

ALBERTO DONATI

La fondazione giusnaturalistica del diritto sulle opere dell'ingegno (*)

(da AIDA 1997, I, 405ss.)

(*) Quantunque più esteso, questo scritto riproduce la relazione svolta in occasione del convegno tenutosi a Villa Vigoni il 10-11 settembre 1997 su *Geschichte des Urheberrechts*.

SOMMARIO: Introduzione. – *Parte I. Il giusnaturalismo di Ugo Grozio*: 1. La definizione del diritto naturale. – 2. La dimostrazione dell'esistenza del diritto naturale: *principia enim eius iuris per se patent*. – 3. La coerenza del diritto naturale: *letiamsi daremus Deum non esse*. – 4. Segue: *ne a Deo quidem mutari queat*. – 5. Segue: *ac consequenter ab auctore Deo talem actum aut vetari, aut praecipere*. – 6. Il primo precetto di diritto naturale: *l'alieni abstinentia*. – 7. Le implicazioni dell'*alieni abstinentia*: il metodo sistematico. – 8. Segue: il principio di completezza del sistema. – 9. Segue: la certezza del diritto ed il principio della soggezione del giudice al diritto. – *Parte II. Il giusnaturalismo di John Locke*: 10. Il “diritto di proprietà sulla propria persona”. – 11. I suoi attributi. – 12. Quadro dei diritti naturali. – 13. Lo Stato garante dei diritti naturali. – 14. Il diritto di proprietà. – 15. La sacralità della proprietà. – 16. Il diritto sulle opere dell'ingegno come diritto naturale.

Compito dell'indagine che si viene svolgendo non è quello di rinvenire, nella storia pregressa, gli antecedenti della moderna disciplina del diritto sulle opere dell'ingegno⁽¹⁾, bensì, quello di descrivere il contesto culturale che ne ha reso possibile l'affermazione, il contesto capace di indicarne la natura giuridica, di renderne, così, possibile l'inquadramento sistematico.

Il diritto sulle opere dell'ingegno trova la propria collocazione nella teorica del diritto soggettivo di cui costituisce, infatti, una mera inferenza.

La costruzione moderna del diritto soggettivo è il portato specifico dell'illuminismo giuridico che, a sua volta, non può essere compiutamente inteso ove si prescinda dall'esperienza del Protestantesimo⁽²⁾.

L'illuminismo giuridico muove dall'istanza di dar luogo ad una costruzione della giustizia emancipata dalla metodica topica, dalla molteplicità delle fonti giuridiche, dalla corrispondente incertezza e, quindi, arbitrarietà del diritto⁽³⁾. (pag. 405*)

Questa istanza si traduce nel compito di dar luogo ad una visione scientifica del fenomeno giuridico, basata sulla individuazione di verità evidenti per se stesse, di verità, dunque, che non necessitano di dimostrazione e di cui, altresì, non sia possibile la dimostrazione contraria⁽⁴⁾.

E, questo, il metodo introdotto da Ugo Grozio e, poi, proseguito da John Locke, nel cui svolgimento trova compiuta sistemazione il diritto sulle opere dell'ingegno.

1. Il moderno concetto di diritto soggettivo è derivato da una visione del diritto naturale volta ad intendere quest'ultimo come il complesso dei precetti etici che sono immanenti alle azioni umane⁽⁵⁾. Tali precetti hanno, pertanto, realtà ontologica, non sono il prodotto della ragione o della volontà umana. Il diritto naturale è, infatti, definito da Grozio come “imperativo della retta ragione, volto a mostrare in ciascun atto - a seconda della sua concordanza o discordanza con la natura razionale e sociale dell'uomo -, l'immanenza di una turpitudine morale ovvero di una necessità morale, e conseguentemente tale atto è da Dio vietato o prescritto”⁽⁶⁾.

2. Esistono due modi di provare il diritto naturale, il primo, *a priori* (*tum ab eo quod prius est*), il secondo, *a posteriori* (*tum ab eo quod posterius*)⁽⁷⁾.

Di queste due vie, la prima è più probante (*subtilior est*), la seconda lo è meno (*popularior*). Il metodo *a priori* ha luogo quando il precetto ha un fondamento necessario nella natura razionale e sociale dell'uomo. Il metodo *a posteriori*, invece, fonda l'appartenenza di un precetto al diritto naturale sul fatto che esso è ritenuto tale da tutti i popoli o da quelli maggiormente evoluti dal punto di vista etico (*juris naturalis*

¹ Sul punto, vd. le approfondite ricerche svolte da UBERTAZZI L.C., *La territorialità dei diritti del produttore fonografico, dell'artista e dell'IMAIE*, in AIDA, 1992: Introduzione; ID., v. *Diritto d'autore: Introduzione*, in *Digesto, Discipline privat., Sez. commerc.*, IV, p. 366 sqq.; FINKELSTEIN T., *Six cents ans sur le métier: La loi américaine de 1790 sur le droit d'auteur*, in *Rev. int. du droit d'aut.*, 1963, XXXVIII, p. 35 sqq.; GRECO P. – VERCELLONE P., *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Torino, Utet, 1974, p. 1 sqq..

² In senso conforme, vd. DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 201 sq.. Vd., altresì, DONATI A., *La concezione della giustizia nella vigente Costituzione. Diritto soggettivo e solidarietà*, ESI, 1997, Cap. IV, §§. 50 sqq..

³ Vd. GROTIUS H., *De jure belli ac pacis libri tres*, Amstelaedami, 1720, Prol. 42-55. Come descrizione dell'*esprit juridique d'Ancien Régime*, vd. MURATORI L.A., *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1742, *passim*. Per la riproposizione, in chiave moderna, della metodica topica, vd., per tutti, VIEHWEG T., *Topik und Jurisprudenz*, Trad. it. Crifò G., Giuffrè, Milano, 1962, sul quale vd. anche, *infra*, nota 30.

⁴ GROTIUS, *op. ult. cit.*, Prol. 39: *Primum mihi cura haec fuit, ut eorum, quae ad jus naturale pertinent, probationes referrem ad notiones quasdam tam certas, ut eas nemo negare possit, nisi sibi vim inferat.*

⁵ L'economia del presente lavoro non consente di svolgere il problema dei precedenti di questa teorica, in particolare, del rapporto in cui essa si pone con la sintesi disegnata in D. 1, 1. Vd., tuttavia, AIUSTOTELE, loG. cito *infra*, testo e nota 17.

⁶ GROTIUS, *ubi supra*, Lib. I, Cap. I, §. XI: *Jus naturale est dictatum rectae rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut discovenientia cum ipsa natura rationali ac sociali [vd. Prol. 6 ed 8], inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore Deo talem actum aut vetari, aut praecipere.*

⁷ GROTIUS, *ubi supra*, Lib. I, Cap. I, §. XII. 1.

esse colligitur id, quod apud omnes gentes, aut morantibus omnes tale esse creditur). Ed infatti un effetto universale richiede una causa universale e il fondamento (**pag. 406***) di questo convincimento comune (*universalis effectus*) altro non può essere se non il diritto naturale (*universalis causa*).

Al tempo stesso, la certezza così conseguita, proprio perché fondata sull'esperienza umana, non è assoluta e, tuttavia, è tale da concorrere significativamente alla dimostrazione dell'esistenza del diritto naturale (si non certissima fide, certe probabiliter admodum) ⁽⁸⁾.

Il metodo a priori prescinde dall'esperienza esteriore ed è basato su quella interiore, su ciò che l'uomo rinviene nella propria coscienza.

Grozio segue entrambi i metodi, ma quello che assume la preminenza è il primo.

La sua adozione lo conduce a rinvenire verità evidenti per se stesse: *Principia enim ejus juris ... per se patent, atque evidentia sunt* ⁽⁹⁾.

La verità evidente per se stessa costituisce il fondamento di qualsiasi dimostrazione, di qualsiasi costruzione scientifica. Vale al riguardo, mutatis mutandis, quanto affermato da Aristotele: la conoscenza ha inizio a partire da verità che sono evidenti per se stesse, che non necessitano, quindi, di dimostrazioni ⁽¹⁰⁾, poiché, ove così non fosse, si avrebbe il regressus in infinitum ⁽¹¹⁾, l'impossibilità della conoscenza razionale (infinita non est pertransire) ⁽¹²⁾.

3. Il fatto che l'uomo trovi in se stesso precetti di giustizia universali e cogenti si risolve in una verità che rimane tale anche ritenuta l'inesistenza di Dio, dunque, «etiamsi daremus non esse Deum» ⁽¹³⁾. (**pag. 407***)

Letiamsi daremus vuol significare che il diritto naturale è vero e, dunque, cogente, semplicemente perché esiste nella coscienza umana ⁽¹⁴⁾, non diversamente da quanto affermato dalla scienza moderna, secondo cui una legge fisica è vera in quanto sia dedotta dalla natura, del tutto a prescindere dall'esistenza di Dio.

Letiamsi daremus ha il compito di suffragare, come forse più non si potrebbe, la vincolatività del diritto naturale.

Questa argomentazione è, al tempo stesso, ipotetica in quanto, prosegue Grozio, non si può dubitare dell'esistenza di Dio. Quest'ultima, infatti, è asseverata, da un lato, dalla ragione umana, dall'altro, dalla tradizione ⁽¹⁵⁾.

Per questa via, Grozio fonda una teologia naturale (*theologia naturalis*) basata sulle seguenti proposizioni: esiste un solo Dio (*Deum esse, et esse unum*); Dio non è nulla di ciò che si vede, ma qualche cosa di più elevato (*Deum nihil esse eorum quae videntur, sed his aliquid sublimius*); Dio prende cura delle cose umane e ne giudica molto giustamente (*a Deo curari res humanas, et aequissimis arbitriis dijudicari*); questo stesso Dio è il creatore di tutto ciò che è fuori di lui (*eundem Deum opificem esse rerum omnium extra se*) ⁽¹⁶⁾.

4. L'atto morale ha natura ontologica, talché esso non può essere diversamente da quello che è. In

⁸ Su quanto esposto, vd., ubi supra, Lib. I, Cap. I, §. XII. I. Vd., altresì, Prol. 40: ubi multi diversis temporibus, ac locis idem pro certo affirmant, id ad causam universalem referri debeat; quae in nostris quaestionibus alia esse non potest, quam aut recta illatio ex naturae principiis procedens, aut communis aliquis consensus. ma jus naturae indicat, mc jus gentium.

⁹ ubi supra, Prol. 39.

¹⁰ Arist., in *Ethic.*, Ed. Marietti, 1949, Thomae Aquinatis expositio, §. 1145: omne scibile est ex necessitate; §. 1149; §. 1176: scientia est cum ratione demonstrativa procedente ex principiis in conclusiones; ID., in *Posto analyt.*, Ed. Marietti, 1964, I, Thomae Aquinatis expositio §. 36; §. 37: si scire hoc significat, quod diximus, causam rei cognoscere et c., necesse est quod demonstrativa scientia, id est quae per demonstrationem acquiritur, procedat ex propositionibus veris, primis, et immediatis, id est quae non per aliquid medium demonstrantur, sed per se ipsas sunt manifestae; §. 43 bis; §. 45; §. 65; §. 89; §. 318: scientia est per decursum a principiis ad conclusiones; §. 397; II, §. 583: non contingit aliquid scire per demonstrationem, nisi praecognoscantur prima principia immediata; §. 596: universale ... [est] principium scientiae.

¹¹ Sulla cui impossibilità vd. Arist., in *Ethic.*, cit., Thomae Aquinatis expositio, §. 1148; vd. anche §. 1177.

¹² in *Metaph.*, Marietti, 1950, Thom. Aq. expositio, §. 330: Tunc putamus nos scire unumquodque quando cognoscimus omnes causas eius: sed, si sunt infinitae causae secundum adiunctionem unius speciei ad aliam, non erit pertransire istam infinitatem, ita quod possint omnes causae cognosci: ergo etiam per istum modum excludetur cognitio rerum; ID., in *Posto analyt.*, I, Marietti, 1964, Thom. Aq. expositio, §§. 62, 279, 291, 297, 307; §. 279. La dimostrazione dell'impossibilità del *processus in infinitum* svolto *vel ascendendo vel descendendo* (in *Posto analyt.*, I, §§. 265 e 269), è condotta sia *logice* che *analytice*. Per la prima, vd. §§. 278-297; per la seconda, §§. 298-305.

¹³ GROTIUS, *op. ult. cit.*, Prol. 11: Et haec quidem, quae jam diximus, locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana.

¹⁴ *Letiamsi daremus* groziano ha un significato profondamente diverso da quello che esso assume nel quadro dell'intellettualismo teologico. Sul punto, vd. DONATI, *Elementa juris naturalis*, ESI, 1990, §§. 36 sqq..

¹⁵ GROTIUS, ubi supra, Prol. 11: cujus contrarium cum nobis, partim ratio, partim ratio perpetua inseverint.

¹⁶ GROTIUS, ubi supra, Lib. II, Cap. XX, §. XLV. I.

questo senso, Aristotele poteva affermare che « Quaedam statim nominantur conjuncta cum vitio (malitia) vel, quaedam statim ut nominata sunt, junctam pravitatem praeferunt»⁽¹⁷⁾.

Tale coerenza intrinseca fa sì che i precetti del diritto naturale non possono essere mutati neppure da Dio: «Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat»⁽¹⁸⁾.

E, questa, una formula propria dell'intellettualismo filosofico ed essa vuol significare che i precetti morali esprimono la giustizia stessa divina, afferiscono ontologicamente ad essa. Da questa coincidenza, discende che Dio non può modificarli, derogarli o, comunque, privarli di efficacia, in quanto, così facendo, contraddirebbe se stesso⁽¹⁹⁾.

(pag. 408*) 5. Dall'essere il diritto naturale ontologicamente vero, discende che esso è anche prescritto da Dio: «ac consequenter ab auctore Deo talem actum aut vetari, aut praecipere»⁽²⁰⁾.

Ciò non significa che l'atto morale sia un *prius* e il precetto divino un *posterius*. Anche quest'affermazione è una formula propria dell'intellettualismo filosofico il cui senso è che ciò che è ontologicamente giusto, corrisponde alla natura stessa di Dio che, pertanto, non può non prescrivere e, inversamente, non può non vietare ciò che ad esso contrasta⁽²¹⁾.

6. Grozio individua cinque *praecepta generalia* capaci di delineare l'architettura della totalità delle relazioni umane⁽²²⁾.

Questi precetti si risolvono nel primo di essi, nell'affermazione della *alieni abstinentia*, che diviene, così, il *primum verum* capace di dare ragione di ogni successivo precetto, fondandone sia la veridicità, che la coerenza.

Che trattasi di verità è, infatti, dimostrato dal fatto che la sua confutazione comporterebbe la negazione dell'uomo (*nisi sibi vim inferat*)⁽²³⁾ o, ciò che non cambia, la negazione dell'uomo in quanto essere ragionevole.

L'uomo che negasse il valore dell'*alieni abstinentia* affermerebbe il proprio diritto sull'altrui sfera soggettiva, ma riconoscerebbe anche il pari diritto degli altri sulla propria, negando, così, se stesso.

A ciò si deve aggiungere che il rifiuto di quel valore contrasta con la natura sociale e razionale dell'uomo. In altri termini, i *praecepta generalia* devono soddisfare l'esigenza di dar luogo ad una società non *qualiscunque*, *sed tranquilla, et pro sui intellectus modo ordinata*⁽²⁴⁾.

L'*alieni abstinentia* significa riconoscimento dell'altrui sfera di autonomia e di tutto ciò che a quest'ultima afferisce: la libertà di coscienza, di parola, di iniziativa economica e, quindi, di proprietà sul prodotto del proprio lavoro; l'affermazione della libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali, la delegittimazione dei monopoli⁽²⁵⁾.

(pag. 409*) 7. Dalla individuazione del *primum verum* costituito dall'*alieni abstinentia*, conseguono, secondo un nesso inferenziale: la visione sistematica del diritto, il principio della completezza del sistema, la certezza del diritto, il principio della soggezione del giudice al diritto.

Il profilo sistematico è reso evidente da ciò, che dall'*alieni abstinentia*, in quanto *primum verum*, si dipartono, per deduzioni successive, alla stregua del sillogismo apodittico, gli ulteriori precetti giuridici che sono necessari a regolare la molteplicità delle relazioni intersoggettive⁽²⁶⁾.

Così, e.g., il lemma *pacta sunt servanda* (*promissorum implendorum obligatio*), in sé e per sé

¹⁷ Cit. da GROTIUS, *op. ult. cit.*, Lib. I, Cap. I, §. X.5. Il passo è ripreso dalla nota 98 di Gronovius e corrisponde a 1107a.

¹⁸ *Ibidem*. Così il testo prosegue: *Quamquam enim immensa est Dei potentia, dici tamen quaedam possunt, ad quae se illa non extendit ... ut quod intrinseca ratione malum est, malum non sit.*

¹⁹ *Ibidem*: *Nam ut esse rerum postquam sunt e qua sunt aliunde non pendet, ita et proprietates, quae esse illud necessario consequuntur; talis autem est malitia quorundam ac tuum, comparatorum ad naturam sana ratione utentem. Itaque et Deus ipse secundum hanc normam de se judicari patitur.*

²⁰ *ubi supra*, Lib. 1, Cap. 1, §. X.1.

²¹ Sulle analoghe formule impiegate dall'intellettualismo teologico, vd. i luoghi cit. in DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., §§. 36-38, 48.

²² GROTIUS, *ubi supra*, Prol. 8: *Haec vero ... societatis custodia, humano intellectui conveniens, fons est ejus juris, quod proprie tali nomine appellatur: qua pertinent [1] alieni abstinentia, et [2] si quid alieni habeamus, aut lucri inde fecerimus, restitutio, [3] promissorum implendorum obligatio, [4] danmi culpa dati reparatio, et [5] poenae inter homines meritum. Sull'*alieni abstinentia*, vd. anche Prol. 10, in fine.*

²³ Vd. il luogo cit., retro, nella nota 4.

²⁴ *ubi supra*, Prol. 6. Vd. anche Prol. 8: *Haec vero ... societatis custodia, humano intellectui conveniens, fons est ejus juris [naturalis], quod proprie tali nomine appellatur.*

²⁵ Su quest'ultimo punto, vd., infra, §. 16.

²⁶ la metodica topica così come essa storicamente si è manifestata, della metodica sistematica delinea soltanto un modello astratto e formalistico, obliterando del tutto i modelli storici (quello groziano, quello lockiano). Di tale modello svolge, poi, una analisi critica basata sulla logica formale, sottacendo, così, il conflitto di valori che, al contrario, i due modelli, storicamente considerati, esprimono (vd., anche, DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., §. 75).

considerato, non è senz'altro cogente, come è attestato dalla tradizione di pensiero che non gli riconosce una valenza normativa⁽²⁷⁾. Ma, posta l'*alieni abstinentia*, esso ne costituisce una inferenza necessaria, venendo, così, partecipato della relativa veridicità e cogenza. Ed infatti, il recesso unilaterale pregiudica le aspettative della controparte, viola, per ciò stesso, il precetto dell'*alieni abstinentia*.

Il complesso dei precetti deducibili sono, pertanto, veri e cogenti in quanto derivano da quella verità prima, in quanto sono *veritates participatae* a principio⁽²⁸⁾.

La costruzione sistematica del diritto segna il passaggio dal diritto come *ars topica* al diritto come *scientia*.

8. La valenza estensiva del sistema è tale da consentire la soluzione di tutte le possibili controversie soggettive: «Noi ... abbiamo indicato anche le fonti dei nostri giudizi [i. e., i *praecepta generalia*], in modo che ricorrendo a queste si possa facilmente decidere anche in merito alle questioni che io avessi omesse»⁽²⁹⁾. Ove, infatti, residuasse anche una sola lacuna, il sistema cesserebbe di essere tale e si risolverebbe in un *topos* dell'argomentazione giuridica, in un momento del *jus* inteso come *ars* (30³⁰).

(pag. 411*) 9. L'affermazione dell'*alieni abstinentia* induce il valore culturale della certezza del diritto.

Questo concetto ha due significati, uno formale, l'altro sostanziale ed entrambi delineano il rapporto tra il cittadino e la legge, quindi, tra il cittadino e lo Stato.

Dal punto di vista formale, la certezza del diritto esprime la necessità della preesistenza della nonna perché un rapporto umano possa essere qualificato giuridicamente, perché possa essere, quindi, giudicato come lecito o illecito⁽³¹⁾.

Ma, le leggi possono mancare sia perché il legislatore non ha provveduto, sia perché la realizzazione della giustizia può essere demandata alla giurisprudenza⁽³²⁾. D'altro canto, la certezza fondata sulla legge, nulla dice in ordine ai contenuti di quest'ultima. Talché, anche il diritto ingiusto può essere certo.

Dal punto di vista sostanziale, la certezza del diritto indica, non più il rapporto tra il cittadino e la legge positiva, ma la relazione tra il cittadino e il criterio di giustizia applicabile in qualsiasi controversia giudiziaria. In questo senso, la certezza del diritto sta a significare che tutte le possibili controversie si devono chiudere nel rispetto e nella realizzazione del valore di giustizia che sta alla base dell'ordinamento sociale, vale a dire, del valore dell'*alieni abstinentia*⁽³³⁾. Il diritto, allora, è certo perché il cittadino conosce il principio di giustizia al quale deve informare i suoi comportamenti socialmente rilevanti, principio che fungerà da criterio di decisione per il giudice chiamato a dirimere una controversia che lo riguardi. Da questo punto di vista, non interessa più che il diritto sia positivizzato⁽³⁴⁾; il diritto non è certo perché è

²⁷ Vd. SPINOZA, *Tractatus politicus*, Lipsiae, 1843, Art. XII: Fides alicui data, qua aliquis solis verbis pollicitus est, se hoc aut illud facturum, quod pro suo jure omittere poterat, vel contra, tamdiu rata manet, quamdiu ejus, qui fidem dedit, non mutatur voluntas. Analogamente, HOBBS, *Leviathan, sive De materia, forma, et palesiate civitatis ecclesiasticae et civilis*, in *Opera omnia*, Vol. III, Londini, 1841, Second Reprint, 1966, Scientia Verlag Aalen, II, Cap. XIV., cpv. «Verum, si», p. 107; ID., *De cive*, ubi supra, Vol. II, Londini, 1839, Cap. II., §. 11., p. 174.

²⁸ Sulla descrizione di questo procedimento logico, vd. Arist., in *Posi. analyt.*, I, cit., *Thomae Aquinatis expositio*, §. 118: Ex veris semper concluditur verum; vd., altresì, §. 373; WOLFIUS C., *Cosmologia generalis*, Ed. et cura Joannes Ecole, Georg Olms Verlagsbuchhandlung Hildesheim, 1964, §. 10: Ea inter se connecti dicuntur, quorum unum continet rationem sufficientem coexistentia, vel successionis alterius.

²⁹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, cit., ProL. 39.: Nos ne quid tale indictum abiret, operam dedimus, indicatis etiam adjudicationum fontibus, unde facile esset etiam si quid omissum a nobis esset definire.

³⁰ Il VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, cit., mentre traccia una brillante sintesi della metodica topica così come essa storicamente si è manifestata, della metodica sistematica delinea soltanto un modello astratto e formalistico, obliterando del tutto i modelli storici (quello groziano, quello lockiano). Di tale modello svolge, poi, una analisi critica basata sulla logica formale, sottacendo, così, il conflitto di valori che, al contrario, i due modelli, storicamente considerati, esprimono (vd., anche, DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., §. 75).

³¹ Vd., tra gli altri, LOPEZ DE ONATE F., *La certezza del diritto*, Trad. it. a cura di G. ASTUTI, Giuffrè, 1968, p. 47, secondo cui la certezza del diritto è «certezza della norma, cioè della legge»; p. 141: «certezza per il tramite della legalità»; ORESTANO R., *Filosofia del diritto*, Milano, 1941, p. 62, p. 51; KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Trad. G. Losano, Einaudi, 1975, p. 283: «Il principio in base al quale si ricollega la risoluzione di certi casi concreti a norme generali precedentemente prodotte da un organo legislativo centrale ... rappresenta il principio dello Stato di diritto, che è essenzialmente il principio della certezza del diritto». La certezza del diritto, come certezza della legge, costituisce «l'ideologia fondamentale» del positivismo giuridico. Vd. BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1979, p.244.

³² Vd. DWORKING R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, 1982, p. 123 sq..

³³ Questa è la motivazione giusnaturalistica che è alla base della teorica del giudice «bocca della legge» propria dell'illuminismo giuridico. Vd. DONATI, op. cit., §§. 1,2, 19.

³⁴ In senso contrario, KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., in particolare, p. 284, muovendo, tuttavia, dal presupposto che la certezza del diritto sia la conseguenza della certezza della legge.

positivizzato, bensì perché è individuato il principio di giustizia applicabile.

(pag. 412*) In questo modo, la certezza del diritto è vigente non solo in quei contesti in cui il diritto è stato ridotto a legge, ma altresì in quegli altri in cui tale riduzione è mancata e si è conservata la tradizione giurisprudenziale.

Alla certezza del diritto si correla, come conseguenza necessaria, la soggezione del giudice al diritto³⁵. Se il diritto è dato, il giudice non deve più elaborare la regola compositrice del conflitto intersoggettivo sottoposto alla sua cognizione, ma limitarsi a correlare il fatto al diritto, sussumere il fatto nel diritto, e trame, quindi, le conclusioni. Il diritto diviene, così, la premessa maggiore di un sillogismo apodittico, il fatto la premessa minore, la sentenza la conclusione indotta da queste due premesse³⁶.

L'*alieni abstinentia*, a differenza dell'*unicuique suum*, è di tale natura che il giudice deve, non più, alla stregua della metodica topica, elaborare la regola di diritto applicabile, ma solo limitarsi a verificare se si sia verificata o meno una *alieni adprehensio*. Il suo non è più un giudizio di fatto ed un giudizio di diritto, ma solo un giudizio di fatto, essendo il diritto già dato.

Questa visione consente di prescindere dall'apporto personale del giudicante e di evitare le possibili implicazioni in termini di incertezza del diritto.

Alla certezza del diritto necessita anche l'esiguità del numero delle leggi. È, questo, un lemma appartenente alla cultura giuridica classica³⁷ che trapassa nell'illuminismo giuridico³⁸, come attestato anche dal *Code civil* che, infatti, in appena 2281 articoli disegna l'architettura dei rapporti sociali di diritto privato.

II

10. Locke muove da un *primum verum* differente da quello rinvenuto da Grozio, giungendo, tuttavia, a conclusioni sostanzialmente analoghe.

(pag. 413*) Si può dire che quello di Locke è uno scorcio diverso di una medesima visione culturale.

La verità prima che si impone alla sua attenzione è costituita da ciò, che, nello stato di natura, tutti gli uomini nascono liberi³⁹. Nello stato di natura, vale a dire, indipendentemente dalla costituzione dello Stato, quando, dunque, i loro rapporti sono disciplinati soltanto dalla legge naturale impressa da Dio nella loro coscienza⁴⁰.

Essi sono liberi in quanto possono «order their Actions, and dispose of their Possessions as they think fit, within the bounds of the Law of Nature, without asking leave, or depending upon the Will of any other Man»⁴¹.

La libertà, dunque, non è come sostenuto dai fautori dell'assolutismo di origine religiosa, il potere «for every one to do what he lists, to live as he pleases, and not to be tyed by any Laws»⁴², poiché, se così fosse, si dovrebbe, attraverso il ricorso alla *potestas* del *princeps*, limitarla onde consentire la formazione di una società politica pacifica⁴³.

³⁵ Vd., retro, nota 33.

³⁶ L'applicazione del sillogismo dimostrativo, o apodittico, al ragionamento giuridico si trova in BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino, 1978, §. IV., p. 15 s.: «In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza».

³⁷ Arist., in *Polit.*, Marietti, 1966, *Thomae Aquinatis expositio*, §. 295: qui facile mutat legem ... debilitat legis virtutem; Tacitus, *Annales*, 3, 27, 3: corruptissima republica plurimae leges.

³⁸ CARTESIO, *Discorso sul metodo*, Trad. it., Laterza, 1978, Parte II, p. 14: da moltitudine delle leggi fornisce spesso una scusa all'ignoranza e al vizio, per cui uno Stato è tanto meglio regolato quanto meno ne ha, ma rigorosamente osservate.

³⁹ LOCKE J., *Two Treatises of Government*, Cambridge University Press, 1988, II, Cap. II, §.4. Il concetto è antico (argomentando *a contrario*, vd. D. 1, 5, 4, 1), ma solo in Locke assurge al rango di *primum verum*.

⁴⁰ Il problema della effettiva esistenza storica di una società anteriore allo Stato, vale a dire, di una società non regolata da nessuna forma di autorità, è, da questo punto di vista, irrilevante. Il riferimento allo «stato di natura» vuol porre il problema se esista un diritto naturale impresso nella coscienza umana, un diritto, dunque, ontologico. Posta la presenza di tale diritto, ne segue la sua anteriorità logica allo Stato. Dall'esistenza del diritto naturale ontologico, consegue che lo Stato può solo svolgere una funzione meramente dichiarativa di quest'ultimo, mentre la legislazione costitutiva rimane relegata alle sole materie che siano indifferenti dal punto di vista di questo stesso diritto.

⁴¹ LOCKE, *loc. cit.*: «regolare le proprie azioni e disporre dei propri possessi e delle proprie persone come si crede meglio, entro i limiti della legge di natura (c.n.), senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di nessun altro».

⁴² Sir Robert FILMER, cito da LOCKE in *op. cit.*, Cap. IV, §. 22: «per ciascuno di fare ciò che gli pare, di vivere come gli piace, senza essere vincolato da alcuna legge». Per riferimenti al pensiero di Spinoza e di Hobbes, vd. DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., §.50.

⁴³ Vd. D. 1, 4, 1, pro (lex regia de imperio); SPINOSA B., *Tractatus theologico-politicus*, Lipsiae, 1843, Cap. XVI., §. 38; HOBBS, *Leviathan sive De materia, forma, et potestate civitatis ecclesiasticae et civilis*, in *Opera*

Dall'affermazione della libertà discende, come inferenza, che tutti gli uomini sono uguali. Ed infatti, alla libertà intesa come indipendenza dall'altro, è immanente il concetto della uguaglianza, vale a dire, la situazione «wherein all Power and Jurisdiction is reciproca I, no one having more than another: there being nothing more evident, than that Creatures of the same species and rank promiscuously born to all the same advantages of Nature, and the use of the same faculties, should all so be equal one amongst another without Subordination or Subjection»⁽⁴⁴⁾.

(pag. 414*) Questo concetto, nell'evoluzione successiva, si traduce nella formula secondo cui tutti gli uomini hanno gli stessi diritti: «all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights»⁽⁴⁵⁾.

Il fondamento ultimo della libertà e dell'uguaglianza è la legge naturale impressa nell'animo umano da Dio⁽⁴⁶⁾.

Questa costruzione è sintetizzata tramite il concetto del diritto di proprietà sulla *propria persona* «Property in his own Person»⁽⁴⁷⁾.

Alieni abstinentia e «diritto di proprietà sulla propria persona» sono espressioni, dal punto di vista dei contenuti, coincidenti. Il dovere di astenersi da ciò che è altrui è, infatti, un modo diverso per esprimere la sovranità di ciascun uomo su se medesimo e, quindi, l'indipendenza dall'altro.

Il «diritto di proprietà sulla propria persona» è il diritto soggettivo moderno, di cui tutti gli altri sono specificazioni ed esistono in quanto esso esista.

All'affermazione di tale diritto, si correla l'insorgenza della tematica dei diritti c.d. della personalità, tutti tendenti a realizzare una più puntuale affermazione della sovranità individuale.

11. Il «diritto di proprietà sulla propria persona» è connotato da una serie di attributi ontologici. Essi sono, in virtù di questa immanenza, necessari, talché non può darsi quello senza questi.

Il «diritto di proprietà sulla propria persona» è universale poiché afferisce all'uomo in quanto tale, non potendo si giustificare una proposizione che lo riservasse ad una parte soltanto dell'umanità⁽⁴⁸⁾.

(pag. 415*) È, in tal modo, fissato il primo degli attributi, quello, appunto, della universalità.

Se la libertà è la conseguenza del «diritto di proprietà sulla propria persona», è, per ciò stesso, escluso che essa possa svolgersi sulle altre persone (*alieni abstinentia*). D'altro canto, se il «diritto di proprietà sulla propria persona» è universale, è patrimonio di ciascun uomo, esso non può pregiudicare l'altrui sfera soggettiva, diversamente, l'universalità verrebbe meno.

Il rispetto dell'altrui sovranità-libertà diviene, pertanto, il valore ordinante le relazioni intersoggettive: «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces memes droits» (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 4)⁽⁴⁹⁾.

È, così, fondato il secondo dei caratteri del «diritto di proprietà sulla propria persona», vale a dire, l'assolutezza.

Tale diritto è, poi, anche imprescrittibile. Ed infatti, se fosse prescrivibile, la proprietà-libertà verrebbe meno e con essa i caratteri della universalità e della assolutezza.

L'universalità, assolutezza e la imprescrittibilità se assicurano il soggetto nei confronti delle altrui

omnia, Vol. III, Londini, 1841, Second Reprint, 1966, Scientia Veriag Aalen, II, Cap. XVII, cpv. «Commune autem», p. 130 sq.; ID., *Elementorum Philosophiae, Sectio Tertia, De cive*, in *Opera omnia*, Vol. II, Londini, 1839, Second Reprint, 1966, Scientia Veriag Aalen, Cap. V., §§. 8 e 9, p.214.

⁴⁴ LOCKE, *op. ult. cit.*, §. 4: «in cui ogni potere e ogni giurisdizione è reciproca, nessuno avendone più di un altro, poiché non vi è nulla di più evidente di questo, che creature della stessa specie e dello stesso grado, nate, senza distinzione, agli stessi vantaggi della natura, e all'uso delle stesse facoltà, debbano essere eguali fra di loro, senza subordinazione o soggezione»; vd. anche Cap. VI, §. 54.

⁴⁵ *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sect. 1; vd., altresì, *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. I: «That all men are born equally free and independent, and have certain natural, inherent and unalienable rights»; *Constitution of Vermont*, 1777, art. I; *Constitution of Massachusetts*, 1780, art. I; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. I e II; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 1: «Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits».

⁴⁶ LOCKE, *op. ult. cit.*, Cap. II, §. 6.

⁴⁷ LOCKE, *op. cit.*, Cap. IX, §. 123: in the State of Nature [the Man is] absolute Lord of his own Person and Possessions; Cap. V, §. 27. Come momenti di riscontro, vd., da un lato, GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. I, Cap. I, §. V: potestas in se [ipsum]; dall'altro, CAMBACERES, *Rapport sur le deuxième projet de Code civil*, in Fenet, I, p. 107: «L'homme ... propriétaire de sa personne».

⁴⁸ Vd., altresì, i luoghi cit., retro, nella nota 45. E sul valore della proprietà-libertà che si costruisce la liberazione dell'uomo dal rapporto servile, la liberazione del figlio dalla *potestas* del *paterfamilias* (per brevi riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., note 173 e 174), la liberazione della donna dalla *potestas* paterna, prima, e maritale, poi (per brevi riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *op. cit.*, note 102 e 175).

⁴⁹ Vd., altresì, *Déclaration des droits de l'homme adoptée par la Convention nationale le 29 mai 1793*, art. 5; *Acte constitutionnel du 24 juin*, 1793, art. 6; *Constitution de la République française du 5 fructidor an III (22 août 1795)*, *Droits*, art. 2.

iniziative, non garantiscono ancora la permanenza della proprietà-libertà che, infatti, potrebbe essere alienata dal soggetto stesso ad altri, ricostituendo, così, il dominio dell'uomo sull'uomo⁽⁵⁰⁾. La proprietà-libertà, allora, si configura anche come diritto indisponibile: «Tout homme peut engager ses services, son temps, mais il ne peut se vendre lui-même: sa personne n'est pas une propriété aliénable» (*Déclaration du 29 mai 1793*, art. 19)⁽⁵¹⁾.

L'uomo può disporre della propria sovranità anche dando luogo ad un regime di scambi disuguali, rinunciando, quindi, a percepire l'equivalente del prodotto del proprio lavoro. Il «diritto di proprietà sulla propria persona», per potersi conservare come tale, si traduce anche nel principio della equivalenza materiale delle prestazioni [*ne plus exigatur quam (pag. 416*) par est*⁽⁵²⁾], principio che è, dunque, anche sinonimo del carattere della indisponibilità.

Sono, così, determinati gli attributi fondamentali del «diritto di proprietà sulla propria persona»: l'universalità, l'assolutezza, la imprescrittibilità, l'inalienabilità.

12. Il «diritto di proprietà sulla propria persona» si specifica, secondo un nesso inferenziale, in una serie di diritti, i diritti fondamentali della persona umana (*human rights*), altrimenti detti diritti della personalità; si specifica nell'affermazione dell'esistenza dei diritti innati [*inherent rights*⁽⁵³⁾], diritti che, in virtù di quello stesso nesso inferenziale, vengono partecipati degli attributi che gli sono propri.

Il primo di tali diritti è costituito dalla libertà di coscienza⁽⁵⁴⁾ e di opinione⁽⁵⁵⁾, in particolare dalla libertà religiosa: «That religion, or the duty which we owe to our Creator, and the manner of discharging it, can be directed only by reason and conviction, not by force or violence; and therefore all men are equally entitled to the free exercise of religion, according to the dictates of conscience; and that it is the mutual duty of all to practise Christian forbearance, and charity towards each other»⁽⁵⁶⁾.

I diritti fondamentali dell'uomo sono sintetizzati nel primo articolo della *Déclaration* del 29 maggio del 1793: «Les droits de l'homme en société sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété, la garantie sociale et la résistance à l'oppression»⁽⁵⁷⁾.

13. L'affermazione del «diritto di proprietà sulla propria persona» capovolge la tradizionale concezione giuspubblicistica, basata: sull'origine divina del potere politico [non est potestas nisi a Deo (Rm 13, 1; Gv 19, 11; D., Consto Deo auctore, pr.)]⁽⁵⁸⁾; sull'assolutismo del potere del (**pag.417***) *princeps spiritualis e/o temporalis* [*Quod principi placuit, legis habet vigorem* (D. 1, 4, 1, pr.)]; sulla conseguente insoggettabilità del princeps alla legge (*Princeps legibus solutus est* (D. 1, 3, 31)⁽⁵⁹⁾; sulla doverosità dell'obbedienza da parte dei sudditi [*omnis anima potestatibus sublimioribus subdita sit* (Rm 13, 1)]⁽⁶⁰⁾.

⁵⁰ Per il diritto romano, vd. l'*adrogatio*: *Gaio Instit.*, 1, 99; *Iustiniani Instit.*, II, 1; D. 1, 7, 2, pr.; D. 1, 7, 40, pr.. Per il diritto canonico, vd. il combinato disposto dai can. 331 e 654, 662, 665, 667, 668, 672. Vd., altresì, SUAREZ, *Tractatus de legibus...*, cit., Lib. II., Cap. XIV., §. 18., p. 141: eo pso quod homo est dominus suae libertatis, potest eam vendere seu alienare.

⁵¹ Vd., altresì, *Acte constitutionnel du 24 juin 1793*, art. 18; *Constitution du 1795, Droits*, art. 15; *Code civil*, art. 1780: «On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée»; art. 1628 c.c. del 1865 (traduzione letterale dell'art. 1780 del *Code civil*); art. 2107 c.c., richiamato dall'art. 2239 c.c., e art. 1373, II, c.c..

⁵² GROTIUS, *op. cit.*, Lib. II, Cap. XII, §. XLI.

⁵³ *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sect. I Vd. anche i luoghi cit., retro, nella nota 45.

⁵⁴ Vd. *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. IV: «Among the natural rights, some are in their very nature unalienable, because no equivalent can be given or received for them. Of this kind are the Rights of Conscience».

⁵⁵ Vd. *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sez. 12, relativa alla libertà di stampa. Analogamente, *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. XII; *Constitution of Maryland*, 1776, art. XXXVIII; *Constitution of North Carolina*, 1776, art. XV; *Constitution of Vermont*, 1777, art. XIV; *Constitution of Massachusetts*, 1780, art. XVI; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. XXII; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 10, art. 11.

⁵⁶ *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sect. 16. Conformi: *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. II: «That all men have a natural and unalienable right to worship Almighty God according to the dictates of their own conscience and understanding»; *Constitution of Maryland*, 1776, art. XXXIII, per altro, con specifico riferimento alla religione cristiana; *Constitution of North Carolina*, 1776, art. XIX; *Constitution of Vermont*, 1777, art. III; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. V; *Constitution of the United States*, 17 September 1787, art. I; *I primi dieci emendamenti alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, art. I.

⁵⁷ Vd. anche *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, a. 2.

⁵⁸ Vd. *Thom. Aq., De regimine principum*, Ed. Marietti, 1948, Lib. III, in particolare, Cap. I-III, p. 38 sqq.; Ioannes XXIII, *Litt. enc. «Pacem in terris»*, in EV, II, 20. Per ulteriori riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *Elementa juris naturalis*, cit., §§. 21 e 35; note 84, 320, 321.

⁵⁹ Per riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *op. ult. cit.*, nota 86 e §. 21, testo e note 319 sqq.. Per la formulazione moderna, vd. il concetto riferito da KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 337: «Lo Stato non può commettere illeciti».

⁶⁰ GRATIANUS, *Concordantia discordantium canonum, Venetiis*, 1605, I, Dist. XCIII, C. V: *Minores maioribus oboedientiam exhibeant*; *Thom. Aq., Summa th., I, q. 22, a. 3; q. 65, a. 2: creaturae ignobiliores sunt*

La sovranità dello Stato illuministico, invece, non è che la promanazione della sovranità afferente a ciascun uomo⁽⁶¹⁾. Il «diritto di proprietà sulla propria persona» è la categoria culturale ordinante, non solo le relazioni intersoggettive, ma, altresì, il rapporto con lo Stato, talché la relativa strutturazione ne viene profondamente influenzata.

Gli uomini, costituendo lo Stato, delegano a quest'ultimo la funzione di tutela della proprietà-libertà, ugualmente esercitabile, nello stato di natura, da ciascuno di essi⁽⁶²⁾. Dal fatto che allo Stato è trasferita questa sola funzione, consegue che i consociati rimangono titolari della sovranità politica⁽⁶³⁾, conservando, così, il diritto di mutare il governo quando quest'ultimo sia inadeguato alla tutela dei diritti naturali⁽⁶⁴⁾, nonché la giurisdizione sull'operato, sia dei rappresentanti politici⁽⁶⁵⁾, sia dei pubblici funzionari⁽⁶⁶⁾.

(pag. 418*) 14. Dal binomio proprietà-libertà, dal «diritto di proprietà sulla propria persona», deriva, altresì, la giustificazione e la formulazione del moderno diritto di proprietà. Questo nesso di derivazione rende intelligibile perché tale diritto possa venire considerato come «l'espressione della personalità e della libertà umana»⁽⁶⁷⁾; questo stesso nesso spiega «le passage du *jus dominii*, objet de l'activité juridique, au *jus dominii*, attribut de la personne»⁽⁶⁸⁾. Se l'uomo è sovrano di se medesimo, questa sovranità si estende necessariamente al prodotto del proprio lavoro, al prodotto della propria capacità di iniziativa. Il lavoro correlato alla sovranità su se medesimi, è la fonte del diritto di proprietà: «Sebbene la terra e tutte le creature inferiori siano comuni a tutti gli uomini, pure ognuno ha la proprietà della propria persona, alla quale ha diritto nessun altro che lui. Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose dunque che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro, e cioè unito qualcosa che gli è proprio, e con ciò le rende proprietà sua. Poiché sono rimosse da lui dallo stato comune in cui la natura le ha poste, esse, mediante il suo lavoro, hanno, connesso con sé, qualcosa che esclude il diritto comune di altri. Infatti, poiché questo lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro che lui può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso, almeno quando siano lasciate in comune per gli altri cose sufficienti e altrettanto buone»⁽⁶⁹⁾.

L'atto con il quale l'uomo si appropria di un bene naturale, necessario per il suo sostentamento, non è che esplicazione di lavoro che determina, in tal modo, l'acquisizione di questo stesso bene a titolo di proprietà esclusiva: «È il lavoro ch'è stato mio, cioè a dire il rimuovere quelle cose dallo stato comune, in cui si trovano, quello che ha determinato la mia proprietà su di esse»⁽⁷⁰⁾.

propter nobiliores, sicut creaturae quae sunt infra hominem, sunt propter hominem; II-II, q. 104, aa. 1,5,6; ID., *Summa contra gentiles*, Marietti, 1961, Lib. III, Cap. LXXVII - LXXIX, Cap. LXXXI.

⁶¹ LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, cit., §. 87; §. 149: the Community may be said ... to be always the Supreme Power; *Virginia «Bill of Rights»*, 1776, Sez. 1; *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. V; *Constitution of Maryland*, 1776, art. I; *Constitution of Connecticut*, 1776, Preamble; *Constitution of North Carolina*, 1776, art. I; *Constitution of Vermont*, 1777, art. V; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. I; Art. VIII; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 3; *Déclaration des droits de l'homme adoptée par la convention nationale le 29 mai 1793*, art. 26; *Constitution de la République française du 4 novembre 1848*, Chap. I, art. 1.

⁶² Su quest'ultimo aspetto, che costituisce l'antecedente logico del trasferimento del relativo potere allo Stato, vd. LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, cit., §. 7.

⁶³ LOCKE, *op. ult. cit.*, II, cit., §§. 90-94; Cap. VIII, §. 95 sqq., p. 297 sqq.; *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sez. 5; *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. VI; *Constitution of Maryland*, 1776, art. V; *Constitution of North Carolina*, 1776, art. II; *Constitution of Vermont*, 1777, art. VI; *Constitution of Massachusetts*, 1780, art. IV; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. VII; BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, 1978, §. II.

⁶⁴ *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sez. 3: «Quando un governo appaia inadeguato o contrario a questi scopi [alla tutela dei diritti naturali], la maggioranza della comunità ha un sicuro, inalienabile e indefettibile diritto a riformarlo, mutarlo o abolirlo, in quella maniera che sarà giudicata meglio diretta al bene pubblico». Conforme, *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. V. Vd., altresì, nota precedente.

⁶⁵ Costituzione degli Stati Uniti, art. II, Sez. 4, in *La formazione degli Stati Uniti d'America*, cit., II, p. 490: «Il Presidente, il Vice-Presidente e tutti i funzionari civili degli Stati Uniti potranno essere destituiti dalle loro funzioni in seguito a messa in stato d'accusa e conseguente condanna per tradimento, corruzione o altri gravi reati». Vd. anche nota successiva.

⁶⁶ Vd. *Virginia Bill of Rights*, 1776, Sect. 2; *Constitution of Pennsylvania*, 1776, art. IV: «That all power being originally inherent in, and consequently derived from, the people; therefore all officers of government, whether legislative or executive, are their trustees and servants, and at all times accountable to them»; *Constitution of Maryland*, 1776, art. IV; *Constitution of Vermont*, 1777, art. V; *Constitution of Massachusetts*, 1780, art. V; *Constitution of New Hampshire*, 1784, art. VIII; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, art. 15.

⁶⁷ Così, VASSALLI F., *Motivi e caratteri della codificazione civile*, (1942), in *Studi giuridici*, Milano, 1960, p.624.

⁶⁸ Vd. ARNAUD A.-J., *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 180.

⁶⁹ LOCKE, *Two Treatises of Government*, II, cit., §. 27.

⁷⁰ *ubi supra*, §. 28; §. 40: Nor is it so strange ... that the *Property of labour* should be able to overballance

(pag. 419*) L'uomo ha, così, in se stesso «il primo fondamento della proprietà» (71).

Il lavoro è la fonte del diritto di proprietà e, al tempo stesso, la fonte del valore dei beni prodotti; il lavoro è ciò « che pone in ogni cosa la differenza di valore» (72).

Con ciò è anche delegittimata la concezione tradizionale che, invece, si basava sulla proprietà feudale e/o latifondista, sulla rendita, sull'appropriazione, senza corrispettivo, del prodotto del lavoro sociale (73).

Quella medesima affermazione è alla base della critica marxiana al sistema capitalistico della produzione (74).

Dal «diritto di proprietà sulla propria persona» discende, dunque, la «proprietà del lavoro» (*Property of labour*) (75) che, a sua volta, si estende al risultato dell'attività così svolta: «Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie» (76).

La teoria della originaria proprietà comune dei beni naturali, poneva il problema di come giustificare la proprietà privata ed il ricorso, da un lato, alla *naturalis ratio* (77) e, dall'altro, al consenso, espresso o tacito, della collettività (78), in realtà, finivano per risolversi in una *factio*.

Quanto alla prima costruzione, non è, infatti, sufficientemente motivato il passaggio dall'occupazione che, di per sé, attribuisce il solo (pag. 420*) possesso, all'affermazione del diritto di proprietà e il richiamo alla *naturalis ratio* non soddisfa pienamente questa esigenza.

Quanto alla seconda, il *consensus omnium* rinvia alla proprietà collettiva, la cui esistenza, per altro, non può essere provata. Quando, poi, la si voglia supporre, non ne può essere attestata la rinuncia definitiva da parte della collettività (79), talché la sua riviviscenza può sempre essere legittimata (80).

La dimostrazione dell'inesistenza di una proprietà collettiva è anche data da ciò, che, diversamente argomentando, l'uomo non potrebbe liberamente estrinsecare le proprie capacità di iniziativa, le proprie capacità lavorative, ma dovrebbe subordinarne l'esercizio al *consensus omnium*. Ciò contraddice la libertà umana - che è di diritto naturale (81), la cui esistenza, rispetto a quel *consensus*, non è un *posterius*, bensì, un *prius*. In altri termini, il *consensus omnium* contrasta con la *alieni abstinentia* in quanto viene necessariamente a configurarsi come una ingerenza nell'altrui sfera soggettiva, come soggezione del singolo alla collettività.

Nella visione moderna, il problema della compatibilità tra la proprietà privata e l'originaria appartenenza comune, viene, dunque, meno con il rinvenire, non nella mera occupazione e neppure nel *consensus omnium*, bensì nel lavoro correlato al «diritto di proprietà sulla propria persona», il fondamento

the Community of Land.

⁷¹ *ubi supra*, Cap. V, §. 44: Man (by being Master of himself, and Proprietor of his own Person, and the Action or Labour of it) had still in himself the great Foundation of Property. Vd., altresì, CAMBACERES, *Rapport sur le deuxième projet de Code civil*, cit., p. 107: «L'homme ... propriétaire de sa personne et de ses biens».

⁷² LOCKE, *op. cit.*, Cap. V, §. 40: Labour ... puts the difference of value in every thing.

⁷³ «Il diritto dei proprietari fondiari trae origine dalla rapina. Say, t. I, p. 136, nota. I proprietari fondiari, come tutti gli uomini, amano raccogliere dove non hanno seminato e pretendono una rendita persino per il prodotto naturale della terra.. Smith, t. I, p. 99». Concetto riportato da MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, cit., p. 283 sqq.

⁷⁴ Per riferimenti bibliografici, vd. DONATI, *op. cit.*, Cap. VI, VII, IX, X.

⁷⁵ LOCKE, *op. cit.*, §§. 40 e 44.

⁷⁶ Acte constitutionnel du 24 juin 1797, art. 16.

⁷⁷ Secondo il diritto giustiniano, in natura il diritto di proprietà non esiste: *Res privatae natura nullae*. Tutti i beni erano, all'inizio, in comune: *Primum enim proditae sunt res in commune* (DONELLUS R., *Opera omnia*, Riccominus, Lucae, 1763-1767, Tom. I, Lib. IV, Cap. V, §. VI, c. 678; Cic., *De officiis*, I, 7, in *Opera omnia*, Tom. XV, Augustae Taurinorum, 1835, p. 54: *Sunt autem privata nulla natura*). Ciò, per altro, non significa che sia affermata l'esistenza di un diritto di proprietà della comunità umana sui beni naturali, significa solo che ogni uomo ha libero accesso ad essi. E tale accesso, che avviene mediante la *occupatio*, a fondare la proprietà privata. L'occupazione è l'atto che opera e legittima il passaggio dallo stato naturale alla proprietà privata: «*Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres et pisces, capientium fiunt* (D. 41, 1, 1, 1). La *ratio*, come spiegato dal successivo D. 41, 1, 3, pr., risiede in ciò, che «*quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*. Il diritto di proprietà è introdotto dal *ius gentium* (D. 1, 1, 5), trovando, così, nella *naturalis ratio*, la propria legittimazione ed il proprio fondamento (D. 41, 1, 1, pr.).

⁷⁸ Vd. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. II, Cap. II, §. II.5.

⁷⁹ Confonne BARBEYRAC J., *Le droit de la guerre, et de la paix. Par H. Crotius, Nouvelle traduction*, Tom. I, Basle, 1746, nota 27 a Uv. II, Ch. II, §. II.10, p. 227: Il n'étoit besoin d'aucune convention, patir fonder le droit du Premier Occupant. Segue rinvio alle « Notes sur Pufendorf, Droit de la Nat. et des Cens, Uv. IV, Chap. IV, §. 4, et suiv. ».

⁸⁰ ARNAUD, *Les origines doctrinales...*, cit., p. 190: la propriété ... née d'une convention de partage ... [est une] théorie dangereuse, puisqu'elle ... [jete] un doute sur le caractère absolu [solutus ab] du droit de propriété.

⁸¹ Vd. D. 1, 5, 4, pro e l; vd., altresì, LOCKE, *op. ult. cit.*, §.4.

della proprietà come diritto reale ⁽⁸²⁾).

15. Con ciò sono anche spiegati gli attributi della inviolabilità e della sacralità ascritti alla proprietà dall'art. 17 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789. Essi, infatti, non sono che riflessi, applicazioni del «diritto di proprietà sulla propria persona». L'intangibilità e la sacralità della sovranità individuale si riflette anche sui prodotti del lavoro, vale a dire, della capacità di iniziativa che, di quella sovranità, è una specificazione necessaria. Conseguentemente, l'inviolabilità e la sacralità del diritto reale di proprietà stanno ad indicare l'inviolabilità e la sacralità della persona umana nel quadro del giusnaturalismo illuministico: «la propriété c'est l'inviolabilité dans la personne de celui qui la possède» ⁽⁸³⁾.

È in riferimento a questa ontologia della proprietà che se ne intendono anche i principi informativi, in primo luogo, la definizione unitaria (**pag. 421***) (art. 544 *Code civil*), generale ed astratta, cui si correla la caducazione della cultura delle proprietà ⁽⁸⁴⁾. Questo aspetto non lo si comprende, o rischia di essere riguardato soltanto dal punto di vista della tecnica della formulazione delle proposizioni normative, se non si muove dal principio di uguaglianza immanente al «diritto di proprietà sulla propria persona», se non si tiene conto della indifferenziabilità di questa definizione.

Si intende, poi, il principio della tipicità, vale a dire, della limitatezza del numero dei diritti reali limitati. Essa è volta ad impedire la ricostituzione del pluralismo proprietario d'*Ancien Régime*, pertanto, è diretta a garantire la libertà, comportando, infatti, la costituzione dei diritti reali limitati, una limitazione della sfera d'autonomia del concessionario, oltre che del concedente.

Si intende, altresì, il principio di elasticità in virtù del quale la proprietà, diminuita mediante la costituzione dei diritti reali limitati, delle relative facoltà di godimento, tende a riacquistare la sua pienezza. Ed infatti, il «diritto di proprietà sulla propria persona» per sua natura, richiede la pienezza del suo godimento, pienezza che informa di sé anche il diritto di proprietà sui beni, inducendo il principio di elasticità.

16. Il nesso genetico tra «diritto di proprietà sulla propria persona» e proprietà fa anche sì che quest'ultima si atteggi come diritto sia sui beni materiali che su quelli immateriali ⁽⁸⁵⁾.

Il diritto sulle opere dell'ingegno è, pertanto, un diritto naturale che gode degli attributi ontologici che caratterizzano quest'ultimo, secondo quanto si è detto ⁽⁸⁶⁾.

Dal punto di vista sistematico, esso si situa nel contesto dei diritti della personalità.

Questo diritto, per altro, nella disciplina che storicamente ne è stata apprestata, presenta una caratteristica che sembra contraddire tale inquadramento.

Dall'essere un diritto naturale, dovrebbe, infatti, conseguire non soltanto l'assolutezza del diritto alla paternità dell'opera, ma, altresì, del diritto allo sfruttamento economico, alla acquisizione illimitata nel tempo e (**pag. 422***) nello spazio delle utilità ad esso afferenti. Così come, la proprietà è inscindibilmente connessa al godimento (dal punto di vista che si viene svolgendo la costituzione dei diritti reali limitati non è che una manifestazione di quest'ultimo), parimenti, dovrebbe accadere a proposito del diritto sulle opere dell'ingegno.

Le legislazioni positive si sono invece attenute ad una protezione, del diritto alla utilizzazione economica, limitata nel tempo e quindi anche nello spazio.

La contraddizione che così si verifica è, per contro, solo apparente.

Il «diritto di proprietà sulla propria persona» è, come si è detto ⁽⁸⁷⁾, sinonimo dell'*alieni abstinentia*. Ciò sta a significare che il suo esercizio non deve mai importare la violazione dell'altrui sfera soggettiva.

In applicazione di tale visione, il giusnaturalismo illuministico è antimonopolistico.

Il concetto è chiaramente affermato da Grozio ⁽⁸⁸⁾, ma anche da Locke là dove, riferendosi al

⁸² Vd., retro, §. 14.

⁸³ (S3) Napoléon, cit. da CESARINI SFORZA W., *Proprietà e impresa*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, p. 368, nota 1.

⁸⁴ Il concetto, relativo al pluralismo proprietario, è felicemente reso da Luigi XVI in occasione della seduta reale del 23 giugno 1789, cito da GROSSI P., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, 1992, p. 21: «Toutes les propriétés sans exception seront constamment respectées, et Sa Majesté comprend expressément sous le nom de propriétés, les dixmes, cens, rentes, droits et devoirs féodaux et seigneuriaux et généralement tous les droits et prérogatives utiles ou honorifiques, attachés aux terres et aux fiefs, ou appartenants aux personnes».

⁸⁵ Vd. The Massachusetts Copyright Act, 1783, in FINKELSTEIN T., *La loi américaine de 1790 sur le droit d'auteur*, *Revue internato du droit d'auteur*, 1963, p. 80: «there being no property more peeuiliarly a man's own than that which is produced by the labour of his mind»; *Constitution du 5 fructidor an III* (22 aoud 1795), Titre XIV, art. 357 e 358.

⁸⁶ Vd., retro, §. 11.

⁸⁷ Vd., retro, §. 10.

⁸⁸ Lib II, Cap. XII, §. XVI: At qui ... de compacto id agunt, ut res supra pretium id quod summum nunc est

diritto di ciascun uomo di appropriarsi dei beni naturali onde soddisfare le proprie esigenze esistenziali, dichiara questa attività legittima, vale a dire, compatibile con l'esercizio del «diritto di proprietà sulla propria persona », a condizione che «siano lasciate in comune per gli altri cose sufficienti e altrettanto buone»⁽⁸⁹⁾.

Il monopolio, in quanto si traduca in una situazione di privilegio, viola la *alieni abstinentia* ed è dunque illegittimo.

Ora, l'utilizzazione economica esclusiva dell'opera dell'ingegno, protratta per un tempo illimitato, si risolve in un monopolio incompatibile con il valore costituito dall'*alieni abstinentia*, con il principio di uguaglianza, affermati dal giusnaturalismo illuministico.

La sua delegittimazione, pertanto, non solo non contrasta con la teorica dei diritti naturali, ma ne costituisce una puntuale applicazione.

in communi pretio vendantur, aut vi, aut fraude impediunt ne major copia importetur, aut ideo merces coemunt ut vendant pretio quod tempore venditionis iniquum sit, injuriam faciunt, atque eam reparare tenentur.

⁸⁹ *Op. cit.*, §. 27: For this Labour being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is once joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others. Vd., altresì, *Constitution oi Maryland*, 1776, art. XXXIX; *Constitution oi North Carolina*, 1776, art. XXIII.