « Rien de plus périlleux », dice il Laurent « en droit international privé que de généraliser ».

Si aggiunga alla difficoltà propria del diritto internazionale privato quella, non lieve certo, del diritto transitorio. Non a torto Demolombe (¹) asserisce che la teoria dell'irretroattività delle leggi non presenta principii assoluti; data la grande variabilità di circostanze, tra le quali un dato caso può presentarsi, ne consegue che pochi principi comprensivi non possono bastare alla soluzione di tutte le questioni pratiche del diritto transitorio (²).

Tale difficoltà è naturalmente acuita nel diritto internazionale privato; quel concetto del diritto acquisito, che domina tutta la materia del diritto transitorio, se è difficile

(¹) DEMOLOMBE. Cours de code civil. v. 1^o n. 40.

(²) GABBA. op. cit. I - prolegomeni.

www.libtool.com.cn

a determinare in diritto interno, si presenta in diritto internazionale privato come qualchecosa di estremamente vago ed inafferrabile.

Si comprende quindi l'incertezza del giudice, posto tra la paura di violare diritti quesiti, e l'inutilità di accordare tutela a rapporti giuridici, che diritti quesiti non siano.

Gli gioverà, nell'indagine dei singoli casi che si presentano alla sua decisione, quella libertà di apprezzamento e di ragionamento, in cui il Gabba vede la fonte principale di una teoria sulla retroattività delle leggi.

Una volta stabilita l'esistenza di un punto di contatto tra il rapporto giuridico e la nostra legislazione, gli sarà senza dubbio di grande giovamento il ricorrere anche ai principi di diritto transitorio propri del diritto comune; e ciò, non in base ad una norma generale ed assoluta, come certi scrittori vorrebbero, ma per forza naturale d'analogia «cuius haec vis est, ut quod dubium est ad aliquod simile, quod non est dubium, referatur ut incerta certis probet»⁽¹⁾.

Così avverrebbe p. e. nel caso citato da Diena di un testamento redatto, prima del 1900, in Inghilterra da un testatore prussiano. Devano giudici tedeschi dopo il 1900 decidere sulla validità di quel testamento, per quanto concerne la capacità del testatore.

Qual legge applicheranno? Il rapporto giuridico presenta un punto di contatto colla legislazione tedesca, in quanto riguarda la nazionalità del testatore. Sostiene il Diena che la capacità del testatore sarà regolata dalla legge inglese, legge del suo domicilio, a cui spetta la competenza secondo le vecchie norme di collisione prussiane.

Opinione assai discutibile, in quanto il Diena la motiva invocando quel principio di diritto transitorio, secondo cui la capacità di testare è regolata dalla legge in vigore, al momento della confezione del testamento. Principio assai controverso nella dottrina, e che molti scrittori combattono. Ricordo tra questi il Gabba, il quale sostiene⁽²⁾ che, perché un

(1) Isidd. Or. I - 27, in PACIFICI-MAZZONI: I, p. 154.

(2) GABBA, III p. 291.

testamento sia valido, deve il testatore essere capace sia secondo la legge in vigore al momento della confezione del testamento, sia secondo quella vigente al momento dell'apertura della successione.

Nel nostro caso dunque il giudice tedesco, ricorrendo per analogia al diritto transitorio comune, dovrebbe esaminare se quel testatore prussiano era capace e secondo la legge inglese (legge competente al momento della confezione del testamento), e secondo la nuova legge tedesca (l. c. al momento dell'apertura della successione).

Giustamente sostiene poi il Diena, che, se quel prussiano domiciliato in Inghilterra abbia redatto prima del 1900 un testamento, in cui lasci tutto il suo patrimonio esclusivamente mobiliare ad una determinata persona, diseredando i discendenti, e muoia dopo il 1º gennaio 1900, i giudici tedeschi dovranno regolare i diritti dei discendenti, applicando il nuovo codice tedesco (par. 2303) e l'*Einführungsgesetz*. (art. 24).

Poco importa infatti che in Inghilterra viga la maggior libertà testamentaria, e che il testatore fosse colà domiciliato, al momento della confezione del testamento; poichè per un principio generale di diritto transitorio, le questioni concernenti il diritto ad una riserva sono regolate dalla legge vigente al momento, in cui si apre la successione.

Come si comporterà il giudice di fronte a quelle leggi proibitive, che pretendono assoluto ed esclusivo impero sul territorio?

Quando il rapporto giuridico non abbia mai avuta per il passato alcuna relazione colla nostra legislazione, non v'ha ragione di dubbio; come le nuove regole di diritto internazionale privato, così anche il concetto, dominante attualmente in materia di ordine pubblico, sarà competente a decidere di quel rapporto.

Ma quando invece il rapporto costituisca un diritto quesito di fronte alla nostra legislazione, e le vecchie regole di diritto internazionale privato siano competenti a regolarlo, ad esclusione delle nuove, avverrà forse altrettanto anche di quelle leggi che, in norme di un grande interesse pubblico,

hanno valore assolutamente territoriale? Il criterio d'ordine pubblico sarà desunto dalla vecchia o dalla nuova legislazione?

Il Diena crede che, anche quando si tratti di apprezzare se esistano ostacoli di ordine pubblico all'applicazione di una legge straniera, si devano seguire i principi generali; e quindi per i rapporti giuridici, che possono essere retti dalle norme di diritto internazionale privato racchiuse nella legislazione anteriore, sia lecito di apprezzare secondo i principi di quella anche l'elemento dell'ordine pubblico.

Anche il Kahn è della stessa opinione; una volta stabilito l'*Anknüpfungsmoment* del rapporto colla passata legislazione, questo resta interamente, e quindi anche nel concetto d'ordine pubblico, abbandonato ad essa.

Ma il Niemeyer è d'opinione differente, ed io concordo con lui.

Per quanto si sia limitata l'estensione, e per quanto si sia ristretto il concetto delle leggi di ordine pubblico, resta pur sempre intatta la considerazione che il legislatore, nello scriverle, è stato ispirato da elevate considerazioni di ordine politico, morale, economico. Esse sono, per così dire, l'espressione giuridica della convinzione, che, a proposito di certe grandi questioni, il legislatore crede esistere ad un certo momento nella coscienza della nazione. Mi pare quindi che il legislatore, il quale vieta oggi l'ingresso nel territorio alle leggi straniere, che a quei grandi principi contravvengono, si porrebbe in contraddizione con sè medesimo, se tollerasse che quelle leggi entrassero indirettamente nello Stato, per il fatto che la legislazione passata, in cui erano racchiuse le antiche norme di diritto internazionale privato, si ispirava a differenti criteri di ordine pubblico.

Questo sdoppiamento del concetto morale, per cui, davanti ai nostri giudici, un istituto può apparire morale ed immorale nel medesimo tempo, mi sembra intollerabile. Esso deriva da un esagerato ossequio ai diritti quesiti.

Tutti gli scrittori sono d'accordo nel ritenere che quell'articolo del codice civile italiano, il quale vieta la ricerca della paternità, abbia valore assoluto nel territorio; e che

quindi nessun straniero, anche quando la sua legge nazionale lo conceda, possa venire davanti ai nostri tribunali, ad iniziare una tale ricerca, che il nostro legislatore crede immorale.

Si dovrà forse tollerare una tale ricerca da parte di stranieri, a cui la legge loro la consente, semplicemente per il fatto che quelli stranieri sono nati, quando nel nostro territorio la ricerca della paternità era permessa, poichè il codice civile, che la vieta, non era ancora entrato in vigore?

Parrebbe di no, perchè non solo non lo consente il concetto di ordine pubblico, che deve necessariamente essere unico, ma nemmeno lo permette l'argomento tratto per analogia dal diritto transitorio comune. La maggior parte degli scrittori, Gabba, Meyer, Weber, Savigny, Unger ecc. è d'accordo nel sostenere che il divieto della ricerca della paternità è di sua natura retroattivo; e che per conseguenza quest'azione non può essere più proposta, dopo l'attuazione di una legge siffatta, da chi avrebbe potuto proporla, ma non la propose sotto l'impero della legge precedente⁽¹⁾.

In pratica le cose vanno diversamente, perchè il legislatore italiano, coll'art. 7 disposiz. transitorie, ha stabilito che il disposto dell'art. 189 C. C., che vieta la ricerca della paternità, non sia applicabile ai figli nati o concepiti prima della sua attuazione; questi possono quindi iniziare una tale ricerca anche dopo la sua andata in vigore; e il Diena ha ragione di ritenere che i figli stranieri, nati prima dell'andata in vigore del nuovo codice, possono anche più tardi ricercare, innanzi ai tribunali italiani, il padre loro, se la legge personale lo consenta.

Ma ciò non toglie che sia abbastanza strano il fatto che, in un medesimo paese e in un medesimo momento, un istituto così intimamente legato a ragioni di moralità, come quello della ricerca della paternità, sia contemporaneamente accolto e respinto.

Appunto perchè il concetto di ciò che sia e di ciò che non sia morale è così relativo, e così intimamente dipende da svariate circostanze, le quali variano a seconda del luogo e

(1) GABBA. II. p. 245.

del momento storico, credo che il criterio d'ordine pubblico, quale impera attualmente in un determinato territorio, deva avere colà valore assoluto.

A favore dell'opinione di Diena, che trova sostegno nelle disposizioni transitorie del codice civile italiano, vi ha però un'importante sentenza della Cassazione di Firenze del 2 giugno 1887; (¹) la quale risolve un'interessante questione transitoria di diritto internazionale privato.

Nel 1880 moriva intestato a Firenze un certo Maderni, nato nel Canton Ticino. Egli aveva sempre conservata la nazionalità svizzera; ma prima del 1854 aveva ottenuto in Toscana l'*incolato*, cioè il domicilio coll'autorizzazione del governo. Il che, secondo quelle leggi, sottoponeva il suo stato personale e tutti i suoi rapporti di famiglia alla legge del paese, in cui aveva il domicilio, senza perdere perciò la nazionalità d'origine.

Un certo Vittorelli, nato a Firenze nel 1854, accampò diritti alla successione del Maderni, affermando di essere figlio naturale di lui, e chiese di essere ammesso a provarlo giudizialmente. Si opposero gli eredi legittimi, eccependo che il Maderni era sempre stato fino alla morte cittadino svizzero, e che quindi bisognava applicare alla sua successione la legge svizzera; cioè il codice del Canton Ticino, che all'art. 87 proibisce la ricerca della paternità.

Ma la Corte di Cassazione sentenziava che, per risolvere la questione, si doveva consultare la legge toscana; perchè, come conseguenza dell'incolato ottenuto dal Maderni avanti il 1854, egli si era assoggettato, per quanto riguarda lo statuto personale, alle leggi toscane. Ora queste ammettevano la ricerca della paternità. D'altro lato affermò la Corte non potersi ricorrere all'art. 6 disp. preliminari del codice civile italiano, senza violare l'art. 2 dello stesso codice: « La legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo ».

Un'altra sentenza delle Corti italiane su questa intricata materia merita di essere ricordata; è della Cassazione di Roma del 9 giugno 1896 (²).

(¹) Annali della giurisprudenza italiana. Anno 1884 - p. 288.

(²) La Legge. 1896.

Trattavasi di persona morta nel 1862, la quale era stata suddita degli stati del Papa, e tra i beni aveva lasciati degli immobili situati nelle vicinanze di Ancona, città che nel 1862 faceva già parte del Regno d'Italia.

Premesso che, avanti l'entrata in vigore del codice civile italiano, era un *ius receptum universale* che la successione mobiliare fosse retta dalla legge del domicilio del proprietario e l'immobiliare della *lex rei sitae*, la Corte decideva che gli immobili di Ancona dovevano esser divisi secondo le norme sancite dal codice Albertino, già esteso nel 1862 dal Piemonte alle altre provincie italiane, e non secondo il Regolamento Gregoriano del 1838, legge nazionale del defunto.

Con ciò, nota il Diena, si riconosceva dalla Corte che la successione, essendosi aperta prima del 1866, doveva esser retta dalla legislazione anteriore al codice civile, non solo nelle disposizioni di diritto interno, ma anche in quelle di diritto internazionale privato. E poichè nel 1862 il codice Albertino adottava implicitamente il principio che la legge della situazione dovesse reggere la successione immobiliare, era a questa che si doveva ricorrere.

Non è certo prossimo il momento, in cui sia tolta o quasi ogni occasione al presentarsi di questioni transitorie di diritto internazionale privato.

Mentre molte delle legislazioni contengono ancora sulla materia norme assai antiquate, le nuove e poderose correnti del commercio fra popoli agiscono sugli organismi giuridici degli Stati, chiedendo al diritto forme più consone alle nuove manifestazioni della vita internazionale.

Questo grande movimento legislativo, che mira ad un ideale unico, deve pur condurre le norme di diritto internazionale privato dei vari paesi su d'una base comune!

In questo continuo ritirarsi delle leggi territoriali di fronte alle leggi personali, in questo coincidere delle varie legislazioni in parecchi degli stessi criteri di competenza legislativa, si riflette l'unanime coscienza della necessità di regole positive, le quali risolvano in maniera uniforme i conflitti legislativi.

Se l'unificazione universale del diritto è utopia non

www.libtool.com.cn
realizzabile, l'aspirare a regole uniformi di diritto internazionale privato è ben altro che sogno d'idealisti!

Spariranno allora le spinose questioni transitorie di diritto internazionale privato, e i conflitti tra legislazioni saranno ridotti a quel minimo, oltre il quale non si può andare, senza sacrificare insieme l'individualità e l'autonomia delle singole sovranità.

Il secolo XIX, dando nuove basi al diritto pubblico, sviluppando il concetto di una comunità giuridica tra gli Stati, ha fatti compiere non pochi progressi alla scienza ed alla pratica del diritto internazionale privato.

Auguriamoci che il secolo che è sorto compia degna-mente l'opera.

E che da tutto questo fermento di idee e di cose, che sembra schiudere all'avvenire dell'umanità il sorriso di nuovi orizzonti, anche il diritto internazionale privato, consacrato nelle legislazioni, esca rinnovato e ringagliardito, più sicuro di sé stesso, più conforme alle necessità della vita ed alle idea-lità della scienza.

www.libtool.com.cn

INDICE

I. Diritto internazionale privato.	pag. 5
II. Diritto transitorio	" 19
III. Somiglianze e differenze esteriori tra le due scienze.	" 32
IV. Vi ha vera analogia tra diritto internazionale privato e diritto transitorio?	" 53
V. Il diritto internazionale privato nel tempo.	" 91

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn

www.libtool.com.cn



HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY
OF
RAMON DE DALMAU Y DE OLIVART
MARQUÉS DE OLIVART

RECEIVED DECEMBER 31, 1911

www.libtool.com.cn