

ENCICLOPEDIA GIURIDICA

ENCICLOPEDIA GIURIDICA cl

OVVERO

ESPOSIZIONE ORGANICA

DELLA SCIENZA DEL DIRITTO E DELLO STATO

FONDATA SUI PRINCIPII DI UNA FILOSOFIA ETICO-LEGALE

DEL PROFESSORE

H. D.^R A H R E N S

PRIMA VERSIONE ITALIANA

PEI DOTTORI IN LEGGE

E I S N E R E M A R E N G H I

—
VOLUME PRIMO.
—

MILANO E VERONA
Stabilimenti di Civelli Giuseppe e Comp.

1856

A
340.9
A278 IE
E
1856

BIBLIOTECA DO SENADO FEDERAL

Este volume foi registrado

sob número

3.122

do ano de

1946

PROGRAMMA DEI TRADUTTORI

Nelle scienze tutte la sintesi precedette mai sempre e tenne dietro all'analisi; dessa si fu e sarà il principio e la fine d'ogni sapere. Quando i veri componenti una serie si presentano la prima volta alla coscienza, lorchè dalla sfera del sentimento entrano in quella della cognizione riflessa, gli è uniti nel lor tutto che pongonsi al pensiero, gli è nella vita dell'organismo che pongonsi, e solo nel processo vengono le loro parti prese in disamina, sicchè a questa e a quella per forza d'astrazione si volge esclusivamente l'indagine, sovra una di esse si concentra soltanto la speculazione.

Che se tal smembramento serve mirabilmente ad approfondire e a determinare le diverse manifestazioni del vero, torna però dannoso alla conoscenza del tutto, recando in mezzo l'esclusione di parti, la limitatezza delle vedute, togliendo l'intuito della realtà la quale vive solo in quanto nessuno de' suoi elementi le venga sottratto.

Quindi ne segue essere l'analisi una propedeutica alla sintesi e sotto tal veduta solamente apprezzabile.

E se una tal legge ebbe la sua riprova nello sviluppo d'ogni ramo dell'umano sapere, può dirsi che appaia luminosissima nella storia della filosofia del diritto.

Nell'antico mondo orientale il diritto è fuso nella religione, l'uomo e Dio vivono la stessa vita, il gran tutto soltanto è sacro. Si direbbe che l'umanità avesse in allora l'intuito del principio eterno delle cose, e che nella evoluzione del tempo non scorgesse che lo sviluppo dell'infinito. E cose e uomini non sono che miti della Divinità; negli ordinamenti sociali tutto è inteso ad adombrare la vita della causa universale, ed imitarne o incarnarne l'idea: L'uomo è fuso nella famiglia, la famiglia nella casta, la casta nello stato, lo stato nel mondo, il mondo nel tipo religioso. In questa maestosa unità nulla cosa ha vita particolare, ma è vivificata dal solo spirito divino a cui è corpo l'universo.

Coll'epoca greca il diritto entra nella seconda fase e si umanizza. Platone è ancora nella *Repubblica* il sacerdote orientale, ma l'idea a cui sacrifica, sebbene obbiettiva, non è più il Nume

graduatamente come la lingua dalla coscienza popolare ed incarnarsi nei costumi. Il processo umano essere provvidenziale e quindi divino e giusto quanto avvenne. Nemica alla codificazione per amore del passato, e alla filosofia per fede nei fatti come ad unica fonte del diritto, colle sue esagerazioni destò una polemica gagliardissima che è ben lungi dall'essere cessata. Dessa non potè intenderè che ogni epoca è un cambiamento della antecedente, e quindi una rifiutazione del passato; non s'avvide che la schiatta umana progredendo attua esternamente l'idea che a mano a mano si sviluppa, e però avere il diritto la sua fonte nella coscienza, il suo teatro nel mondo; e che il limitare il presente e il futuro al passato gli è incadaverire il tempo. Sconobbe che ogni epoca vien sopposta ad un giudizio, il quale vi applica il regolo del giusto, e che tal regolo se si appone ai fatti e vi si riscontra, è ben lungi dal procedere da essi, ma trovasi superiore ad ogni esperienza. Tuttavia per essa si viene a viemiglio conoscere la marcia dell'umanità, a ravvisare l'estrinsecazione della coscienza, lo svolgimento dell'idea, e sotto una tale veduta la scuola storica è benemerita della scienza.

Gli è in cosiffatto stato del sapere, collo spettacolo della lotta secolare de' pensatori, che Ahrens divisò dettare un'opera la quale racchiudesse in un'armonia tutti gli elementi che devon trovar posto nella filosofia del diritto; onde sullo scorcio dell'anno 1855 cominciò la stampa dell'Enciclopedia giuridica, e della quale si intraprende la versione italiana.

Spirito eminentemente sintetico e mente ricca della più svariata erudizione, espose in essa opera lo stato complessivo della scienza del diritto e dello stato; porse uno specchio di tutte le opinioni apprezzabili sia per verità sia per profondità; tentò conciliare i rappresentanti del diritto romano e germanico coi seguaci di una nuova legislazione alemanna; e le tesi e le antitesi compose in principio più elevato in cui possono consussistere. La filosofia del diritto espose con larghezza di vedute, nessun trascurando degli elementi antropologici e dell'organismo sociale.

Gli è quindi che gli scopi dell'autore si possono ridurre ai seguenti:

I. Stabilire l'idee fondamentali da cui emana la scienza del diritto o dello stato, in un organismo vivificato dall'etica.

II. Offrire in base a critica severa una profonda conoscenza della dottrina delle fonti del diritto, nonchè considerare scomposto l'organismo della filosofia del diritto e delle discipline dello stato.

III. Far precedere ad ogni singola trattazione la storia del diritto non altrimenti che la più vera espressione dello sviluppo dei popoli. Esporre con vedute del tutto nuove l'importantissima e tanto influente storia del diritto romano e germanico con un'e-

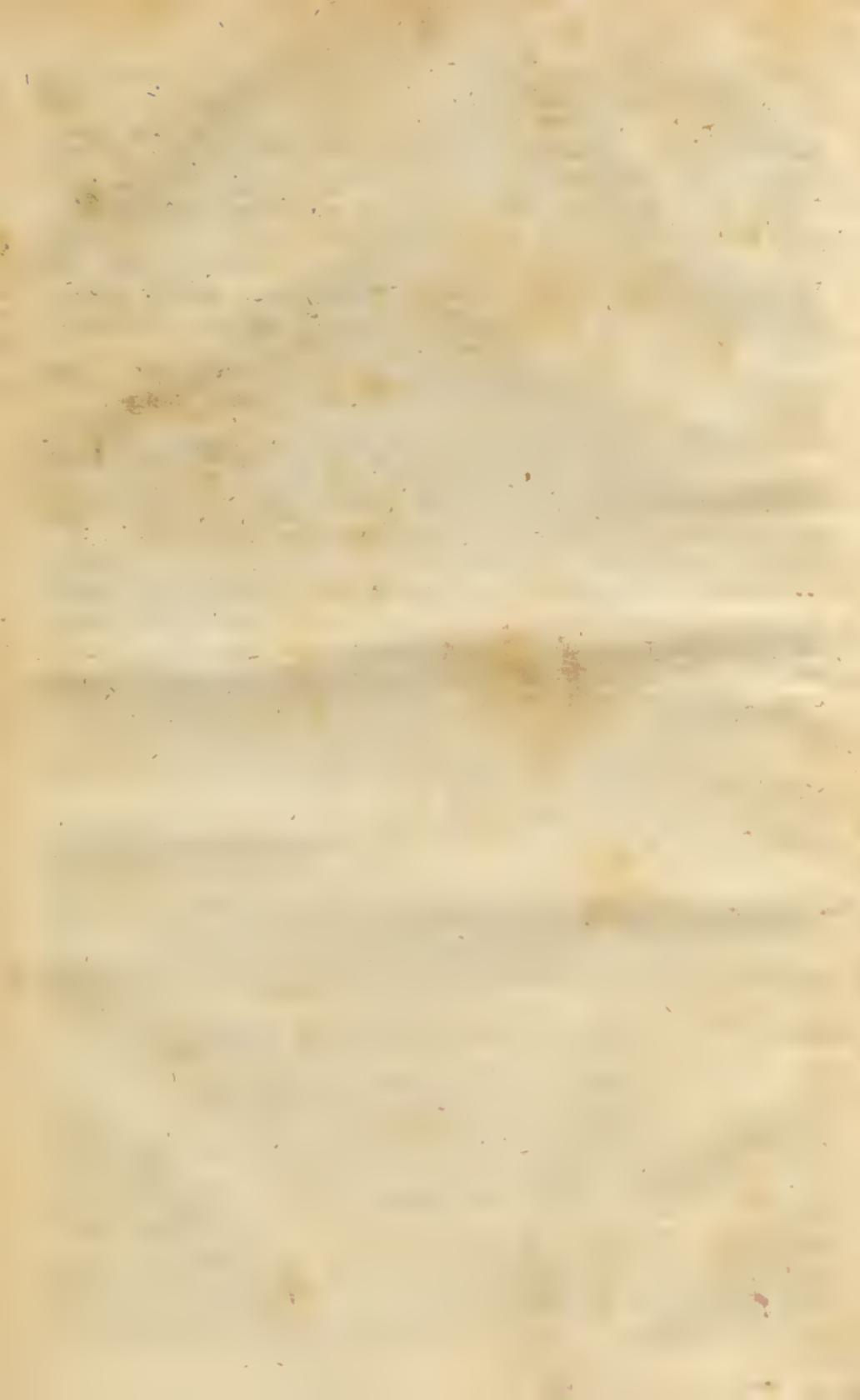
stensione che non lasci desiderio di particolari nelle generalità. La qual cosa verrà compiendo non solo coll' attenersi alle fonti del diritto, ma eziandio cercando le intime e più riposte cause da cui traesse cangiamento o sviluppo. Tratteggiando il diritto anche quale riflesso di costumi, avuto riguardo alla marcia storica della religione, della moralità e dell' economia di ciascun' epoca.

IV. Svolgere i principî cardinali su cui si fonda il diritto civile contemporaneo; raffrontarli alla filosofia del diritto, considerarli in relazione coi bisogni della nostra epoca, ponendoli a fronte ad un tempo al diritto romano e germanico.

V. Esporre la scienza dello stato con particolare riguardo ai rapporti etico-sociali, e determinare i rami in una completa e facile analisi.

Il volere esporre il processo dell' opera nell' attuazione di quei propositi sarebbe un ripeterla, tanto l' Ahrens procede logico e conciso. Del resto la chiarezza dell' autore tanto desiderata negli scrittori tedeschi, dispenserà forse dall' apporre note al testo tranne le originali.

Superfluo per non dire strano suonerebbe l' elogio dell' opera d' Ahrens; inutile parlare dell' utilità di questa Enciclopedia, però che chiunque possa d' un lampo scorgerne la necessità; ridevole poi il versare sulla traduzione giacchè sarebbe un voler giudicare anzichè esser giudicati.



PREFAZIONE DELL' AUTORE

Nel momento in cui sto per pubblicare colle stampe un'opera sulla enciclopedia giuridica che da molti anni vado studiando, mi trovo intimidito da varie dubbiezze, avvegnachè di siffatti lavori parecchi ve n'abbiano nella nostra età; tuttavia sapendomi partito da vedute diversissime alle altrui, e conoscendo essere anche il metodo della trattazione esclusivamente mio, mi rincoro nel proposito.

Lusingato dal lieto accoglimento fatto in molti paesi al mio libro la *Filosofia del diritto*, avvisava svolgere e concretare que' principii in una applicazione che si fosse maggiormente pratica, e pensava eziandio comporre le discordie che sovra l'una parte della scienza o l'altra sorgevano. Ed era mio intento seguirè la fecondità della dottrina del diritto nelle sue più svariate e lontane conseguenze, di classare i varii rami di essa scienza sotto viventi principii superiori, come è stile di una enciclopedia, e di approfondire filosoficamente e giuridicamente tutta la materia di essa enciclopedia.

Le condizioni presenti della scienza credo giustifichino i miei proposti. Non vi sarà di certo alcuno il quale voglia sconoscere l'utile influenza che ebbe la scuola storica persino sulla trattazione più fondamentale di questa scienza, specialmente intorno alla dottrina delle fonti del diritto, al coordinamento più sistematico delle materie, e al determinare con somma esattezza le principali nozioni di una tale disciplina. Malgrado di ciò, si aveano a lamentare essenziali mancanze, onde venne il bisogno di una novella trattazione scientifica, la quale fosse recata fin sul ter-

reno del diritto romano; si ebbe mestieri del completamento della dottrina sulle fonti, e si conobbe pure la necessità di approfondire le parti tutte, alcune viete idee rifiutare, ed altre nuove manere in quella vece seguire.

Impertanto mi posi a considerare la lotta tuttora gagliarda tra i seguaci del diritto romano e germanico, e vidi aver dessa le radici nella varietà de' punti di vista da cui si osserva la scienza nostra. M'accorsi le dispute essere inconciliabili per la sconnessione o staccamento del diritto pubblico dal privato, in guisa che non abbiano nemmeno comune il principio. Conobbi la dottrina sulle fonti del diritto privato, perchè unilaterale limitata ed in parte erronea, doversi abbandonare nel diritto pubblico, ove è somma la ricchezza delle conseguenze e delle applicazioni; e come questa parte della scienza venga tratta astrattamente per analogia del metodo tenutosi pel diritto privato, quindi senza riguardo ai più influenti rapporti morali religiosi ed economici. Per il che si deve venire nella persuasione che dove nella scienza vi abbia un simile difetto di unità o connessione, le stesse idee fondamentali non ponno essere che sommamente incomplete. Si fu in tale stato della scienza che secondo le mie forze e le mie credenze tentai, partendo da un più elevato punto di vista del diritto, porre unità nell'insieme di questa scienza, ed agevolarne un prospetto enciclopedico. La base e l'elaborazione riescirono perciò diverse da quelle riscontrate nell'altre enciclopedie contemporanee.

A tal uopo era mestieri cominciare dall'espore *l'idea del diritto*, evitando qualsivoglia altra più profonda indagine, attenendosi però costantemente al suo principio morale, considerandolo nelle sue essenziali manifestazioni, e specialmente nel rapporto coll'etica. Quindi facea d'uopo completare la dottrina sulle fonti del diritto, sovra la base della teorica già sorta ma non sufficientemente delineata che fondasi sui *rapporti della vita*, con cui devono collegarsi gli altri del diritto, il di cui vero principio obiettivo è da quei rapporti formato, mentre finora lo si confuse coll'origine subbiettiva del diritto, che collocavasi pressochè generalmente nella volontà e nella coscienza. Finalmente dopo aver porte le idee fondamentali, gli era prezzo dell'opera il dare una divisione meglio organizzata della scienza del diritto e dello stato.

Che se dall'un lato convenia considerare la storia del diritto nello sviluppo dei popoli con una veduta complessiva, sponendo però simultaneamente la storia del diritto romano e germanico a misura che ne emergesse un pratico bisogno, con integrità e chiarezza maggiore dell'usata; dall'altro canto era a considerarsi essa storia del diritto in relazione più stretta co' rapporti morali della vita di un popolo, di quello che non si fosse fatto per l'addietro. La esposizione storica che precede la romana dovea accennare in conciso prospetto soltanto alcuni punti essenziali e

luminosi, da cui ne venisse il contrasto caratteristico tra le concezioni del diritto orientale e l'occidentale, come pure fra quelle de' Greci e dei Romani. Si ebbe però a trattare alquanto diffusamente l'epoca indiana come quella la quale, anco secondo il risultato delle presenti ricerche, potrebbe manifestare più che no' l possano altre nazioni, la importantissima genesi del costume e del diritto ed il successivo progresso; ed inoltre perchè l'affinità di stirpe coi Greci, Romani, Germani e Slavi offre nelle fasi della vita e del diritto parecchi momenti comuni.

Per quanto appartiene alla storia del diritto romano e germanico, non feci che attenermi a guide apprezzatissime e sperimentate. Ma relativamente a quella del diritto romano, quantunque non mi senta lena sufficiente di battere un cammino più indipendente, tuttavia non posso celare l'opinione mia come nell'opere di mera storia giuridica occorran difetti grandissimi, dei quali alcuni consistono nel pretermettere leggermente gli importanti primordii dello sviluppo del diritto ne' quali esso si venne completando e limitando ad un tempo per opera dello insieme de' costumi, anzi per mezzo di elementi a lui collegati ed influentissimi, quali sarebbero il diritto sacro e pontificale, nonchè quello penale censorio che si fu di tanta importanza. Altre mancanze sono riposte nel trascurare o poveramente esporre a lato della storia esterna delle fonti, quella interna delle idee del diritto; ed anco nello staccare quasi del tutto la intiera storia del diritto da' rapporti fondamentali della vita e dal loro sviluppo nelle varie epoche. Nel presentare un tal prospetto ho creduto però attenermi alle indicazioni e cenni più necessarii. Del resto dalle recenti ricerche cotante influenti ad una concezione più profonda delle cause generanti la vita romana, giova attendere una influenza anche per la vera trattazione della storia giuridica.

Del modo col quale svolsi enciclopedicamente le dottrine fondamentali del diritto civile, si avrà a giudicare secondo la elaborazione; ma non nascondo la lusinga d'aver cooperato a modificare rettamente alcune vedute sì romane che germaniche, intorno al possesso, alla proprietà e l'obbligazione, col porgere più profonde origini filosofiche e giuridiche di esse nozioni, finora sopposte a viva polemica.

Nella dottrina dello stato si avranno anche in questo lavoro enciclopedico a considerare i rapporti etico-sociali, come pure svilupperannosi le relative idee fondamentali seguendole nelle loro più importanti conseguenze pratiche, sponendo insieme la scienza nella sua intera coordinazione organica.

E come si fu mia sollecita cura nella filosofia del Diritto, alla quale si unisce la presente opera, di porre in una relazione integra e morale il diritto con tutti i beni della vita, senza portare detrimento alla di lui sostanzialità, e di riguardare esso diritto qual norma regolatrice esterna di tali beni nei rapporti della

vita e nella relazione delle sue speciali manifestazioni reciprocamente influenzantisi; intesi altresì — con questo lavoro — adoprarmi ad indirizzare le menti ad una più elevata concezione etico-giuridica nelle sfere stesse in cui non si svolge che il vieto studio del diritto, e per mezzo di tal disciplina cooperare per quanto sia possibile a propagare una idea morale della vita, di cui a giorni nostri è universale il desiderio.

Graz, il 6 maggio 1888.

H. AURENS.

INTRODUZIONE

NOZIONE, SCOPO E PARTIMENTO DELLA ENCICLOPEDIÀ GIURIDICA.

E la enciclopedia considerata senza applicazione di sorta un prospetto in armonia alla integrità d'una scienza (1). D essa è generale, enciclopedia universale, se risponde ad ogni umano sapere; particolare, enciclopedia speciale, se si stringe ad una sola serie delle cognizioni nostre. Considerata secondo i diversi scopi può offrire una completa esposizione di tutto il dominio del sapere e di una singola scienza, oppure porgerne una semplice nozione; e però in questi due momenti sarà quando esclusivamente formale, e quando anche materiale, a misura esponga solo il nesso esterno da cui sono collegate le varie parti, ovvero ne porga eziandio il contenuto per lo meno in rapporto alle dottrine fondamentali.

Quale scienza d' introduzione, deve la presente enciclopedia giuridica presentare un' armonico prospetto di tutta la scienza del diritto e dello stato, e mediante i più elevati principi del diritto esporre il legame tra i diversi rami, nonchè le idee essenziali di tutte le materie più importanti.

Scopo di una enciclopedia considerata come introduzione ad uno studio scientifico, quindi anche della presente enciclopedia giuridica, si è di indirizzare lo spirito allo svolgimento delle idee fondamentali, come pure a stabilire il nesso organico di tutte le parti della scienza. Ed a simile intento fin dal cominciarli dello studio è volta, col fargli conoscere per mezzo di vedute direttive, l'estensione della scienza e quanto essa esige perchè una forza venga regolata; e col ravvalorarlo mediante la certezza che per una retta divisione del lavoro, gli-verrà fatto di correre la via scientifica acquistando cognizioni continuamente crescenti. Se lo spirito non rischiarato da generali nozioni fondamentali filosofiche ed enciclopediche, deve lasciarsi ciecamente condurre a questa e a quella materia in continuo sconforto; il prospetto anticipato dello insieme lo collocherà invece in una posizione liberissima rimpetto a tutta la scienza, per cui gli sarà concessa ragionevole elezione delle materie, e agevolmente desta la

(1) Presso i Greci significava *ἐγκυκλιὸς παιδεία* la istruzione elementare nelle scienze ed arti degne del libero Elleno. I Romani chiamavano un tale insieme quale sposizione *orbis doctrinarum* (Quint. Inst. orat. I, 10). Il nome di *Cyclopedia* od *Encyclopedia* sorto nel secolo XVI. si ebbe il molteplice senso accennato nel testo.

tendenza ad un precipuo ramo, quindi agevolata la scelta ad una serie particolare.

Ma sovra tutto deve una enciclopedia, quando si propone di rappresentare fedelmente l'organismo di una scienza, adoprarsi allo scopo morale superiore, sforzarsi perchè venga riguardata come un tutto la stessa vita umana, ed i suoi rapporti come uniti in vicendevole nesso; impedire poi le vedute astratte, esterne, nonchè l'analogo operare da cui viene a separarsi quanto non può sussistere che insieme.

Del resto non sarà mai che l'enciclopedia giuridica giunga ad effettuare il suo disegno, se non appoggiandosi ad un principio unico ed organico, il quale determini le idee fondamentali direttive in tutti i rami, ed il loro nesso stabilisca. Una tale enciclopedia non la si può separare dalla filosofia del diritto, nè è dato svilupparla senza una base filosofica di questa disciplina. Quinci si spiega come essa enciclopedia considerata quale trattazione scientifica, avesse origine col rinascimento delle scienze filosofiche del diritto e dello stato, specialmente colla scuola seguace delle teoriche di Leibnitz e di Wolf, e perchè fosse sopposta a riforma e trattazione parallela allo sviluppo e progresso della filosofia del diritto nelle varie scuole (1). Così seguendo le novelle tendenze speculative, tanto la filosofia del diritto formale ed astratta di Kant; quanto quella della natura e della identità di Schelling che vuole influenzare tutte le scienze col principio dell'organismo; come la dialettica di Hegel seguente lo spirito sviluppantesi nella storia universale; nonchè la scuola storica che riconosce il diritto nella storia e ne' viventi costumi del popolo, hanno generate delle enciclopedie le quali trassero il valore scientifico dalla credenza prevalente in questa o in quella concezione (2).

(1) Friedländer nella sua *enciclopedia giuridica* 1847 pag. 7-42 diedeci una pregievolissima esposizione della storia della enciclopedia.

(2) Il restauramento della filosofia per opera di Bacone (1626) e di Cartesio (1650) nei secoli XVI e XVII originò primieramente il risorgimento della scienza della filosofia del Diritto e da questa ne venne in breve uno sviluppo più speculativo della enciclopedia giuridica. Gli uomini che in quell'epoca furono maggiormente benemeriti al progresso della filosofia del Diritto, Pufendorf, Leibnitz, Thomasius aprirono il cammino alla trattazione decisamente razionale di questa scienza: Pufendorf coi suoi, *elementa jurisprudentiæ universalis*; Leibnitz il quale in sua mente di già vagheggiava un codice universale per la Germania, colla sua *nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ ex artis didacticæ principis*, opera che accenna soltanto ad una tendenza filosofica che tenta largamente estendersi: e Thomasius che per 4 semestri dettò le sue lezioni sovra una enciclopedia universale, pel suo *progetto sommario delle dottrine fondamentali necessarie a conoscersi da uno studioso del Diritto*, 1669.

Quando Wolf sulla base della dottrina filosofica di Leibnitz novellamente migliorò la filosofia del Diritto, Nettelbladt seguendo lo spirito di Wolf, con parecchi scritti e specialmente col suo *sistema elementare di tutta la giurisprudenza etc.* 1749, 2. ediz. Aug. 1762, e con quella di *tutta la pe-*

Avvegnachè solo la filosofia del diritto che è vivificata dall'etica e dalla scienza di tutti i necessari rapporti della vita dell'uomo e delle società, rappresenti il bisogno ognor più sentito de' tempi nostri; perciò è dovere dell'enciclopedia nostra il seguire una tale elevata direzione, quindi esporre il diritto in se stesso, nei suoi rami principali e nello insieme di sua intima connessione con tutti gli essenziali rapporti della vita. Krause porge nella sua dottrina filosofica il perfetto fondamento etico

riferia della dottrina naturale del diritto e di quella comune positiva usitata in Germania, 1772, s'adopra a trattare la enciclopedia del diritto piuttosto in modo logico e formale, di quello che in una intima unità. Da quell'epoca traggono l'origine di molti altri lavori. Fra i quali merita si menzioni quello di Pütter per una esposizione concisa, chiara e volta alle materie positive, pubblicato nel suo schizzo di una enciclopedia giuridica, Gottinga 1757; e meglio ancora l'altro esposto nel nuovo saggio di una enciclopedia giuridica e metodologia, ivi 1767. Fra l'altre opere di quella età hanno pregio le seguenti: sullo studio giuridico, Meister, Berlino 1780; isagoge in univ. iurisp. Brunquell, 1774; schizzo di una enciclopedia giurid. e metodologia, Schott, sesta edizione di Kees 1794; ed enciclop. e storia dei Diritti in Germania, Reitemeier, 1783.

Col propagarsi della filosofia kantiana comincia un nuovo periodo anche per l'enciclopedia del diritto. Lo spirito critico cui ella recò in tutte le scienze, ebbe ad esaminare e dirigere la scienza del diritto, posto pure che il solo principio formale del diritto non conduca che a divisioni esterne e di mera forma nelle enciclopedie. Sotto l'influenza di questa filosofia scrissero: Tafinger, *encicl. e storia dei diritti in Germania, 1789, 2. ediz. 1800. Eisenhart, la scienza del diritto secondo la sua estensione, le sue singole parti e le scienze ausiliarie, 1793, 2. ediz. 1804; Zacharia, manuale di una enciclop. scientifica giuridica, 1793; Hufeland, istituzioni dell'intero diritto positivo, ovvero enciclop. sistematica 1798, 2. ediz. 1803; Thibaut, enciclop. giuridica e metodol. enciclop. giuridica e metodologia 1797. — Nel libro didascalico di giuridica enciclopedia di Hugo, 1792, 3. ediz. 1855, che meritò e giustamente tanti elogi, venne a fondersi il criticismo kantiano col più profondo studio storico del diritto. — I primi conati per rappresentare l'intera scienza del diritto quale organismo, vennero fatti dalla filosofia di Schelling; se non che non era di essa, pel difettoso modo di comprendere il diritto e lo stato, il porgere una solida base ad una vera elaborazione organica della materia giuridica. L'introduzione di Hummel, nell'intero diritto positivo dal punto di vista della scienza 4 vol. 1804, si ebbe un meschino accoglimento. Invece venne rapidamente diffusa la più compendiosa ed elevata *enciclopedia e metodologia della scienza del diritto* di Ignazio Rudhart (cui Friedländer erroneamente tiene per plagiarlo di Fichte) 1812. — Mossi dallo spirito della filosofia di Hegel scrissero: Abegg, *encicl. e metodol. della scienza del diritto in compendio, 1823; e specialmente C. T. Pütter, sunto delle scienze del Diritto ovvero enciclop. giurid. e metodo 1846, opera che si distingue pel tentativo di comprendere il diritto nel suo sviluppo storico mondiale, ma che rimane tuttavia incompleta per quanto concerne la divisione e l'ordinamento delle scienze giuridiche e dello stato, e per la difettosa esposizione delle nozioni cardinali sulle precipue materie. — La scuola storica la quale arricchiva la scienza giuridica col porgere vedute meglio determinate sulla genesi e progresso del diritto, condusse alla sua volta ad un'altra trattazione dell'enciclopedia. Ma**

— come l' esige l' epoca nostra — alla scienza del diritto, dello stato e della società; e quindi movendo fa d' uopo tentare di seguire tanti principj etici, filosofici e giuridici a direzione per uno sviluppo e prospetto dell' intera scienza del diritto. In così fatto spirito è d' uopo simultaneamente provare come una trattazione prettamente filosofica e giuridica, se dall' un canto assecura le più elevate aspirazioni della vita ad un progresso giuridico e morale, dall' altro è acconcia ad apprezzare esattamente la vera vita armonizzante con quanto essa può pretendere, il che viene ad essere determinato dalla storia e dai costumi; ad afferrare nella loro intima essenza le sussistenti istituzioni di diritto; e finalmente col ravvicinamento del principio filosofico allo storico, le è dato tracciare la via ad un saggio progresso.

A cagione de' molti errori ed incertezze che vi hanno ne' trattati filosofici, e per la filosofia astratta e formale del diritto, si ingenerò negli ultimi tempi una diffidenza somma in queste scienze, ed anzichè cercare sendo questa scuola mancante di principj meramente filosofici, senza cui non è possibile veruna enciclopedia scientifica, i suoi rappresentanti presero le mosse — salve alcune modificazioni — dalle antecedenti dottrine filosofiche di Kant e di Fichte, oppure dalle contemporanee di Hegel e di Stahl, senza darsi pensiero dell' interno legame delle idee. Dopo l' opere di Ugo, i lavori più diffusi appartenenti a tale classe sono: *la enciclop. giurid. di Falck*, 4 Augusta 1839, nuova edizione di Thering 1823; *prelezioni sulla enciclopedia come introduzione alle istituzioni di Pauka*, 1823, novellamente svolte nel di lui corso *delle istituzioni*, 1. vol. 1841, recentissima edizione 1853; *la enciclopedia dei diritti vigenti in Germania* di Fed. Blume, 1847-1854, che sebbene incompleta nella parte generale, dev' essere però apprezzata nella seconda estesissima sezione per i tratti caratteristici di una scienza comparativa del diritto.

All' estero ove solo più tardi cominciaronsi i trattati enciclopedici, scrissero con vedute più originali: Anne den Tex, *Encyclopedia jurisprudentiæ*, Amstelod 1838; A. Roussel, *Encyclopédie du droit*, Bruxelles 1845; Eschbach, *cours d' introduction générale à l' étude du droit ou manuel d' encyclopedie juridique*, 2^e éme édit 1846 Paris. — Fra l' opere tedesche devonsi specialmente indicare: Welker, *enciclopedia universale e l' enciclopedia giuridico-politica e metodologia*, 1 Vol. 1829 (di cui non comparve che un solo volume rifuso poscia nel *lexicon dello stato* scritto dallo stesso autore e da Rotteck); Perthaler, *Diritto e storia quale introduzione enciclopedica allo studio delle scienze giuridiche e politiche*, Vienna 1843; Friedländer, *enciclopedia giuridica*, 1847; l' Arndt, *enciclopedia e metodologia* 2. ediz. 1850 (troppo breve ma pregievole per chiara determinazione delle idee). A Viroszil, *enciclopedia e metodologia dello studio giuridico e politico*, Buda 1852 (apprezzabile per l' uniforme trattazione delle parti tutte, e degna d' encomio per la erudizione letteraria sulla scienza giuridica in Austria). L' ultima e la più importante opera si è *l' enciclopedia giuridica, ovvero esposizione organica della scienza del diritto* di Warnkönig 1853, che emerge per un' esteso sviluppo storico e per svariata erudizione; tuttavia si deve in siffatto lavoro lamentare che i principj filosofici — a cui giustamente l' autore annette molta importanza, rimangono per così dire in una posizione esterna senza determinare nè dirigere le materie principali.

il vero nell'eliminazione dell'errore per indagini filosofiche meglio approfondite, si ebbe a sperarlo dall'abbandono di ogni speculazione e dallo studio della storia e de'fatti. Siccome però un tale studio considerato isolatamente non può in niuna guisa appagare gli animi anelanti al progresso, all'incontro è atto a guidare ne' primi passi la gioventù la quale nel puro razionalismo è abbandonato a sè stessa, onde facilmente fuorvia e trascurando l'elemento positivo tende a vagheggiare le teoriche astratte e superficiali, come vere; così ne segue il bisogno di stabilire il rapporto della filosofia colla storia e colla realtà eziandio nella manifestazione del diritto e dello stato; nonchè di illuminare gli animi colla conoscenza del bene derivato dalle investigazioni filosofiche, unitamente alle utilità venienti dalla vita, generate nel corso della storia ed incarnate ne' costumi e nelle leggi. Ed una tal conciliazione la è tanto più necessaria in quanto trattasi di una scienza — quale si è quella del diritto e dello stato — che scrutando si internamente la vita, sin da principio ha d'uopo d'una esposizione mostrante nel coordinamento giuridico non già una legge creata dall'arbitrio dell'uomo, ma posta da Dio nei rapporti della vita; legge per cui si presentano intimamente collegati i rapporti del diritto con quelli etici e morali. E per così fatto modo si vedrà evidentemente come ogni giuridica istituzione non debba limitarsi ad un formalismo logico, ma allargarsi nella cognizione e nella reale contemplazione di tutte relazioni considerate dal diritto.

Gli è quindi senz'altro la vita, che l'etica scienza del diritto deve rivalutare, ma ognora una vita posta nell'unità e totalità de'suoi sviluppi comprendovisi tutte le sue forze fondamentali e motrici, i di lei fattori ideali e reali, non altrimenti che un ordine nel quale le leggi di essa stabilite da Dio si abbiano a riconoscere per la ragione ed effettuarsi nella sfera della libertà giuridico-morale. Nè per certo si guida lo spirito alla vera realtà, e manco ad un'interna e viva contemplazione delle cose e relazioni loro, col volgerlo esclusivamente ad un diritto positivo già formato ed appartenente a tempi scorsi od al presente; ma invece coll'insegnarli ad apprezzare tutte le relazioni organiche che passano tra diritto ed i rapporti della vita tutti; sì religiosi che morali ed ancor materiali ed economici. Per tal maniera si alimenteranno le sublimi aspirazioni inerenti all'animo umano, di raggiungere l'unità e il tutto; si avrà desto il vero amore per una scienza, la quale quantunque particolare, viene però riconosciuta stringersi alla vita con un rapporto di superiorità. Ed il riconoscimento del nesso del diritto coll'intero ordine religioso, morale ed economico dello sviluppo di un popolo, simultaneamente ne conduce alla previdenza, alla prudenza e ad una vera sapienza della vita, però che esso abbracci gli intimi rapporti che esistono fra tutte le istituzioni, de' quali ogni cambiamento adduce sempre ad una riforma del tutto. Per il che devesi contrastare con successo felice alla dinamica tendenza dello spirito, tuttora prevalente nella scienza e nella realtà, in forza della quale ogni cosa afferra solo esteriormente ed in modo isolato;

conviene rafforzare il germe morale negli animi, muovere l'aspirazioni al perfetto ed al mantenimento delle condizioni tutte volute dai rapporti della vita. Ma si fatto bene non può trovarsi sul terreno della scienza del diritto e dello stato se non mediante una filosofia giuridica, la quale rifletta l'organismo etico della vita a foggia di prospetto per una enciclopedia, e che prendendo le norme dalle dottrine fondamentali di una simile filosofia del diritto, ne dimostri l'importanza in tutte le principali materie giuridiche.

E questo è quanto si assume la presente enciclopedia giuridica, la quale abbraccia come necessarie le seguenti parti, da trattarsi in singoli libri.

Il primo libro espone le *dottrine fondamentali filosofiche* sul diritto e sullo stato, non come semplici postulati desunti dalla filosofia del diritto, ma sviluppandole nella loro sostanza anco più analiticamente che non usi la coscienza comune. Specialmente verranno date quelle parti del diritto le quali si ritrovano essere di particolare importanza alla vita ed all'esatta cognizione del diritto positivo. Quindi la derivazione etica, la nozione del diritto, la sua relazione al buono, ai beni della vita ed a tutti i di lei rapporti, la determinazione del fine organico ed etico dello stato, e la divisione organica di tutta la scienza del diritto e dello stato. E tale esposizione giuridica e filosofica non deve — come per vanitosa mostra scientifica — porre innanzi principii filosofici, del tutto sconnessi dal diritto positivo, com'è costume di pressochè tutte le enciclopedie; ma all'incontro offrirà una applicazione pratica delle dottrine fondamentali giuridiche e filosofiche in tutte le principali materie.

Il secondo libro abbraccia la *storia del diritto* dei popoli offrenti maggiore interesse pel nostro studio pratico del diritto; quindi dei Romani e Germani. Alla storia speciale giuridica andrà innanzi un generale prospetto filosofico sullo sviluppo del diritto e dello stato secondo le più luminose epoche della storia universale. Scopo di una tale rivista di filosofia storica si è quello di stabilire per la storia la prova che il diritto e lo stato crebbero e progredirono mai sempre sotto l'influenza di superiori idee religiose e morali abbraccianti la vita della umanità. Di più, che il diritto e lo stato non furono giammai dotati di una propria indipendente potenza creatrice, quale vogliono immaginare quegli che stanno in attesa d'ogni salvezza soltanto dai miglioramenti nell'ordine giuridico e dello stato, e che perciò anco a giorni nostri ogni pratico perfezionamento dipende dalla intima connessione del diritto colle idee più elevate sul genere umano. Della reale storia del diritto non verremo tracciando null'altra tranne della romana e tedesca. Non è per questo che si sconosca la storia giuridica degli altri popoli, e specialmente degli Indiani, Chinesi, Persiani, Egiziani, Ebrei e Greci; ma vi si rinuncia per la mancanza di esatti lavori de' quali informare un simil quadro. La storia romana e germanica del diritto verrà ad essere esposta principalmente nello sviluppo interno, apprezzandola con raffronti vicendevoli di queste due manifestazioni giuridiche.

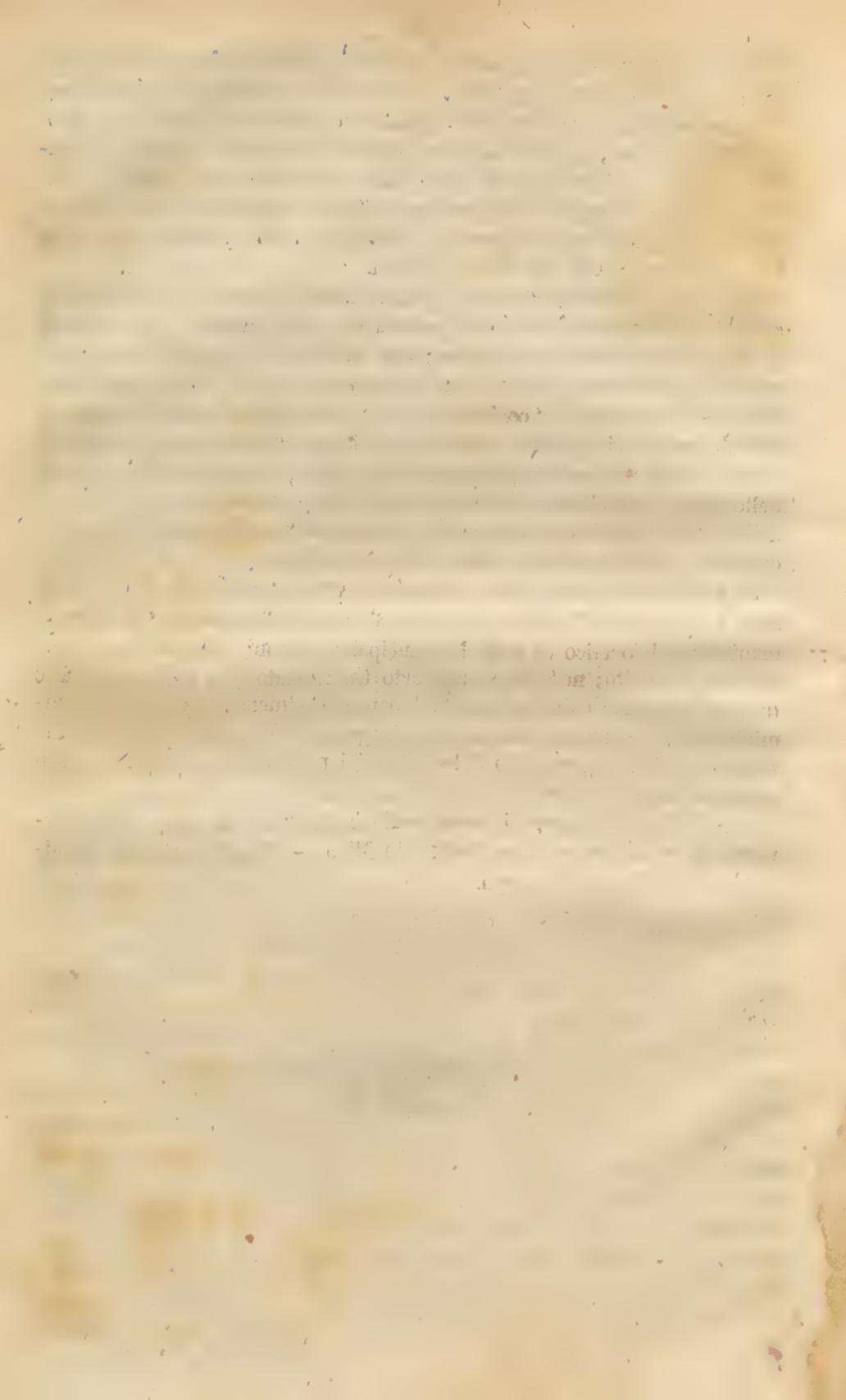
Nel terzo libro vengono espote a mo' di prospetto le principali dottrine del diritto privato positivo. Avvegnachè la nozione del positivo sia meramente relativa, e non solo variante in riguardo al dominio delle legislazioni nuove, ma trovisi pure vacillare per entro i confini del diritto comune, quindi in molta parte della Germania; non essendo per anco formato il rapporto pratico tra il diritto romano ed il germanico nè scientificamente nè praticamente, però non è dato dipartirsi in così fatta parte da veruno dei diritti positivi.

Per il che m'è forza dedurne primieramente la idea d'ogni istituzione giuridica dalla natura delle cose, vale a dire dalla essenza dei rapporti di vita i quali le servono di base; indi collegarle il concetto del diritto romano e germanico, spesse volte contrapposti l'un l'altro, con simultanea considerazione de' codici nuovi. E di tal modo vengono poste le basi di una giurisprudenza comparativa, la cui elaborazione e sviluppo meglio completati, sarebbe di gran lunga più vantaggiosa alla coltura dello spirito e della intelligenza dei giovani nello studio del diritto e della vita, di quello che non sia la perseverante applicazione della mente quando a questo quando a quel positivo diritto.

Si avranno nel quarto libro le dottrine fondamentali del diritto dello stato e dei popoli. Nella teoria dello stato particolarmente conviene si manifesti il lato etico di tutte le principali quistioni, che fin'ora venne negletto di molto; non che il rapporto tra lo stato e la società e le sfere tutte della sociale coltura, facendo luogo specialmente alla dottrina amministrativa determinandola con quella profondità che vien richiesta dalle singole cerchie. Il prospetto del diritto dei popoli farà emergere le tesi principalmente pratiche.

Il libro quinto porgerà in compendio la metodologia, vale a dire l'avviamento scientifico ad uno studio giuridico — filosofico acconcio ad attingere agevolmente lo scopo.





LIBRO PRIMO.

BASI FONDAMENTALI FILOSOFICHE DEL DIRITTO

CAPITOLO I.

DEDUZIONE DELL'IDEA DEL DIRITTO.

§ 1. *Proemio.*

La umanità nella sua vita in tutti i secoli e luoghi manifestava mai sempre una credenza necessaria profondissima allo spirito, ad un Dio, al buono e alla morale, alla verità, al diritto ed alla giustizia. Queste idee le sono sì strettamente ed intimamente collegate a vicenda da non essere possibile dubitare dell'una senza avere incertezza dell'altra, nè questa o quella comprendersi esattamente quando venga singolarmente considerata. Gli è però che fosse del tutto erronea la separazione del diritto dal buono e dalla morale, e quinci ne scendessero nozioni viziose, e monche esposizioni dei giuridici rapporti. Dal che ne viene che le idee le quali reciprocamente si richieggono suppliscansi o completansi, argomentano ad una comune origine. Avvisando al superiore ed al sublime nelle indagini dell'umana vita, accordansi tutte nel non lasciarsi derivare dall'*esperienza* esterna, la quale trovasi ognora incompleta, e offrente nulla più del finito del limitato del mutabile e del passeggero. Onde la prima fonte alla cognizione è posta nell'interno dell'uomo, e convien la si scruti nella coscienza come quella che riflette nella sua unità tutte le interne forze e manifestazioni dell'animo. È quindi dalla analisi della coscienza che si dovrà dipartire nella indagine di così fatte idee e specialmente di quella del diritto.

La idea del *diritto* e della *giustizia* — oggetto dei nostri studi — distinguesi da qualsivoglia altra più elevata della vita pel suo carattere immediatamente pratico, avvegnachè sia impossibile il pensare un'armonica convivenza degli uomini senza una giuridica conferma de' loro essenziali rapporti. Ma se con ciò si viene ad agevolare l'investigazione della idea del diritto, è però ad un tempo accresciuto il pericolo che si confonda colla nozione storica del diritto positivo quale è derivata da istituzioni determinate, la superiore idea del diritto tendente a perfezionare la vita per un continuo progresso. Un tale errore devesi certamente schivare; ma dobbiamo però declinare il vizio opposto quale si è quello

di dedurre a priori meramente l'idea del diritto, senza darsi cura di riscontrarla nella storia e nella realtà. Che se un tal metodo può essere legittimo in altre sfere della scienza, ove trattasi esclusivamente di nozioni razionali, sarà per lo meno parziale e manchevole adoprandosi all'idea del diritto il quale immediatamente s'incarna in rapporti che furono ognora sopposti ad un pratico coordinamento. Ed ecco come essa idea determinata dalla filosofia giuridica debba riscontrare, non già la prova, ma la riprova nella esperienza, vale a dire nella storia dell'umanità. Ciascun principio che si avesse a porgere qual fondamento del diritto, ma non armonizzasse colle fasi essenziali della realtà nella vita, avrebbesi per falso a rifiutare.

Per il che si vede come il metodo da seguirsi nell'investigazione filosofica del diritto venga tracciato dalla essenza della sua stessa idea. E in simile cammino conviene dipartirsi dall'analisi della coscienza, traendone la nozione generale del diritto, e questo smembrando ne' suoi elementi che lo compongono, determinarlo con accurata analisi, e raffrontar quindi la nozione giuridica ricavata in tal modo, co' rapporti del diritto quali ce li porge l'esperienza esterna. Ma così fatto concetto analitico psicologicamente ritrovato, è ben lungi dal garantire possa essere perfetto, avvegnachè nell'afferrare le sue singole note o parti, possono esserne neglette o non scorte alcune delle più importanti e con esse la più profonda base su cui si appoggia. Quantunque però il diritto non si volga che ad una parte delle umane relazioni, tuttavia toccando ed influenzando colla sua sfera altre cerchie interessantissime della vita, le quali tutte hanno il loro comune principio nella natura dell'uomo, così fa d'uopo contemplare l'uomo non solamente da un lato, nè in una limitata serie di relazioni, oppure esclusivamente nella manifestazione di una facoltà; ma invece lo si avrà a considerare nell'unità del suo essere e in tutti i punti di contatto ch'egli ha col mondo, colla vita, cogli uomini, lumeggiando però maggiormente quella fase che rappresenta l'idea del diritto. Le differenti vie battute in questa indagine originano dalla diversità delle scuole nella scienza nostra, essendochè si cambi il metodo a misura delle varie concezioni, e queste alla lor volta vengano da quello modificate. Malgrado le differenze, deve però il metodo perchè sia esatto e completo, riunire le varie parti cadute sotto l'osservazione onde condurre ad un concepimento per quanto sia possibile integro della materia. Impertanto noi dobbiamo innanzi indagare l'idea del diritto psicologicamente in quanto ci porge la coscienza, indi derivarla dalla natura dell'uomo.

§ 2. *Investigazione psicologica dell'idea del diritto.*

Se ci poniamo ad interrogare la coscienza intorno a ciò che chiamiamo diritto, un tal concetto ne si offre subito come derivante dallo *interno* nostro; e superiore alla esterna esperienza. Nè per niuna guisa

è possibile lo si pensi generato da semplici astrazioni, da speciali sussistenti rapporti della vita o da istituzioni, poichè veruna astrazione può estendersi oltre la sfera degli oggetti da cui venne formata. Ogni concetto astratto dalla esperienza esprime soltanto che una cosa *sussiste* in questa o in quella guisa, ma non può per nulla stabilire che di *necessità* debba essere in quel modo e non in altro. Or per la nozione del diritto la quale abbiamo innata, di per noi stessi ne diamo possanza di applicarlo come regolo ai rapporti della vita, ed aspiriamo eziandio ad immutarli e migliorare le istituzioni sussistenti onde meglio rispondano alle esigenze di quanto noi pensiamo come diritto. Questo tendere che noi facciamo ad incarnare l'idea del diritto vivente nella coscienza, non è possibile arrestare essendo che involontariamente ne muoviamo ad un tal scopo per una necessaria spinta interna. Gli è però che l'idea del diritto ne appare come una regola superiore esistente in noi, secondo la quale apprezziamo e giudichiamo i rapporti della vita. Ma siccome sulle prime questo pensiero non emerge nella coscienza che in una generalità indeterminata, onde si ha cotanta discrepanza de' giudizi che da esso derivano; così di leggieri si fe' comune l'opinione, l'idea del diritto non essere nè primitiva nè indipendente dalla nostra volontà, che se altrimenti fosse non vi avrebbe tanta divergenza di credenze in relazione ad essa. Se non che il motivo principale della lagnata discrepanza è riposto in ciò, che la nozione generale porta dalla coscienza non viene di costume sviluppata con ulteriori meditazioni e indagini metodiche, onde la si possa elevare ad idea nel vero senso della parola, vale a dire concetto determinato da tutte le sue note o parti essenziali.

Soffermandoci poscia alla definizione del concetto generale del diritto che prima occorre al pensiero nel suo vero si ma superficiale manifestarsi, ne colpisce una differenza essenziale tra esso e gli affini concetti del vero, del bello; differenza riposta nel non essere la nozione del diritto riferita principalmente al conoscere ed al sentire, ma all'operoso volere, onde ne segue la sia un principio a preferenza degli altri sommaramente pratico della vita. Del resto non avvi che una sola idea — quella del bene morale — la quale si possa condurre alla realtà per l'umano volere in quanto si estrinseca; ed appunto per questo viene a presentarsi di natura analoga alla idea del diritto, onde qui noi possiamo inferire la importante conseguenza avere il diritto ed il bene morale grandi e comuni destini da compiere, nè potersi in fra di essi contraddirsi, però che sieno realizzabili per una medesima facoltà, il volere.

E se ora ci stringiamo a considerare il concetto del diritto puramente e soltanto nella sua natura, indipendentemente dalla sua probabile origine e da' suoi rapporti verso altre idee, veggiamo com'esso esprima un modo determinato a cui attenerci riguardo alla nostra operosità, tanto nelle vicendevoli relazioni cogli uomini, quanto nella sfera limitata a noi soli, sentendo l'esigenza di operare equamente in confronto agli altri ed a noi stessi. Dal che abbiamo, determinare il diritto una norma al no-

stro contegno verso noi e gli uomini. La è per dir vero un'opinione comune, rapportarsi esso soltanto alle vicendevoli relazioni degli uomini, e le opere ed omissioni riferite all'autore sieno sottoposte soltanto alla morale; ma una tale credenza trovasi in contraddizione colle intime leggi della coscienza, sicchè nelle lingue di tutti i popoli colti ritrovasi frequenti volte pronunziato il giudizio, questi o quegli essere verso di se giusto od ingiusto. Se l'errore si ritrovi in quella opinione oppure nel giudizio della coscienza, non si può indubbiamente stabilire che per una indagine assai più profonda. Ma intanto noi accettiamo quanto ne porge la coscienza nostra.

Il diritto considerato come un regolo alla attività, è perciò un *concetto di relazione* esprime un rapporto collegante la nostra operosità con un'altro oggetto. Gli è quindi un concetto relativo, non già quello di un semplice attributo, nè di un'ente assoluto od infinito, perocchè s'anco avesse a ripetere l'origine dall'assoluto ed infinito, tuttavia esso esprimerebbe pur sempre delle relazioni aventi fini e rapporti condizionati. E considerando la natura particolare del rapporto contrassegnato colla voce « diritto » ci scorgiamo sempre accennata una qualità di correlazione, giacchè ove questa manchi non si avrà mai discorso di diritto. — Il diritto impertanto suona: una *corrispondenza di rapporti*. Ma esso ha comune questo carattere con molte altre idee, avvegnachè anche in quella del vero viene rappresentata una correlazione ovvero un'accordo del nostro pensiero o sensazione con un'oggetto. Dal che sentesi la necessità di aggiungervi un'altra nota distintiva o contrassegno più caratteristico, e questo è posto in ciò che nel diritto non si esprime altrimenti, come avviene nel concetto del vero, una relazione di conoscenza ovvero un'accordo tra il pensier nostro ed il suo oggetto, ma una corrispondenza tra le opere nostre od omissioni ed i rapporti della vita.

Da questi caratteri del concetto del diritto, quale lo rinveniamo nella coscienza, si deriva l'importante deduzione riferirsi esso concetto a' rapporti reali, in altre parole obbiettivi, e la volontà o per dir meglio la libertà essere il potere subiettivo per cui si incarna il diritto, la quale però da tali rapporti deve lasciarsi dirigere e determinare.

Nè la volontà nè la libertà creano però il diritto, avendo esso la sua base nelle relazioni della vita umana, le quali devonsi innanzi tutto ricercare perchè il volere di un'individuo o d'una unione di uomini possa sovra di loro portare un'acconcia influenza. Gli è quindi che si ritrova nel concetto del diritto — quale fin' ora lo si ebbe a sviluppare — un momento obbiettivo od esterno ed uno subiettivo od interno; sussistente il primo negli intrecciantisi elementi della vita, il secondo nella volontà liberamente esternantesi, onde si avranno delle relazioni e determinate ed indeterminate. Di questi momenti veruno deve restare inosservato nella dottrina giuridica. Se si avesse a sconoscere l'obbiettivo, apparirebbe il diritto un mero prodotto del capriccio, d'una libertà senza freno e legge, sicchè e esso diritto e i rapporti giuridici verrebbero ab-

bandonati ad un cambiamento perenne, ognor vacillante ed arbitrario. Che se all'incontro si trascurasse il subbiettivo, ayrebbesi a concepire il diritto come una cieca potenza della natura, e le giuridiche relazioni terrebbero per un giogo, a cui è mestieri curvarsi e che si trasmette di generazione in generazione onde conservare il tutto quale si trova per servile imitazione e volgare indolenza di moto. È quindi a tenersi la libertà come la potenza creatrice della vita giuridica; ma conviene però vincolarla ad una regola, ad una legge sussistenti nelle relazioni e da cui fa duopo le si derivino, quali ordinatrici di essi rapporti che però devono realizzarsi per mezzo della libertà.

Abbracciando ora tutti i momenti trovati coll'analisi psicologica, e ciò per formarne il prospetto e procedere, ci è dato stabilire nel seguente modo il concetto del diritto: « Il diritto gli è una norma che esprime l'armonica rispondenza del libero operare ossia dell'esercizio della libertà coi rapporti umani della vita. »

Ma non possiamo acquetarci per niun modo a questo concetto, essendo ancor poco preciso nè sufficientemente chiaro. Per ora non conosciamo da vicino nulla di più della facoltà incarnante il diritto, vale a dire la volontà, la libertà; ma non abbiamo per anco cercato con accuratezza in che sieno riposti i rapporti della vita, onde originino e che contengano, nè pur sappiamo per bene che sia un'armonica rispondenza, avvegnacchè questa esiga un regolo più elevato a cui misurarla. Entrambi i punti così importanti non potranno essere posti nella conveniente lice se non per l'osservazione della essenza e della vita dell'uomo nella sua integrità e grandezza; poichè nella natura dell'uomo sono fondati quei vari rapporti almeno in una fase, e l'armonica rispondenza con essi fa duopo la si determini secondo una qualche tendenza volta ad uno dei fini della vita umana.

§ 3. Sviluppo ulteriore dell'idea del diritto dalla essenza dell'uomo.

A. OSSERVAZIONE PRELIMINARE.

La convinzione, nella quale ci condusse la precedente indagine psicologica, che al più profondo riconoscimento del diritto si richiede l'investigazione dell'essenza e della natura dell'uomo, non si ebbe di certo nella filosofia giuridica ne' tempi moderni, ma deriva fino dagli antichi. Platone ed Aristotile basavano le dottrine del diritto e dello stato sulla loro concezione dell'uomo; Cicerone (1) accenna più e più volte a cosiffatta base necessaria, e le recenti teoriche di filosofia giuridica surte nei tre ultimi secoli non presentano in proposito che un progresso non interrotto,

(1) De legg. I. C. 3. Natura juris explicanda est nobis, caque ab hominis repetenda natura; — ed in ambo le sue opere de leg. e de officiis si rapporta sempre Cicerone in tutte le sue principali quistioni alla dottrina filosofica dell'uomo.

cercandosi appunto in esse un metodo più accurato per derivare il diritto dalla umana natura. La è questa la tesi specialmente importante, e ad un tempo trovasi essere il punto onde si separano da remoti tempi in poi i vari sistemi della scienza nostra onde farsi indefinitamente divergenti. L'origine più vicina della differenza di tali speculazioni la si riscontra nel riguardare che in essa si fa, l'essenza o la natura dell'uomo da un solo lato, da un punto di vista esclusivo, per il che ciascun sistema contiene bensì una verità parziale, ma per l'isolamento in cui la si afferra, condotta a declinare in eccessi viziosi. Quindi si credette derivare il diritto e la condizione sua quando dalle singole tendenze della natura umana, quando dal bisogno interessato o no di associazione (*Grotius, Pufendorf*), ora dalla necessità di uno stato sociale onde aver sicurezza in una forte potenza dello stato (*Hobbes*), ora da uno scopo peculiare della vita, [sia desso la perfezione il benessere o la felicità (*Leibnitz, Wolf*), ed anco dal fine della coesistenza della libertà di tutti (*Kant*). Finalmente si avvisò la realtà vivente venir più debolmente conosciuta e spiegata per quelle teoriche e specialmente per l'ultima, e si volle dedurre il diritto non da un'immaginario stato di natura, nè da principii generali a priori, ma lo si concepì rivelato nel suo sviluppo storico, e tenuto per storico concetto perfezionantesi ognora colla vita del popolo.

Da ultimo altri pensatori nella loro tendenza religiosa ed etica, veggendo avere il Cristianesimo recate in mezzo le più profonde spiegazioni sulla natura dell'uomo, prodotta la più gran riforma che si conosca nella vita dei popoli moderni, e continuando ad essere il fattore più possente nella storia, prelesero si ricreasse il fondamento alla filosofia giuridica nella dottrina cristiana sulla essenza e sulla vita dell'uomo. Gli è bensì vero che in tutta la serie de' sistemi si lueggiano de' punti più o meno interessanti, ma negli uni sin da principio si batte una via esclusiva, ed in altri si manifestò cotai via in seguito nell'attuazione, essendo che conducano pur sempre a vedute più o meno unilaterali. Impertanto non sarà dato ottenere una perfetta concezione del diritto, altrimenti che considerando l'uomo nella *unità e integrità* di sua essenza di sua vita e dello scopo di questa, determinando armonicamente a tali veri esso diritto nelle sue varie fasi. All'acquisto di un simile concetto noi sagliardamente c'adopereremo.

B. DERIVAZIONE DEL DIRITTO DALL'ESSENZA DELL'UOMO E DALLA TOTALITÀ DEI RAPPORTI (ETICI) DELLA VITA.

Se ci poniamo a considerare l'uomo nella posizione in che si ritrova in faccia all'ordine mondiale, e secondo la completa manifestazione di sua vita, lo si riscontra da tutte le parti limitato come gli altri esseri condizionati, non potendo appagare e completare se stesso in verun rapporto nè in alcuna aspirazione della vita; e financo la ricchezza delle fa-

colla e suscettibilità che lo caratterizzano a null'altro riesce se non ad accrescere la sua dipendenza ed il bisogno di un aiuto pel quale si rechino a sviluppo le sue interne tendenze. Tuttavia ad un tempo emerge nell'uomo una forza una potenza di prevedere, di conoscere e credere ad alcun che d'infinito e indipendente, com'anche di volgere la volontà ad una sfera più elevata in guisa che si estendano i limiti al proprio essere ed in parte vengano ad eliminarsi, se ne riempiscano le lacune, e per quanto è concesso sia rimossa la incertezza che scende dalla dipendenza di esso suo essere collo stabilire ciò che lo condiziona. Una tale potenza si rivela più o meno in tutti gli uomini, sia che ne abbiano o no sentore, colla tendenza di estendere senza rattenuto i confini del sapere e dell'attività; e a misura che progrediscono, avvertono con maggior chiarezza l'incremento della potenza ed attitudine a comprendere in se maggior copia di cognizioni e più estesamente che innanzi, di guisa che col ravvalorare interno si accresca vicinamente una simile facoltà. Or tale potenza la quale aspira a sollevarsi sopra il finito ed il condizionato, non si può spiegare colla natura dell'uomo, per essere limitata, ed accenna esservi nello spirito umano l'infinito assoluto, cioè Dio stesso. La più elevata facoltà per cui viene caratterizzato l'uomo si è la ragione, e però in lui si risguarda come una luce superiore divisa, qual organo della divinità: ed essendo egli un essere ragionevole, vien dalla ragione sollevato in tutte le sue potenze ad un grado nobilissimo. Per quella luce sublime è necessità considerare l'uomo come persona avvegnachè dall'elemento divino è fatto un essere in sè, ed a sè stesso scopo. Mercè la ragione si innalza il suo pensiero e la sua conoscenza sopra la sfera del sensibile ed afferra nell'idee l'infinito, l'assoluto e le supreme condizioni dell'essere e della vita. Infine per quella facoltà diviene ed è libero l'uomo, sendo che il suo volere si elevi ad un tempo sopra il mondo percepito dai sensi, ed acquisti la forza di si determinare in armonia alle idee del vero e del buono.

Dal che si offre l'uomo sotto due punti ugualmente veri. Dall'una parte è finito e condizionato in tutte le sue manifestazioni; dall'altra scorgiamo simultaneamente in lui un principio infinito ed assoluto, che si sviluppa come forza superiore della vita, e quale principio d'aspirazione.

Una tale contraddizione riscontrata nella coscienza viene tolta o per meglio dire conciliata col proporci che noi facciamo liberamente uno scopo della vita che tosto o tardi raggiungiamo di per noi stessi appoggiandoci però sempre sulla nostra esistenza presente. Nello scopo viene a riunirsi dall'uomo il finito coll'infinito, e ciò che egli non si ritrova essere, devesi però diventare. Per mezzo dello scopo riunisce egli il presente ed il futuro, e questo gli si allarga innanzi infinito, sendo infinita la meta del vivere umano, nè pienamente attingibile in verun tempo o fase della vita limitata, per quanto ricca sia d'essa.

Giunti a cotal punto ne occorre indagare in che sia riposto l'oggetto della tendenza umana. Superiormente considerato, *uno* è lo scopo e po-

scia smembrasi in vari altri speciali. Il fine unico e riassumente ogn'altro subordinato della vita dell'uomo non può riporsi che nella *perfezione* del suo essere, nel suo più elevato sviluppo, avvegnachè egli per l'elemento superiore infinito e divino in lui riposto, migliori tutte le sue tendenze e forze; e dalla infinita sfera dell'essere e della vita attragga e si assimili tutto quanto gli torna opportuno, per tal guisa reintegrandosi, colmando le lacune del vivere ed incarnando senza intermittenza le aspirazioni della vita. Deve però essere la vita dell'uomo un continuo tendere a reintegrare, compire e perfezionare. E questo si è appunto l'unico universale e immanente scopo di essa, il vero scopo della umanità.

Ma ad una siffatta meta si vien tendendo in vari modi; quindi i singoli fini speciali, de' quali ognuno ha una individuale sembianza, ritrovandosi però tutti in istretta unione e reciproca influenza, ond'è che verun d'essi possa concepirsi senza relazione agli altri. La perfezione dell'umanità si manifesta nel modo più elevato nella religione essendo che per essa l'uomo si riunisca intimamente a Dio. Gli è nella religione che l'uomo con tutta la sua persona è vivente in Dio, qual prima fonte della personalità, cioè come ente od assoluto che ha eterna coscienza, nè forma il mondo solo qual forza od anima universale necessaria, ma che lo regge come saggia provvidenza e conduce la vita della umanità. Che se si identificasse Iddio col mondo o colla umanità, non sarebbe immaginabile una religione secondo il vero concetto che se ne deve avere.

Ciò posto, passiamo a considerare la destinazione dell'uomo in quanto viene ad effettuarsi per le varie facoltà fondamentali, l'intelletto, la coscienza, il sentimento e la volontà.

Considerando dal lato del pensiero e del conoscere l'uomo si perfeziona per la *scienza* in armonia alle varie sfere dell'essere e della vita, anzi nell'armonia del pensare e dell'esistere nella quale è riposta la *verità*. La scienza anch'essa si scompone in un sistema delle scienze a seconda dello svariato manifestarsi dell'essere e della vita, ed in conformità alle diverse fonti della cognizione.

Mentre nella scienza quanto avvi di generale viene ad essere compreso in concetto, e l'infinito ed assoluto in idee; gli è invece dell'*arte* il rappresentare le idee ed i concetti col mezzo della *fantasia* che individualizza e del *sentimento* il quale sa abbracciare le particolarità in un insieme armonico; di rappresentarle sotto una speciale forma, sia dessa eminentemente spirituale o materiale. E l'arte biforcasi in *arte bella* se la forma quale esposizione di una data idea è scopo a se stessa; ed in *arte utile* lorchè all'effettuazione di concetti, si provocano leggi e forze naturali all'intendimento di usarli ad un'altro scopo.

Riferendosi la scienza e l'arte all'uomo tenuto per un'essere che deve completarsi e perfezionarsi colla coltura, si riuniscono nell'*istruzione* e più intimamente ancora nell'*educazione*.

Religione, scienza, arte (bella ed utile) ed educazione esauriscono la

materia ossia il contenuto della vita umana, e stabiliscono il grado in cui deve venire apprezzata. In vero nulla sussiste in essa vita, che considerato a tenore della sua materia non appartenga o alla sfera della religione che fonda il sommo ed intimo vincolo del vivere, o a quella della scienza che tutto assume nel pensiero e nella conoscenza, oppure al dominio dell' arte che abbellisce e rende utile ogni manifestarsi della vita, ovvero finalmente alla cerchia dell' educazione come quella che va formando l' uomo istesso.

Mà con tale sostanza o materia della vita è però da considerarsi a norma della possibilità di attuarla nel reale, il che non si lascia compiere franne mediante la facoltà del volere assunto com'è causa. Indi, il concetto del *bene* il quale per vero non include nulla di nuovo; avvegnachè non sia che il concetto superiore in cui si riuniscono in parte o si conciliano in alcune note i due inferiori: la sostanza della vita; e la sua realizzazione causata dal volere. In altre parole, il bene è il risultato della somma di questi due concetti, è quanto essi hanno di comune, vale a dire è l' unico scopo della vita, che abbraccia tutti gli altri svariati fini.

Impertanto il bene si scompone nelle varie materie di questi fini. Il bene massimo si identifica con Dio e col divino, però che la volontà nello elevarsi a Dio tenda ad attivare l' elemento divino nella realtà sensibile. La scienza e l' arte porgono i beni vicendevolmente influenzantisi e che si compiscono gli uni gli altri; e l' educazione ha nel suo dominio l' uomo come un bene sospinto a perenne coltura. Riferito specialmente al sentimento il bene manifestasi come *benessere*, e questo perchè una applicazione di quello, ne ha comunè lo scopo ed i svariati modi ossia le molte apparenze.

Il bene - che considerato in se è un solo - costituisce l' unità dello svariato tendere umano, e si fa vivente nella semplicità dello spirito, estrinsecandosi per la *volontà* in doppio modo in cui si riflette il duplice lato dell' uomo, l' infinito o incondizionato e il condizionato o finito. Siccome questi due raggi trovansi ad un tempo nell' essere umano ed in lui espliciti, quindi è d' uopo attuare il bene in armonia a quei correlativi. Per il che necessita adoprarsi e praticare il bene e incondizionatamente, però che non trovisi essere circoscritto in nulla guisa nel supremo suo principio divino; ed anco in modo opposto, vale a dire secondo le condizioni da cui dipende nei rapporti contingenti e finiti della vita. Le due specie nelle quali può avvenire quella realizzazione le sono modalità o forme del bene nelle quali esso manifestasi nella vita, e però considerato sotto un tale doppio aspetto dicesi *formale*, laddove pensandolo nel contenuto, che per noi sopra si accennò, chiamasi *materiale*. Il bene assunto formalmente, cioè poste le forme nelle quali prende sembianza d' infinito e di finito, appare come *moralità* e come *diritto*. E questo si è quanto ora dobbiamo più da vicino constatare.

1. La *moralità* si è quel modo d' operare per cui l' uomo compie il bene *incondizionatamente per puro amore ad esso bene*. Kant ha il me-

rito d'aver messa in luce l'indipendenza e purezza del principio ossia motivo morale, sebbene egli non l'abbia concepito nella sua più intima origine, per averlo indicato come un comando inesplabile della coscienza nostra, per un imperativo categorico. Ma la vera causa è riposta in ciò che l'uomo quantunque finito e contingente, per la ragione può concepire Dio e l'elemento divino siccome un vero assoluto, tendervi colla volontà come a bene sommo ed incondizionato, e sentire e sapere che ogni bene, derivando da Dio, si deve desiderarlo ed incarnarlo non per un'altro scopo più remoto, ma solo per sè stesso come quello che si è incondizionato e divino. Ed ecco in che va riposta la purezza ed il disinteresse del motivo, e da cui è costituita la moralità la quale adombra la similitudine che corre tra l'uomo operante e Dio. In quella guisa che Iddio sviluppa incondizionatamente il bene nella vita infinita, così pure deve l'uomo nella realtà limitata esternare la forza divina collo incarnare il bene per amore del bene. È quindi a farsi distinzione tra bene semplice e bene morale. Bene in generale si è tutto quanto trovasi essenziale alla vita e che agevola il toccarne la meta. Una persona può far di molto bene a sè ed altrui e prestare assistenza a tale intento; che se cosiffatto operare non è mosso da schietto amore, ma da vaghezza di pompa esterna ovvero da qualsiasi altro motivo; se nel tendere a beni i quali sieno assoluti, come la religione, la scienza le belle arti, non vi volge per sola brama di essi; ovvero nello incarnare beni relativi non viene animata da uno scopo ragionevole, in tal caso simili opere non sono morali, nè le sparse beneficenze vengono ad essere pregiate del merito superiore; di che ponno essere marcate dal solo motivo morale. La morale che ha per essenziale fattore l'intenzione, lorchè determina stabilmente e con costanza l'uomo al bene, si chiama *virtù*. È la *virtù* in ultima analisi una sola, non altrimenti del bene al quale intende, e delle sue leggi domina tutta la vita dell'uomo in qualsiasi fase essa si trovi. Essa pure si scompone a tenore delle principali aspirazioni della vita, onde originano: nella religione, la virtù della pietà, della edificazione, dell'umiltà e così via; nella scienza, la virtù dell'amore al vero e alla sincerità: nell'arti belle, quella del sentire il vero bello e di operare nobilmente e in armonia ad esso; nell'arti utile (nei varii rami dell'industria,) la virtù di destare, dominare, dirigere e modificare le forze della natura all'intento degli elevati fini della vita; nella educazione finalmente, quella della continuata coltura di noi ed agevolamento dell'altrui. Alle virtù esposte in rispondenza agli scopi obbiettivi del vivere, fa mestieri aggiugnere le altre riferentisi a subbiettivi rapporti della personalità, quali sono quelle dello amore, fedeltà, benevolenza ed analoghe. Del resto esse tutte convien si uniscano armonicamente a vicendevole ravvaloramento, e si ritrovino contenute — nessuna ecettuata — nella tendenza al buono ed al divino. Dal che si vede essere la dottrina della moralità in quanto costantemente s'incarna, quella della virtù, ovvero della morale nel senso per noi qui esposto.

Distinto dalla moralità, ma con essa riunentesi in una comune nozione superiore come le varie specie si riuniscono nel genere, ci si offre un concetto che a ben comprenderlo si ebbero fin' ora di molte difficoltà, non riferendosi esso semplicemente come la moralità alla pura intenzione o sentimento del buono, ma sponendo invece i modi pe' quali sia possibile il portarlo nella realtà; pel che gli è mestieri indagare ed approfondire i rapporti della vita nei quali quella realizzazione deve effettuarsi. Ma questo concetto il quale nulla più assume che un lato o membro del bene, vale a dire la sua attuazione che è cotanto variamente condizionata ai rapporti finiti della vita umana, trovasi essere di sì fatta pratica importanza, che se lo avesse la scienza a sconoscere nella sua comprensione ed estensione, verrebbe ciò nullameno ad essere adoprato dalla tendenza razionale de' popoli in forza di un' indeclinabile bisogno della vita.

Questo concetto venne considerato come concetto del diritto abbracciato dalla scienza e dalla vita, e ciò è quanto è necessità ora si compri mercè una accurata definizione di esso e col riscontrarlo nella realtà.

2. Secondo la porta antropologica ed etica derivazione del diritto dalla essenza dell'uomo e dal bene smembrantesi negli svariati scopi della vita, è a concepirsi innanzi tutto il diritto per *il complesso delle condizioni da stabilirsi per l'attuazione de' fini nazionali della vita mediante la facoltà umana del volere*; o più concisamente, quale insieme delle condizioni di una vita ragionevole — cioè moralmente buona — delle singole persone e della società umana. In questo concetto riscontransi tre momenti principali; il fine ragionevole della vita, riposto nel bene morale, gli è quello *obbiettivo*; la forza dell'umano volere forma il *subiettivo*; ed il terzo si è la *relazione* fra questi due momenti la quale viene ad attingere alla natura di entrambi, poichè essa relazione quale corrispondenza allo scopo si è « meramente obbiettiva: » e considerata nel suo punto di partenza, il volere, da cui muove per realizzarsi è « subiettiva ». Per il che se si avesse a ricercare il diritto in questa relazione, esso offrirebbe un' elemento obbiettivo ed un' altro subiettivo.

Ora fra i tre modi di essere veduti, giova più rigorosamente determinare il concetto della condizione, come quello che si è di maggiore interesse pel diritto, e codesto si verrà facendo appoggiandone alle affini nozioni della *causalità e del mezzo*.

Condizione in genere si è quanto stabilisce la sussistenza o l'attività di alcun che d'altro. Nella dottrina giuridica non trattasi che di quelle condizioni le quali si possono avere dalla operosità del volere, non già di quelle che escono dalla sfera della volontà e del potere umano, e vengono messe da Dio e dalla natura esterna per la sussistenza e la vita dell'uomo. Quindi in diritto è *condizione* quello da cui dipende la singola e collettiva attività umana. Del resto una simile attività rapportasi a scopi della

vita ragionevoli e moralmente buoni. È quindi condizione in diritto (1) tutto quanto da cui dipende l'operosità delle singole persone e dell'insieme degli uomini volta a toccare i fini della vita ragionevoli e moralmente buoni.

Non debbesi però confondere il concetto della condizione con quello del mezzo, sendo questo — preso in genere — un bene relativo atto ad ottenere un'altro bene proposto per iscopo. Di regola i beni inferiori e d' uopo servano di mezzo ai superiori, quantunque nell'organica concatenazione, e nella reciproca influenza dei beni tutti, i superiori — in una relazione almeno — offransi alla lor volta come mezzi al conseguimento degli inferiori; come p. e. quegli sublimi della scienza e della moralità servono nella cerchia economica come mezzi d'acquisto e conservazione dei subordinati beni materiali. Tuttavia la nozione del mezzo esprime il solo rapporto *reale* tra un bene e l'altro; laddove la condizione non significa nulla più dell'intima relazione *formale* della dipendenza vicendevole dei beni, ed accenna quindi ad una più remota attività per la quale conviene si stabilisca questa relazione. Che se vuolsi che il diritto o lo stato quale istituzione giuridica, stabilisca in armonia alla ragione le condizioni della vita, con ciò non si crede certamente esprimere che i mezzi accoppiati siano a prodursi da esso stato, ma solo che questi ed il diritto debbano indicare e contrassegnare come essenziali tutti gli argomenti ad un tal fine richiesti, e proporli nelle varie sfere del vivere come eccitamenti alla umana attività. Gli è perciò che il mezzo trovasi sempre riposto in qualsiasi cosa, mentre la condizione non significa nulla di più della necessità che alcuna cosa sussista, onde ne venga posta un'altra. Quindi si spiega come nel diritto sieno mai sempre indicate delle esigenze le quali sono diritti per la persona che ne ha il beneficio, laddove trovansi essere obblighi per quella che deve prestarvisi. Dal che scende essere importantissimo e pel diritto privato e pel pubblico, non venga confusa col mezzo la condizione, quand'anche questa si avesse a riferirla a dei mezzi (2).

(1) Il generale filosofico concetto giuridico della condizione è più esteso di quello che incontrasi nel diritto positivo come determinazione accessoria in un relativo affare. Tuttavia alcune fiata anche nel diritto positivo esso concetto viene assunto in una significazione più vasta, e per esso — come saggiamente osserva Seuffert, diritto pratico delle pandette, I § 76 ed altri — intendonsi anche le altre modalità, anzi tutte le più vicine determinazioni di una giuridica faccenda, in somma ogni presunzione che impartisca il carattere giuridico ad azioni o rapporti. Questo comprendimento risponde a capello al concetto filosofico, avvegnachè quanto debbesi stabilire, gli è sempre, ossia include in se, la presunzione dello stabilito; in altre parole, rappresenta l'esigenza che sussista quanto è innanzi di già posto.

(2) Nelle prime edizioni della mia filosofia del diritto venne tal fiata opposto il concetto del mezzo a quello della condizione, onde significare quanto questa materialmente contenesse; il che indusse a fraintendere la mia teorica, però che alcuni invece di attenersi allo stretto concetto della condizione, si

Dopo una siffatta distinzione bisogna anco guardare di non confondere il concetto della condizione con quello della causa, colla *causalità*. La condizione per se stessa rende soltanto possibile che alcuna cosa venga pôsta, ma questa viensi realizzando mercè una causa già sussistente ovvero sovraggiunta. Per il che se il diritto comanda sieno stabilite le condizioni alla vita razionale delle singole persone e della società, con ciò non vuolsi certamente che trascendendo dalla loro cooperazione si abbia a porgere ad esse quanto occorre all'effettuazione de' fini del vivere; ma soltanto, sia reso possibile agli individui ed all'unano consorzio di assecondare e toccare le mete ragionevoli della vita purchè essi vi si adoprinno efficacemente come cause. E solo quanto torna impossibile alle persone ed alle speciali società afferrare coi proprj sforzi, è mestieri sia ad esse agevolato con avvaloramento, assistenza ed ajuto per parte di tutti; avvegnachè l'attività degli individui, sieno persone fisiche o morali, non riesce giammai bastevole a se stessa, ma la è sempre condizionata alla operosità sovvenitrice e suppletiva delle altre. Ma non si deve mai porre la condizione in luogo della causa; il diritto non deve distruggere il proprio valore, e si ha a conservare la libera causalità degli uomini e de' loro consorzj; chè altrimenti avvisando cadrebbero in nome del diritto, nell'errore che si ebbe più volte a lamentare ed ognora perniciosissimo, di trattare la società umana come un semplice meccanismo, nel quale gli individui, destituiti d'ogni propria iniziativa, libertà e responsabilità, sarebbero per indeclinabile forza sociale destinati a lavori preconceppi da cui dovrebbero pure trarre acconciamente o no, l'occorrevole alle esigenze della vita. Un siffatto errore messo sotto le varie forme del socialismo e del comunismo, viene eliminato per un giusto concepimento della essenza del diritto.

La condizione considerata in se offre un *concetto di rapporti* che abbraccia i due termini, il condizionato ed il condizionante. Ma per essa suolsi intendere uno solo de' lati del rapporto, vale a dire il condizionante; tuttavia è mestieri si abbracci anco l'altra parte, avvegnachè quei due correlativi debbansi ognora corrispondere. La voce *condizionalità* esprimerebbe più acconciamente la loro vicendevole relazione.

Del resto in diritto quanto sotto un aspetto si è condizionato, può essere sotto un'altro ad un tempo condizione. Onde avviene sieno condizionate per vari riguardi la religione e la vita religiosa dalla educazione, dalla coltura scientifica, e dalla difesa esterna; ma simultaneamente è la religione una condizione alla vita moralmente buona, nonchè

appigliarono a quello del mezzo traendone delle conseguenze ripugnanti alla idea del diritto. Sovra un simile equivoco, certamente imperdonabile a dei giureconsulti, si fonda principalmente la polemica che alcuni Italiani negli ultimi tempi volsero contro la mia filosofia del diritto. Nella 4 edizione tedesca del 1882 e nella 4. francese del 1883 venne tolta questa possibile occasione a malintelligenza.

sugli obblighi viene delineata giuridicamente la sfera esterna del potere, la *facoltà* della persona umana, quinci costituendosi le due parti separate del *diritto facollativo*. Ma non deve punto obbliarsi originare cotale esterna facoltà dalla interna, vale a dire dalle inclinazioni, forze ed operezioni dell' uomo, e doverlasi però adoprare giuridicamente e moralmente a fini morali della vita.

Del resto essa personalità non può per nulla guisa perfezionarsi per un rapido contatto o commercio con altre, ma per duraturi *legami sociali*. E questi biforcansi e si distinguono in *semplici società di scopo* per ciascuno de' fini speciali del vivere, e nelle *intere società per la vita*, come sarebbe a dire la famiglia ed il consorzio del popolo.

Le società formate per un fine determinato, quali sono le corporazioni, e le ragunate di varia specie, adombrano la divisione del lavoro a che si volgono le colleganze degli uomini, svariato secondo i diversi fini ch' esse si propongono. Sendo che ogni individuo deve avvantaggiare e mercè il diritto sugli obblighi trarre suo pro dalle azioni altrui, ne viene sia impossibile si raggiunga una vasta e costante meta, se non vi intendano tenacemente la attività di più individui, - le quali si condizionino e perfezionino vicendevolmente. Ora il diritto di società regola appunto le condizioni secondo le quali ciascun membro deve cooperare allo scopo sociale.

Ma nella *famiglia* e nel *consorzio del popolo*, il quale ordinato giuridicamente ne si offre quale stato, ritrova ogni persona un durevole sussidio alla vita, avvegnachè ciascuna stringa un vincolo di famiglia o di popolo. Ed anco per siffatte riunioni della vita, sancisce il diritto le condizioni per la loro sussistenza in genere, come pur quelle cui debbonsi dall' un canto a beneficio de' singoli membri e in rispondenza allo scopo sociale, ricreare da essi assembramenti però che rappresentino la comune personalità; e che dall' altro lato spetta agli individui lo stabilire perchè si conservino e la comunità e i vicendevoli rapporti del vivere. In tutte queste comunanze si ha a procacciare mercè le diverse condizioni, sia possibile a tutti il toccare a' proprj fini del vivere, per mezzi acconci acconsentiti moralmente, e per l' attività si propria che collettiva.

Impertanto ne si offre il diritto in corrispondenza al concetto che per noi si derivava e svolgeva, sotto un' aspetto superiore ed armonicamente al suo vero carattere umano ed al suo etico scopo: Esso punto non consiste, come pretendea la scuola di Kant, in un concepimento unilaterale e manchevole, nella restrizione della libertà di tutti per la coesistenza; nè manco, come vuole Stahl, nel fissare gli estremi confini alla libertà morale. Trovasi esso pure nel diritto questo scopo limitante e negativo, tuttavia solo in una maniera subordinata; ma il vero fine positivo gli è riposto nella dilatazione della sfera della libertà e dell' attività di tutti, eliminando per quanto sia possibile gli inceppamenti ed i termini venienti dalla finitezza e condizionalità dell' essenza e vita degli uomini.

A qualsiasi conato od opera umana non avvi contrapposto altro che un fine principale, cui deve agevolare anche ogni pratica scienza, ciascuna nei modi che le sono proprj, ed al quale tende principalmente il diritto in maniera positiva; ed esso si è *il fine del più possibile perfezionamento della vita umana mercè le attività di tutti reciprocamente sussidiantsi.*

Con ciò venne porta dalle principali materie positive giuridiche la prova della legittimità del concetto derivato del diritto. Che se la si volesse impugnare, sarebbe mestieri creare una nuova espressione di lingua perchè si contrassegnasse il rapporto, cotanto importante in pratica, della condizionalità della vita. La tendenza della favella ha presso tutti i popoli creato per questo concetto di rapporto, l'espressione quanto semplice, altrettanto significante: *diritto*; come pure designò colla parola *moralità* il motivo puro interno dell'operare, volto incondizionatamente al bene. Nelle lingue delle genti colte si indica colla voce diritto. (Recht, rectum, right, droit ed in slavo pravo (!)) l'essere vola

(1) Le parole *jus* e *δικαιον* esprimono altri elementi inclusi nel concetto del diritto. Ihering, nello « spirito del diritto romano » I. pag. 204, seguendo le « indagini etimologiche di Pott nel dominio delle lingue indogermaniche » 1853 Vol. I. p. 215, accenna che *jus* deriva dalla radice sanscritta *ju*, legare, congiungere (fig. obbligare), dalla quale provengono pure: *Jock*, *giogo*, *jugum*, *jumentum*, *jungere* ed una quantità di altre parole in queste lingue, che quindi *jus* significa vincolo, legame, ciò che congiunge. « La è interessante, osserva più avanti Ihering, la contrassegnazione romana » e greca dell'idea del diritto. Entrambe quelle lingue a tale intento servonsi di differenti radici, che del resto occorrono in ciascuna di loro; la greca adopra la radice *dic* (*δικη*) mostrare, accennare, dalla quale deriva il latino *dicere*, *digitus*, etc. la romana usa la radice *ju*, da cui proviene il greco *ιυγον* (*jugum*). Questa parola greca risponde alla espressione tedesca *Weise* (*modo, guisa*) e in questa lingua, si ha il doppio significato di « modo e maniera » e quello di « norma e regola. » *Δικαιος* « a tenore del suo significato originale, si è colui che segue il modo, che ha maniera. Il punto in cui si conciliano i due significati si è quel del modello, tipo, simbolo; da ciò che il tipo sta innanzi a quanto gli si deve conformare, derivano appunto le parole, usanza, costume, diritto. A questa nozione etica del modo, alludono anch'esse le espressioni: Questa non è la maniera, ovvero: codesto si è un modaccio. Abbiamo veduto sopra nella derivazione dell'idea del Diritto, come questo esprima in vero un modo, una maniera nell'attuazione del bene. Il bene come viene universalmente sentito, e quale si afferra dal senso interno del popolo, gli è pure il tipo, l'esemplare che splende in noi, e la di cui estrinsecazione ossia realizzazione nella vita assume una forma determinata, e diviene costume e diritto. » — Secondo Ihering gli è questo il rapporto fra *lex* e *jus*, che *lex* esprime la ragione del diritto, l'atto del dominare (*lex* è affine al tedesco *leg-legen-auferlegen*, sovrapporre, obbligare), ugualmente come *jus* manifesta la conseguenza, lo stato continuo di vincolo. In conformità al concepimento subbiettivo del diritto per parte dei Romani, pare sia questo veramente il senso esatto, sendo che il diritto sia causato da una imposizione della volontà, *lex*, la quale originariamente accenna tanto al contratto che alla legge,

un'azione o rapporto ad una meta in guisa acconcia per raggiungerla : e però quel motto subna, operare in conformità ad uno scopo lecito in una determinata relazione del vivere ; o più brevemente, esprime il carattere etico che distingue il fine dell' umano operare. E con ciò vuolsi accennare che tutte le opere umane ed i rapporti della vita devonsi trovare talmente concatenate tra di esse, che sia loro possibile sussistere nella propria sfera equamente circoscritta, quanto in una vicendevole relazione di positivo sussidio. Il diritto in relazione alla moralità ed al bene esige che questo non venga compiuto soltanto subbiettivamente con mera purezza di interna intenzione ; ma vuole eziandio si realizzi obbiettivamente e sempre nei rapporti legittimi, a tempo debito, e nel luogo dovuto e coi giusti mezzi ; in altre parole sotto le varie condizioni della vita.

Da tale deduzione del diritto emerge luminosamente l'intima sua unione tanto colla moralità subbiettiva, quanto col buono obbiettivo ed i beni esterni in questo inclusi e che sono a seguirsi quali fini della vita, insomma col buono-morale. Quinci ne segue che moralità e diritto ne si offrono come due forme tra loro diverse, ma reciprocamente condizionantisi e sussidiantisi, vale a dire quali maniere della realizzazione del bene nella vita umana. Essi due modi sono perciò rami d'una comune scienza superiore, della dottrina del bene e della sua effettuazione nella vita. Questa dottrina viene ora presso che universalmente appellata l'etica (1), che non è però a identificare colla morale avente una sfera più

come lo provano le espressioni *lex commissoria, vendere hac lege*. Ma presso altre schiatte indo-germaniche, come appo i Greci ed i Germani, prevalse il punto di veduta obbiettivo del diritto.

(1) La parola *etica* (da *ἠθος, ἔθος* = verb. *ἔξω* porre) assunse ne' sistemi filosofici un significato ora più esteso ed ora più limitato. Gli antichi, Platone, Aristotele e gli Stoici, vi comprendevano in generale l'intera scienza che si riferisce alla operosità della vita, quindi tutta la filosofia pratica. Nella lingua latina del medio evo fu spesso fiate adoperata invece dell'espressione « *ethica* » quella di « *philosophia moralis*. » Quando s' incominciò a distinguere più diligentemente il diritto naturale dalla morale, senza però staccarnelo, si riguardò, come in parecchi scritti della scuola di Wolf, la *philosophia moralis* quella base comune al diritto naturale ed all'etica concepita per dottrina delle virtù (così p. e. *philos. moralis institutiones, jus natura, ethicam et politicam complexæ*, Bruxellis 1789.) Kant ebbe a distinguere più esattamente l'etica ch'egli avea per pura dottrina della virtù della giurisprudenza ; ma tuttavia nella sua metafisica dei costumi tratta della giurisprudenza e dell'etica come delle due parti della « morale. » Ne' recenti tempi si tenne l'etica per scienza comune superiore, la quale poi è suddivisa nella dottrina della virtù ed in quella dei doveri ; divisione incompleta ed inesatta, perocchè alla dottrina della virtù è tutt'altro che aliena la giurisprudenza, o quella dei doveri si riferisce ad entrambe le teoriche della virtù e giurisprudenza. Se non che considerata con più accuratezza l'etica, siccome quella che espone l'incarnazione del bene secondo le relazioni tutte e in armonia ad ogni rapporto della vita, si è : « *la dottrina della sapienza della vita.* »

ristretta, perchè limitata alla dottrina della moralità e della virtù: È però il diritto, non altrimenti della morale, una scienza etica *formale*, che ognora premette la teorica etica del bene e dei beni della vita, quantunque i veri di questa sieno per lo più assunti nella dottrina del diritto come postulati. Ma se non si riferisse alla speculazione del bene, de' beni della vita e dei fini che le si collegano, sarebbe la dottrina del diritto una scienza astratta, e spoglia d'ogni contenuto, e a nulla più riuscirebbe che a vuote forme quali si insegnarono sì a lungo nelle astratte teorie del diritto, a detrimento della scienza e della vita pratica. La dottrina del diritto è piuttosto ad aversi per una parte organica dell'etica, e devesi stringere alla generale teorica dei beni (alla dottrina materiale), e a quella formale della moralità e della virtù (morale), avvegnachè solamente per queste ottenga desso valore, scopo e direzione.

II. RAPPORTO DEL DIRITTO COLLA MORALITÀ' (1).

Qualora finalmente ci poniamo a considerare anco particolarmente il rapporto del diritto colla moralità, lo veggiamo largamente rischiarato a tenore de' principii fondamentali mercè la comune derivazione etica. Siccome il concetto del bene include il contenuto della moralità e del diritto, però è a considerarsi *ciascun'* azione, vale a dire ogni manifestazione sensibile della volontà, sotto un doppio momento; da quello degli interni motivi che appartengono alla moralità, e dall'altro della possibilità dello scopo spettante al diritto. La moralità la quale stima l'opera secondo l'interno motivo del soggetto, rappresenta perciò il modo subbiiettivo ossia la forma, e il diritto la maniera obbiettiva dell'attuazione. Quindi si vede quanto si dilunghi dal vero l'opinione, vi sieno opere prettamente morali ed esclusivamente giuridiche. Imperfanto ogni azione è ad un tempo fornita d'un lato morale e d'uno giuridico; non calcolandosi il mero stato interno, e i sentimenti durevoli virtuosi, come quelli che appartengono solo alla morale. Per lo che un'azione di gratitudine o di beneficenza è primieramente morale, ma nella sua manifestazione riceve anco un carattere giuridico, e potrebbesi sorgere quistioni se in tal seconda fase si violassero gli ordini del diritto. E similmente dispongono anch'esse le leggi positive, statuendo una revoca, almeno parziale, di donazione per essere stata lesa la legittima dell'erede necessario, per sovrappiù indigenza del donatore, ecc.; accordando pure la revoca per motivi morali, come sarebbe a dire per ingratitudine del beneficiato.

Ma gli è pur vero potersi e doversi in certi casi fare astrazione da' moventi morali, perchè essi non vadano sommessi a de' giudizi esterni. E codesto è necessario avvenga in tutte quell'opere le quali appartengono puramente alla vita privata, alla intima sfera d'attività propria di una

(1) Vedi la filosofia del Diritto dell'autore, p. 276-283.

persona; avvegnachè a questa come tale è mestieri si assicuri l'inviolabilità morale e giuridica di una cerchia d'opere libere ed indipendenti, entro la quale ella, tolta qualsiasi responsabilità verso esterni poteri, possa tendere a suo talento a mete e nei modi morali e giuridici che meglio le tornano, purchè vengano ognora osservate le generali forme di legge.

— Ed una tal sfera viene appunto determinata dal diritto privato. — Quindi veruno non è tenuto a render conto de' motivi morali e dell' scopo per cui conchiuse un contratto ed acquistò una proprietà, e per lo più, manco del come ne usi; sendo codesti privati interessi che devono soltanto sottoporsi al libero giudizio di una persona. Siccome l'antieriore diritto naturale lo si era acconciato ai dettami d'un diritto privato, il più delle fiate unilaterale, vale a dire del Romano; così si tentò stabilire il principio che di regola il diritto non abbia a far caso dei motivi morali. Ma questo nella generalità si è un errore, per esservi dall'una parte nello stesso diritto privato, specialmente ove avvengono lesioni altrui, certi momenti morali, come la colpa, il dolo e simili che è pur mestieri il prendere in considerazione; e perchè dall'altro canto, nell'importantissimo ramo del diritto, il criminale, non si possa in niuna guisa giudicare nudamente l'obbiettiva azione esterna, ma convenga indurre dal di fuori alle determinazioni interne morali ed agli impulsi. E così pure nel diritto pubblico, come appare palesemente da molte leggi sociali, occorrono tali avvenimenti i quali se non per se isolatamente, collegati fra di loro, mostrano come venne contemplato anche in un aspetto etico la intenzione, e in riguardo di questa si abbracciarono e modificarono delle istituzioni universali o particolari, come in genere convien che le norme della costituzione e della amministrazione sieno in armonia alla coltura morale di un popolo. Ma la sola verità ritrovasi nell'opinione ora emessa, che il diritto non deve inquisire le mere intenzioni, ma soltanto avvenendo azioni *esterne* e a queste appoggiandosi, indurre — però nei soli casi da stabilirsi — a' motivi morali ed a questi avere riguardo nelle giuridiche sentenze.

Acconsente il diritto in molti rapporti la *coazione*, perchè mirando esso alla effettuazione non può permettere che nello incarnare quanto per se stesso si è equo, si debba lenteggiare ed attendere l'altrui buono e libero volere. Ed un tale costringimento, erando si ebbe a tenere per contrassegno caratteristico e generale del diritto, per sua più intima natura, originando quinci una teoria completa di tutte le svariate specie nello astrignere, come è a dirsi quelle di *prevenzione*, *compimento*, *indennizzo* e *punizione* (1).

(1) Falk anch'esso osserva nella sua enciclopedia 4. ediz. p. 53 che solo le due prime sorta di coazione rispondono al concetto. Così pure Virozsil nell'enciclosed. p. 46 dice essere notorio che vi sieno de' diritti i quali non ommettono esterna costrizione, e tuttavia e' sono diritti perfetti. Così pure Anne den Tex ed altri.

Ma onde si distinguesse davvero ed esattamente la morale dal diritto; e' sarebbe stato mestieri ricercare innanzi qual cosa fosse a *consequirsi anco per forza*, e d'essa cosa investigare l'essenza quindi conoscerla *immediatamente*; ed in tal caso sarebbe emersa la sola coazione di complemento, che per certo non si può adoprare se non in quei rapporti giuridici, ne' quali è lecito venga applicata l'esecuzione sulla cosa istessa da prestarsi. Nulla coazione immediata puossi immaginare ad imporre personali servigi, in guisa che ove non siêno adempiuti, non avvi altro rimedio che un *surrogato*, cioè l'indennizzo e la pena. Oltre questo, altri rapporti giuridici vi hanno in cui può farsi luogo alla coerezione. Così avviene nell'adulterio il quale non è soltanto un'imprudenza ma anco un'ingiustizia, però che leda una condizione necessaria del rapporto del matrimonio; in esso non si fa luogo ad alcuna astrizione, ma per domanda della parte offesa può sciogliersi il vincolo, o stabilirsi la separazione dei coniugi. Si fu questa teorica della coazione la quale declinò fin dalle prime le indagini dal vero concetto del diritto; di essa si usò come di un segno convenzionale di valore cui tentasi far accettare pel valore stesso, di un sonnifero che aquetasse la sete della verità. Oltre a ciò si restrinse per tal guisa il dominio del diritto; malgrado codesto la pratica dovette camminare innanzi, meglio cogliendo la natura dei veri giuridici spontaneamente, di quello che non facessero le simultanee relative speculazioni.

Che se vuolsi d'un tratto vedere quanto intimamente si collegino fra loro diritto e moralità, basta l'osservare come questa includa nella sua cerchia tutti i doveri giuridici rivestendoli ad un tempo del proprio carattere, coll'esigere che debbansi compire con intenzione morale; e alla sua volta il diritto nulla imponga che sia immorale, nè fonda alcuna sua pretesa sovra appoggi che alla morale contraddicano (1). All'incontro soventi volte occorre l'errore che possa il Diritto permettere alcun che di respinto dalla morale, come si ritrova nella sentenza dei Romani: « non omne, quod licet, honestum est. » Nella quale è formulata l'opinione che ogni persona possa nella sua sfera privata fare quanto più gli talenta, ed usare anco immoralmente dei Diritti suoi, senza veruna responsabilità giuridica verso un giudice esteriore. Quindi ne segue che la espressione « permesso » la non sia per nulla acconcia, sendo che per essa si argomenta ad una positiva relazione del Diritto coll'immoralità, quale non sussiste altrimenti. Del resto gli è pur sempre un dovere di un'etica scienza del diritto, di educare il sentimento d'ogni uomo a quel princi-

(1) Quindi secondo insegna il diritto Romano tiensi nel Diritto positivo per una impossibilità (morale) la pretesa di una cosa immorale. Papiniano il quale consacrò tale principio col sacrificio della sua vita, lasciandosi piuttosto uccidere da Caracalla, anzichè difenderlo dalla accusa di fratricidio innanzi il senato, dice al § 18. D, 28. 7: « que facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nec posse credendum est. »

pio, che a ciascuno eziandio nella sua vita privata, benchè sien giudici solo la coscienza morale e Dio, corra obbligo di usare moralmente de' proprii diritti; e tanto più che qualsiasi opposto esercizio, p. e. del diritto di proprietà collo sperperare, conduce per lo più ad una ingiustizia verso se stessi ed altrui. Dal che ne segue che anche le leggi positive giuridiche, che in siffatto caso adombrano il miglior concetto del diritto, acconsentano una legale intromissione.

CAPITOLO II.

ESPOSIZIONE DEI MOMENTI PIÙ IMPORTANTI CONTENUTI NEL PRINCIPIO DERIVATO DEL DIRITTO (1).

È il diritto, secondo la sua concezione più elevata, una norma particolare di vita fermata pel divino ordinamento del mondo, per la quale è forza agli esseri finiti ragionevoli regolare que' loro rapporti della vita i quali vicendevolmente si condizionano, onde realizzare i comuni destini del vivere. E considerando il diritto nella sua più sublime apparenza lo si ravvisa per un attributo della istessa divinità (2), la quale come provvidenza vivente e coscienziosa si fa conduttrice di tutta la vita, e i rapporti fra queste ed il mondo accorda in guisa, da essere possibile agli esseri dotati di ragione tanto individualmente che uniti in comunione, l'incarnare i loro fini morali del vivere, mercè una relativa libera determinazione e propria reponsabilità. Quinci ne segue essere il diritto un regolo della vita, il quale superiormente origina da Dio intendendo al bene, e che deve servir di tipo all'opere degli esseri finiti. E preso dal punto di vista dell'uomo, il diritto ne si offre ne' momenti principali che seguono:

1. Il fondamento del diritto è riposto nella finitezza e condizionalità dell'essere umano, ed un tale carattere non gli si può in nessuna guisa staccare (3). Quindi non sarà il diritto una istituzione transitoria, e nemmeno un ordinamento cui sia possibile eliminare mercè il progresso del vivere e della moralità. Quest'ultima sentenza, onde la maggior parte delle teoriche giuridiche, deriva la sua precipua ragione dall'essere il diritto caratterizzato sommamente unilaterale, per motivo della coazione

(1) Vedi lo sviluppo più dettagliato nella filosofia del diritto dell'autore, 4. ediz. pag. 286-276.

(2) Idem; pag. 284-289.

(3) Così dice pure Savigny, sistema dell'odierno diritto romano, V. I. p. 331: « Il bisogno e la sussistenza del diritto la è una conseguenza della imperfezione del nostro stato, ma non già causale e storica, si bene di una maniera d'essere inseparabile dall'attuale condizione della nostra esistenza. »

non rispondente di certo alla natura morale dell' uomo. Ma non si fa luogo al costringere se non in parte, a motivo della possibilità che gli uomini non serbino di propria volontà inviolato il diritto; e non si deve per vero violentare se non entro la sfera giuridica, vale a dire ne' giuridici rapporti facoltativi, laddove sarebbe un controsenso l' usare il costringimento nelle relazioni morali del diritto, ove la morale predomina, p. e. nel matrimonio. Del resto il diritto trova la sua consueta applicazione ovunque convivono esseri finiti razionali, le cui vite reciprocamente si condizionano; e tutto il regno della ragione è ordinato e diretto da Dio secondo esso diritto e la giustizia.

2. Come sopra mostrammo, lo scopo del diritto è riposto nella *perfezione* dell' uomo e della umana società mercè un sussidio ed aiuto vicendevole. La limitatezza e la condizionalità inerente al nostr' essere, svelasi per quanto sia possibile stremare con attività libera e ragionevole, e collo stabilire le condizioni della vita moralmente buona. Ogni conato convien si volga a render compiuto e perfetto tutto il finito, a sussidiare ed integrare il limitato, e a fare in guisa che il condizionato, per quanto è concesso, si abbia una sfera acconcia, e trovisi a se stesso sufficiente. Gli è perciò il perfezionamento, il fine e l' aspirazione superiore del diritto, come senza dubbiezza dichiarò Leibnitz nel principio di perfezione (*justum est quod societatem ratione utentium perficit*), ed impertanto e alla morale e ad esso diritto risplende innanzi come meta *suprema* comune.

3. Il *contenuto* del diritto è porto dal *bene* da incarnarsi nella vita, e che riferito al sentimento dell' uomo, manifestasi in benessere. Dividesi esso nei varii beni della vita, i quali rispondono a' sovraesposti fini del vivere, di continuo reciprocamente condizionantisi. Per il che ha sempre il diritto per oggetto un bene, l' agevolamento ed il conquisto d' un benessere, sia che questo si rapporti agli individui oppure all' intera società. E diritto non avvi senza scopo ed utilità, non è quindi in contrapposizione del benessere, trovandosi invece con questo in reciproco e necessario rapporto. Non ritrovasi diritto senza uno scopo di benessere, e questo è bensì anco nella forma del diritto e della moralità. Quinci viene essere necessario si volga e venga giudicato il diritto in conformità al bene e al benessere, sendo un loro elemento, avvegnachè il bene abbracci *quanto vi sia di essenziale* da realizzarsi nella vita. Impertanto il diritto non è nulla più di un bene formale, come anch' essa lo è la moralità, perchè e moralità e diritto sono le due specie ovvero forme dell' effettuazione del bene (V. p. 32), attuandosi il bene nella moralità incondizionalmente, e nel diritto sotto i rapporti del vivere che reciprocamente si condizionano. Il concetto del bene e del benessere viene nell' ugual senso stabilito da Leibnitz e dalla sua scuola, come il vero oggetto e contenuto del diritto, e solo le due forme di questo non vengero bastevolmente poste in chiaro nè esattamente distinte. In simil guisa i giureconsulti romani che si educarono alla filosofia greca, definirono la

scienza giuridica (1) siccome una « ars boni et æqui, » nel convincimento che il diritto tenda ad effettuare il bene quando risponda a rapporti reali (æquum); — cioè il Platonico *πεσογνητον*.

Siffatta opinione viene ad essere legittimata da requisiti essenziali che il diritto romano in molti personali rapporti, stabilisce quali condizioni per esempio: la buona relazione coniugale, filiale, paterna, ecc.: la buona tutela, curale e così via; com'anco da parecchi momenti morali « bona fides, » l'estimazione ecc., i quali vengono richiesti quali condizioni per conseguire alcuni giuridici vantaggi. Considerato nello insieme tutto il diritto si delle persone, che sulle cose ed obblighi, nella sua essenza non è nulla più della dottrina delle condizioni da cui dipende: nel diritto delle persone, la locazione, l'uso e la tutela de' beni personali della vita, della salute, della libertà, dell'onore ed altri: in quello sulle cose, l'acquisto, l'uso e la difesa de' beni reali, della proprietà e seguenti; finalmente in quello sugli obblighi, lo scambio de' beni sieno dessi reali, oppure prestazioni di servizi. I pensatori nelle ultime teoriche di diritto astratte e subbiettive perdettero di vista alquanto la nozione del bene, dei beni e del benessere (2); tuttavia questa la è sempre il prin-

(1) Questa definizione là è di Celso, uno de' celebri giureconsulti appartenenti alla scuola dei Proculiani, e che visse intorno al 100. dopo Cristo. (vedi quanto sovra di lui scrisse Puchta *Instit* 1855, Vol. I. p. 355; essa viene citata da Ulpiano in pr. D. de just. et jure l. I. « *Juri operam daturam prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a justitia appellatum, nam (ut eleganter Celsus definiuit) jus est ars boni et equi. § 1. Cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profiteamur, æquum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos... efficere cupientes: veram (nisi fallor), philosophiam non simulatam affectantes.* » Similmente dei 3 noti precetti giuridici (§ 3, I. de just. et jure: *Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere: alterum non ledere, suum cuique tribuere*) il primo accenna ad un momento anco morale, sendochè nell' « honestum » sia riunita l'intenzione morale alla retta opera, il che gli è quanto solamente rende l'uomo onorevole,

(2) Alla idea del benessere si rapporta tuttavia spesse fiate il diritto territoriale prussiano, che venne compilato mentre dominavano le teoriche giuridiche di Leibnitz e Wolf. Nella parte I, introd. § 63, abbiamo quindi; « Il diritto deve agevolare il benessere umano; sendo anche questo un principio del diritto; » ma viene poi insufficientemente spiegato il modo nel quale al diritto corre obbligo di adempiere ad un tale precetto, leggendosi innanzi: « Ma il diritto serve alla prosperità umana nella via che gli venne designata, che è riposta nel tenere uguali gli uomini e i loro rapporti, malgrado le differenze loro individuali. E non è già il benessere dell'individuo, ma quello della totalità che costituisce l'opera del diritto. — » — L'ultima sentenza rifiutava già Ulpiano nella divisione del diritto in pubblico e privato: « *sunt enim quedam publice utilia, quedam privatim.* » Ed in vero spetta alla scienza nostra il determinare le condizioni per le quali possano gli individui conseguire liberamente e per opera propria il loro benessere (diritto privato), come pure l'organismo delle azioni reciproche di tutte le persone pel quale sia dato raggiungere il bene all'intero corpo sociale (di pubblico).

cipio obbiettivo *regolatore*, la norma suprema a tutti i rapporti giuridici, i quali non si ponno stabilire per mera forza della lor' natura, ma bensì per quella del regolo formale del diritto. Sendo quindi esso diritto soltanto un modo in cui si effeua il bene della vita, e la morale l'altra maniera, ne segue debbansi sussidiare vicendevolmente e diritto e moralità.

Nè riescirebbe in nessuna guisa sussistente alcun' ordinamento giuridico di per se solo e per la sua forza coercitiva, se non avesse un senso morale, vale a dire senza la giustizia e rettitudine delle parti costituentilo. Imperocchè se unica motrice delle opere, fosse la coazione, o il timore di svantaggi e di pene; se almeno nel maggior numero de' casi non si fosse praticato il giusto ed il buono appunto perchè tali, in allora verrebbe meno all' ordinamento giuridico ogni appoggio, e lo stesso principio vitale. E nella stessa guisa che la morale rende veramente giuridica l'intenzione, così pure è mestieri volga l'uomo, senza però lederlo nella sua personalità, a vincere l'egoismo, onde il diritto vivificato dalla morale, allarghi la cerchia di que' comandi giuridici i quali, per essere numerosissimi, non possono sperare osservanza per sola astrizione, ma bensì pel sentimento morale.

4. Il bene ed i beni si nel contenuto che nelle manifestazioni di morale e diritto, vengono ad essere incarnati nelle umane società *gradatamente* secondo lo stato psicologico di coltura, e quindi ad ogni tempo ed epoca si offrono sotto la complessa espressione di « *costume* » (1). Gli è però il costume l'estrinsicazione, sebben mutevole pure certa e reale, del concetto del bene e dei beni della vita, quale si ebbe un popolo, e del determinare ch'ei fece in armonia a questi la vita sua. Esso esprime il completo concetto etico della vita e della coercizione; per esso il buono il morale ed il giusto hanno sede (2) e vivono al presente con durevolezza in tutte le facoltà dell'animo, e non sono riposti quindi solo esclusivamente nella cognizione, nella volontà o nel sentimento; ed è il costume per conseguenza il punto storico di unione fra il passato ed il futuro, avvegnachè pel costume progredisca grado grado e si sviluppi quanto ci venne lasciato in retaggio e quello che comincia a sussistere.

Esso costume in riguardo allo insieme de' componenti il bene, gli è pure un complesso che alla sua volta manifestasi paralellamente ai vari beni della vita, quale costume religioso, morale, giuridico e così via. Deve il diritto in sulle prime considerare e tener conto in tutti gli ordinamenti suoi delle generali costumanze del popolo, e poscia eziandio

(1) Sul costume e sull'etico suo significato, V. la filosofia dell'autore p. 215. — Il professore Ichliephake ebbe ad iniziare un soddisfacente sviluppo dell'etica, sulle basi della dottrina di Krause, nello scritto testè pubblicato: « le basi fondamentali della vita morale » che serve di appendice per comporre le contrarie vedute sull'etica. Wiesbaden, 1835.

(2) Sede e costume (Sitz und Sitte) sono in tedesco concetti affini come lo sono in greco nella parola ηθος e εθος.

di quelle del diritto, come si manifestano nel concetto, nel sentimento; nell'opere e nelle abitudini giuridiche. Gli è però che non deve il diritto avventatamente correre innanzi alla coltura morale, nè starsene addietro in regresso. Trovasi il costume in perenne sviluppo e miglioramento, essendo che per la facoltà eminentemente progressiva della cognizione e del pensiero, venga ognor più distintamente afferrato il vero anche dal sentimento, facoltà la quale del resto è di natura conservatrice e tenera della tradizione, ed in tal guisa la volontà riceve determinazione da entrambi quelle forze armonizzanti, e più gagliarda volgesi a nuove opere e più acconci costumi. Ha quindi possanza e dovere il diritto, onde render più estesa la conoscenza e più squisito il sentimento in un popolo; di porre de'principii superiori e più nobili del costume giuridico contemporaneo, ma che però ad aquietare un punto stabile d'appoggio devono addentellarsi all'ultime abitudini ed usi, fermando l'anello di congiunzione del costume e del diritto progressivo, che di tal modo non vi saranno scosse repentine negli ordinamenti sociali, e il tutto camminerà costantemente e dolcemente alla perfezione.

5. Perchè avvenga la manifestazione del bene e dei beni della vita si richiede nello stesso supremo carattere della umanità e della società umana come nella simultanea varietà delle persone, de'fini, delle forze e degli ordini del vivere vicendevolmente condizionantisi e sussidiantisi, vi sia una molteplicità di relazioni della vita nelle quali si ritrovino persone fisiche e morali nonchè altri esseri viventi; e che queste relazioni armoneggino colle fasi e tendenze dell'attività di queste esseri. L'ordinamento di questi rapporti in modo preciso viene compiuto dal diritto. Però tutti i rapporti della vita si accordano nello esprimere relazioni tra persone ed uno scopo riposto in un bene personale e materiale; ma variano a seconda dei sovraesposti fini principali del vivere umano. E così vi hanno mete della vita religiosa, scientifica, artistica, industriale, morale e giuridica. Tuttavia in vista dell'unità superiore d'ogni bene, qualsiasi scopo della vita lo si deve considerare in conformità a tutte le relazioni essenziali, cioè sotto il punto di vista di tutti gli altri fini, in guisa che dapprima devesi giudicare nel senso religioso, rapportandolo alla Divinità; quindi svolgerlo per mezzo della scienza; dargli una forma reale mercè l'arte bella ed utile; assumerlo per rispetto della morale ad intenzione disinteressata onde il bene se ne avvantaggi, e regolarlo pel diritto a tenore di tutte le sue varie condizioni. Per la qual cosa ogni rapporto della vita ne si offre da tanti lati principali, quanti scopi essenziali e tendenze fondamentali ha la attività umana nella realizzazione di un bene. E lo stesso diritto gli è solo un lato, e per meglio dire un lato meramente formale in ciascun rapporto della vita. Ma ad un tempo non avvi alcun rapporto della vita il quale non sia in qualche aspetto condizionato per l'attività dell'umano volere, e che però non possa attendere ordinamento dal diritto. Ed una si fatta verità venne negli ultimi tempi raggiunta, quantunque imperfettamente, dalla scuola storica col porsi sulle

traccie di un'accurata indagine pratica del diritto. Questa scuola cominciò dal distinguere in qualsiasi maniera di rapporto giuridico due componenti: cioè il rapporto della vita, qual lato materiale ovvero materia, ed il diritto quale fattore formale ovvero forma (1).

(1) All'esposizione porta nel testo s'avvicina il concetto di Stahl il quale distingue pure i rapporti vitali dai giuridici, fil. del dirit. 5. ediz. p. 297. Egli ugualmente dimostrò come convenga tener conto dello scopo interno, o secondo la sua espressione, dell'interna destinazione di un rapporto vitale come vero principio regolatore del diritto, quantunque per l'arrestarsi che fa l'autore al concetto troppo indeciso di destinazione, non ponga in bastevole luce tali etici fini e lasci indefinita di molto l'idea del diritto. Pare eziandio si possa avere Sthal (fil. del dir. 1. ediz. 2. Vol. p. 147.) sotto parecchi punti per quegli che aprì la via a Savigny e a Puchta, i quali tuttavia considerano la differenza tra il rapporto della vita col diritto da un più limitato punto di vista giuridico. Ed ecco come si esprime Savigny nel sistema dell'attuale diritto romano, I. vol. p. 333: «Qualsiasi particolare relazione giuridica manifestasi per un rapporto di persona a persona, determinato da una norma di diritto. Ed una simile determinazione viene riposta nell'essere assegnata alla volontà individuale una sfera, nella quale essa signoreggia indipendente da volere altrui. E però giova scernere in ogni giuridico rapporto due fattori: prima una materia, ovvero una relazione verso di se; indi la destinazione giuridica di essa materia. Il primo lo si può contrassegnare per l'elemento materiale dei rapporti giuridici ossia qual mero fatto in quel rapporto; il secondo, pel principio formale, cioè per ciò onde a relazione di fatto viene elevata a forma giuridica.» Ma ancor più ristretta la è la veduta di Puchta, il quale nella sua polemica sulla dottrina dei rapporti giuridici di Savigny, pretende si riguardi il diritto esclusivamente come tale, vale a dire astratto fin ne'fondamenti suoi (V. Puchta, corso d'istituzioni § 21). Beseler (sistema del Diritto comune privato tedesco I. vol. p. 20) all'incontro s'attiene meglio a Savigny ed in parte anco a Sthal, ma fa loro cenſura di non considerare l'istituzione del diritto nella sua purezza, ma di apporla come rapporto vitale desunto dal diritto, a quanto avvi di mero fatto. Ma ben più chiaramente distinse Thöl (Introd. al diritto privato tedesco § 32) colle seguenti parole: «I rapporti della vita del popolo costituiscono la sostanza, la prova di fatto a cui si collegano per norme giuridiche i diritti. Allo insieme del diritto risponde una estesissima prova di fatto, non altrimenti che ogni giuridica sentenza ha per correlativo una singolare prova di fatto.» In tutte queste opinioni s'annida un errore gravissimo, qual si è quello di tenere i rapporti della vita come mere cose di fatto, laddove è mestieri riguardarli da tre lati: quali furono (storicamente); come sussistono attualmente sotto sembianza di costume (come fatto); e nello indirizzo secondo le esigenze ragionevoli e morali volte all'ideale (razionalmente).

Seguendo le traccie di Stahl, i seguaci suoi cercarono lumeggiare il contrapposto tra il fatto od il diritto, e Warnkönig (Enciclop. giur. p. 22) vuol contrapporre in generale ciò che è giuridico tenendolo per base razionale, al fondamento materiale o di fatto. Ma questa opinione non può essere giovevole manco al diritto positivo, come quella che conduce a confondere gli istituti e rapporti giuridici coi casi di diritto (V. la nota seguente). In un caso reale di diritto, quanto è di fatto costituisce sempre la base materiale; ma in una istituzione giuridica, p. e. proprietà; obbligazione, è necessario

Ma per quanto sia importante questo concetto, tuttavia ne rimase superficiale la indagine, non sendosi investigata nè l'essenza, nè il fondamento, nè il contenuto del rapporto vitale, e nemmeno precisato in che si debba consistere il regolo giuridico, per il che i due fattori riescirono del tutto sconosciuti. La nozione del rapporto della vita considerata dappresso la non è nulla più d'una mera generalità formale, la quale quando non venga specificata a tenore del suo contenuto, non offre tampoco un principio direttivo che abbia il valore de' principj astratti della scuola di diritto naturale che ora appunto è rifiutata perchè tale. Gli è però che trattasi di conoscere come ne' rapporti vitali, gli uomini quali esseri ragionevoli s'adoprino sempre a scopi ragionevoli di vita, sieno questi personali o materiali. Impertanto essi gli scopi saranno mai sempre la norma regolatrice, ossia il tipo a cui si avrà riguardo nella determinazione di un rapporto giuridico. È sempre il diritto, come si ebbe a saggiamente stabilire, un regolo *formale*, ma con tal cognizione non si avrebbe avvantaggiato di molto, se non si avesse a determinare il *come*, il

vengano comprese idealmente anche tutte le possibili relazioni e giuridicamente coordinate in acconcie norme. In generale convien si comprenda ogni rapporto della vita dal lato di tutte le relazioni etiche, della religione, moralità e diritto, e ciò tanto razionalmente (nella filosofia del diritto), quanto empiricamente (storicamente ed a maniera del fatto), come razionale-empirico nell'arte legislativa della vita e del diritto.

Novellamente vorrebbe il professore Leist ne' suoi: « Studi civili intorno alla supremazia dell'analisi dogmatica delle istituzioni giuridiche romane, Jena 1854 » fondare il vero metodo sullo studio della natura, cioè de'vitali rapporti di fatto, i quali hanno regole proprie e diverse da quelle inerenti al diritto, e che perciò chiamansi norme naturali. Avvisa l'autore essere per lo più le direzioni giuridiche una semplice sanzione di quei postulati di natura. Ma così fatti principi naturali, si tengono dall'autore per mere leggi fisiche, non altrimenti della considerazione che facevano i Romani del loro jus naturale, in guisa che la natura morale dell'uomo non venia quasi per nulla contemplata. Se però questo si fosse il vero punto di vista, in tal caso bisognerebbe che la giurisprudenza si ispirasse alla scuola di Spinoza, il quale nel suo tract. theol. polit. sviluppava con sommo rigor di logica questo jus naturæ, a cui accenna il motto: « pisces summo naturali jure aqua potiuntur et magni minores comedunt. » Ma perchè nel mondo umano non si debba far luogo a qualche cosa di simile, fa mestieri si signoreggi od almeno si temperi l'elemento naturale dal morale, e si tengano in riguardo, si aiutino e sussidino dal diritto simili morali rapporti. I giureconsulti positivi e di maggior lena si accorgono ognor meglio venir meno le basi finora sussistenti, e ben prevedono più o meno chiaramente non trovarsi il rimedio che nella teoria dei rapporti della vita. Ma in tal caso torna necessario si abbracci questa dottrina senza ambagi e nella sua integrità, siccome dottrina di tutti gli essenziali rapporti del vivere, spirituali, morali e naturali. Ma a tal conoscenza non si può per nulla arrivare senza studi filosofici e di filosofia giuridica, a cui si annette l'indagine sui rapporti economici nazionali, tanta importante per la trattazione di molti rapporti di proprietà e di contratto, ma spesse volte negletta dai giureconsulti.

modo e la guisa di esso regolo. Ma il diritto ordina i rapporti della vita collo stabilire in armonia al principio direttivo di uno scopo ragionevole e che è sempre sua base, il fine poter venir raggiunto nelle varie relazioni.

6. Ogni scopo speciale trovasi essere, considerato nell'elevato aspetto razionale, soltanto un fine parziale di una meta suprema e comune della vita; per il che eziandio o qualsiasi rapporto del vivere appare una mera parte, ovvero un nodo di un rapporto della vita più esteso; onde ne segue sia esso un membro giuridico di un'organismo superiore. A codesto si riferisce la distinzione porta dai moderni giureconsulti, ma non rischiarata a sufficienza, tra *rapporto di diritto ed istituzione giuridica*, dai quali concetti è forza lo staccare quello di *caso giuridico*. La varietà di opinioni sovra questo punto, origina dal non essersi osservate simil nozioni sotto l'aspetto dell'intimo loro legame coi rapporti della vita. E perchè si proceda scientificamente alla determinazione e conoscenza di questi concetti, gioverà passare dal tutto alle parti, dal superiore subordinante allo inferiore subordinato. Come vedemmo, costituisce la vita umana un'organismo ossia un sistema di rapporti vitali, ne quali si vanno estrinsecando i fini del vivere. A simile organismo di rapporti vitali risponde, in quanto lo si può regolare dal diritto, un organismo giuridico come ordine di tale natura. Assunto scientificamente l'ordine giuridico siccome un sistema del diritto, si smembra in tante speciali istituzioni e regole, quanti vi hanno scopi della vita e del diritto. Quinci origina *l'istituto giuridico* il quale si è una unione organica di rapporti giuridici tra se connessi e riceventi norma da uno scopo comune, quale idea regolatrice. L'istituto di diritto, come membro organico del *permanente* ordine giuridico, gli è pure una istituzione duratura, che ritrovasi coordinata coll'intero organismo del diritto; esso rende possibile la armonica formazione dei veri rapporti giuridici, e vi serve di base, rimanendo quindi istituzione essenziale sì ma da elevarsi a perfezione sul primo e variabile costituirsi di tali veri rapporti di diritto. Così sono per e. nel diritto privato, la proprietà cogli speciali diritti reali, il contratto, le essenziali istituzioni della vita della famiglia riguardata nell'aspetto giuridico, lo stesso matrimonio, la tutela ecc.; e le son queste giuridiche istituzioni perchè riferiscansi a permanenti scopi umani. L'istituto di diritto può essere quindi o generale o particolare, e come generale contenere più maniere di particolari istituzioni giuridiche. E in vero veggiamo abbracciare la istituzione della proprietà, quella del possesso e della usucapione; e la istituzione del contratto, i modi speciali dei contratti unilaterali e di vicendevoli obbligazioni, considerati per istituti particolari, come sarebbe a dire dell'istituto del prestito, della permuta, della compra, della locazione e così via. Del resto tutti codesti hanno ciò di comune, che riferiscansi a' rapporti della vita, i quali e sono nella società umana costanti, ed esigono a norma il diritto.

Ben diverso dall'istituto di diritto gli è il *rapporto di diritto*, come

quello che accenna ognora ad una particolare relazione cui devesi apporre a regola il diritto, tra determinate persone considerate in essa come soggetti. Nel rapporto del diritto appare per certo l'istituto giuridico, ma questo però forma la base non di un solo ma di parecchi rapporti. E così l'istituzione nella compera include il rapporto giuridico tra compratore e venditore nonchè quello vincolante altre persone, che pur possono avere interesse nell'affare (p. e. il venditore vende una cosa che non gli appartiene). L'altra della cessione di pretese, contiene il rapporto giuridico tra il cedente ed il cessionario, ed anco quello tra il primo ed il debitore ceduto, nonchè fra questi ed il cessionario. Impertanto il rapporto giuridico rappresenta la istituzione di diritto sotto una sol fronte determinata, in guisa che in essa istituzione si ritrovano tanti particolari rapporti giuridici, quante sono le varie persone da essa considerate unitamente colle molteplici loro relazioni.

Ed altra bisogna di quello che non sia la istituzione ed il rapporto di diritto, si è il *caso giuridico*. Esso lumeggia gli individuali rapporti giuridici passanti fra determinate persone, tali quali emergono realmente nella vita pratica, che solo conoscevansi possibili nella istituzione, e che vengono sopposti alla decisione del giudice in ogni fase particolare, in qualsiasi istante si ritrovino in questione.

Nè convien credere abbiano queste distinzioni soltanto un interesse teoretico, sendo invece di somma importanza per afferrare l'intero concetto organico del sistema giuridico e delle speciali determinazioni di diritto. Quinci è suprema esigenza d'ermeneutica legale, che ogni singolare determinazione giuridica apposta qual regola ai particolari rapporti di diritto, venga assunta e considerata nella nozione dell'istituto giuridico, come la parte dev'essere giudicata nel tutto, senza però obliare manco un istante lo scopo giuridico, formante il sostegno di quelle determinazioni, onde di tal guisa addentrarsi nel vero spirito del sistema giuridico. Ma nella esposizione scientifica dei diritti positivi questo metodo e pressocchè quasi completamente trascurato, non sendosi per anco esposti nella loro intima connessione i principii che sono il fondamento del vero diritto. A ciò arresi, essersi quasi del tutto perduto di vista il nesso passante tra i rapporti giuridici e quelli della vita, e la stessa limitata e povera conoscenza che se ne ha, rimanere (almeno presso i devoti al diritto romano) senza influenza in pratica; che se altrimenti fosse avrebbesi dovuto trarre la conseguenza che sendo le relazioni del viver nostro e nella natura e nella estension loro differenti di molto da quelli del popolo romano, a rapporti nostri addicasi altro diritto (1).

(1) Malgrado tali verità, fin' ora non si riesci manco ad una comparazione scientifica del diritto romano col tedesco nelle importanti e pratiche materie principali, il che sarebbe ben più stato vantaggioso allo studio del diritto, di quello che non torni proficua lo protratta polemica sopra vedute di diritto romano, polemica per lo più infruttuosa. L'avversione contro principii

7. Il Diritto è simultaneamente un principio *obbiettivo e subbiiettivo* e perciò conviene formarsene un concetto esatto in entrambi queste importanti maniere.

a) È principalmente il diritto un reale principio obbiettivo, cioè una norma vigente nei rapporti della vita, un'ordine non creato dalla umana volontà, e da questa indipendente. Si fatta norma ed ordine convien lo si conformi all'ordine messo da Dio dei rapporti della vita reciprocamente condizionatesi, quali emanano permanenti dalla essenza dell'umanità, perchè da questa si raggiunga la propria meta. Siccome l'umano volere trovasi impotente a determinare la essenza ed i rapporti delle cose, nè ha possanza di cangiare le leggi intime, le forze, gli scopi ed i rapporti fondamentali della natura umana; così non gli vien fatto di elevare a diritto alcun che il quale non sia già diritto di per se stesso, vale a dire che non corrisponda ai rapporti.

Non è perciò il diritto una creazione della volontà dell'uomo, ma un principio vitale stabilito da Dio a norma e misura che regola qualsivoglia maniera d'influenza operosa del volere sulla vita degli uomini. Quanto è diritto o deve divenirlo, conviene venga innanzi tutto determinato mercè una eoscienziosa e rigorosa indagine dei rapporti della vita cui esso deve regolare in modo rispondente. Che s'anco indi avvenisse che nella vita di un popolo occorresse stabilire una legge sanzionata formalmente della espressa volontà, sia per votazione od altrimenti, si dovrebbe far luogo alla possibilità di cambiarla ovè ne sorgesse la necessità per riguardo al giusto, potendo manifestarsi il dovere di non perseverare con ostinazione nella sentenza già abbracciata, ma far mestieri esprimere anche formalmente il diritto in armonia ai rapporti meglio riconosciuti. Ed ecco che il diritto non ha la sua origine nè *nel volere* nè *nella libertà*, ma sussiste come norma superiore vincolante *la* volontà quale potenza attuatrice della quale l'uomo è dotato.

b) Il diritto è tuttavia anco un principio *subbiiettivo*, e come tale l'espressione del *rapporto* della volontà o libertà verso il regolo obbiettivo giuridico. E questo lega ognora la volontà con delle esigenze, avvegnacchè ogni condizione considerata come mezzo di una cosa per la sussistenza di un'altra realizzabile dall'umana operosità, sia realmente una esigenza e pel volere una pretesa (1).

filosofici, i quali le più volte s'ebbero a confondere colle superficiali astrazioni, condusse a diffidare d'ogni teorica. Quindi la somma incapacità dei giureconsulti positivi per l'arte legislativa, la quale ognora esige gagliardia di speculazione. Le nuove legislazioni nella Prussia, nell'Austria e nella Francia naquero sotto l'influenza di uomini illuminati dalla filosofia, quali sono Suarez, Martini, Zeiller e Portalis.

(1) Veruna teorica filosofica del diritto fu da tanto sino a' giorni nostri, di derivare il concetto della pretensione positiva e le collegate nozioni di abilitazione ed obbligo, dello stesso principio del diritto, e ciò perchè quest'ultimo venne considerato obbiettivamente, e circoscritto con errore il rap-

Impertanto il diritto accenna sempre nel soggetto del volere esservi delle esigenze, e noi per mezzo del nostro filosofico concetto giuridico abbiamo afferrato il vero elemento caratteristico ed essenziale d'ogni diritto, la pretensione; sendo che in tutte le sfere giuridiche, nel diritto reale con qualche modificazione relativamente a quello sugli obblighi, predomini sempre il concetto della pretesa, avendovi solo differenza nell'essere sussistente tali pretensioni verso ciascuno, oppure soltanto verso alcune persone. Ma tale concetto non devesi osservare da un solo aspetto, confondendolo come il più delle volte avviene coll'abilitazione, sebbene avvenga che tal fiata abbia una più estesa espressione, come allorquando il diritto sulle obbligazioni viene semplicemente nominato diritto delle pretensioni. Pretesa, considerata in generale, suona esigenza fondata nel diritto pe' soggetti che trovansi in rapporto giuridico generale o particolare; essa costituisce pel soggetto, che perciò ha da esigere qualche cosa, la *pretesa giuridica* ossia *l'abilitazione*: e per l'altra parte, sia una persona individuale od una comunità, la quale trovisi stretta a prestare alcun che, o a fare o tralasciare qualche bisogna, forma un *obbligazione*, un dovere giuridico. Abilitazione ed obbligo giuridico sono però le due parti rispondentisi e correlative della pretesa generale di diritto. E questa, come lo si ebbe a vedere nel concetto del diritto, è precipuamente positiva, manifestandosi sotto forma negativa soltanto in alcuni speciali riguardi. Quindi ne viene essere pure le abilitazioni e gli obblighi non solo di natura negativa, ma pur anco positiva. Ond'è che in primo luogo si diano delle pretese originanti dagli stessi rapporti umani tanto generali quanto particolari, come dall' un lato quelle di aiuto positivo nei casi necessarj, ove lo si possa prestare senza pericolo e sacrificio — del che spetta alla morale di giudicare; — e dall'altro canto, le esigenze che derivano dalle relazioni di famiglia. Indi ne occorrono parecchie le quali vengono prodotte dalla azione del volere e che costituiscono le così dette obbligazioni di contratto e di delitto.

c) Relativamente alla posizione del soggetto in faccia alla norma di diritto, sono ad evitarsi due errori, i quali tendono e a far sconoscere il carattere sì giuridico che morale del principio subbiiettivo, il libero volere; ed a rifiutare l'elemento obbiiettivo, o a non acconsentirgli la dovuta importanza. Ma è quasi impossibile il neglilentare a' giorni nostri il fattore psicologico, essendo che il principio subbiiettivo formi fin dagli ultimi secoli la base di pressochè tutte le teoriche del diritto e dello stato, fattasi eziandio in pratica prevalente la tendenza alla libertà. Tuttavia è forza confessare essersi un simile principio ben di

porto di esso diritto obbiiettivo col soggetto. Il noto lamento di Feuerbach sul bisogno di attendere a dedurre da un diritto razionale l'abilitazione positiva per la persona, abilitazione richiesta da ogni diritto sussistente, e non doversi derivare una sola concessione negativa, un tal lagnò venne tolto di mezzo colla derivazione e determinazione del diritto per noi porta.

rado concepito con esattezza, tenendosi per lo più pari l'arbitrio alla libertà, e avvisandosi separare la libertà giuridica, quale esterna soltanto, dalla libertà morale, come interna. Ma la libertà (1) avuta in considerazione sotto un'aspetto, la è una sola, quantunque si manifesti in isvariate tendenze, le quali però non sono giammai isolate; e guardata sotto l'altro, convien subordinarla alla superiore norma obbiettiva di diritto, e non averla in conto di sorgente, ma solo di libera attuatrice del diritto. E pur nell'interna sfera giuridica sacra alla libera persona, ove a questa è concesso abbandonarsi al proprio talento, fa mestieri che ognuno si sappia responsabile verso Dio e la propria coscienza giuridica e morale, onde adoperare che ognor s'incarni quanto è per propria natura diritto. Del resto giova nella vita sociale, perchè la libertà si conservi ognora giuridica nel suo esercizio in tutte le sfere, vincolarla a certe condizioni le quali diano guarentigia che venga esercitata in armonia ai rapporti. La vita della società non consente libertà astratte, condizionate; ma le dovette circoscrivere in condizioni, che altrimenti usando sarebbe stato distrutto ogni umano consorzio. Gli è però che nell'esatto concetto del principio subbiettivo del diritto trovasi la verità, essere bensì il diritto un'ordine supremo, ma libero, rispettante quindi la libertà, accordantele un'acconcia cerchia d'azione, e per la libertà attuabile. Dal che scorgesi come esso non sia una cieca potenza di natura, alla quale devono gli uomini necessariamente ubbidire, ma una divina idea della vita, la cui libera incarnazione è propria della sublimità dell'uomo. Per la qual cosa torna necessario si accordi in tutti i campi essenziali della coltura e dell'esercizio del diritto, alla libera personalità una cooperazione, la cui sfera convien si dilati e delinea a seconda dello stato in che si ritrovano la civiltà e la morale.

Il principio giuridico *obbiettivo* non fu per anco sufficientemente conosciuto e svolto con compitezza da teoria alcuna, manco da quelle scuole le quali s'avvisano d'aver vittoriosamente rifiutata la fissa base subbiettiva. Nè la scuola *storica*, nè la *teologica*, nè quella *razionale* di *Hegel* hanno fondato un principio giuridico veramente reale, obbiettivo (2). Dal suo lato la scuola *storica* non fece più che dar risalto allo *sviluppo* del diritto, nè pose veruna stabile base, s'anco le si volesse concedere aver dessa mostrato il bisogno di stabilire filosoficamente il principio del diritto, non potendo codesto effettuarsi in quella scuola (3).

(1) Sulla libertà e di lei fonte, sulle sue varie tendenze reciprocamente influenzantisi, ed intorno allo sviluppo di essa nella società, vedi la filosofia del diritto dell'autore, Aug. 4. ed. p. 384-402.

(2) E questo vien più diffusamente dimostrato nella filosofia del diritto di Ahrens, 4. ed. Aug. p. 180-181.

(3) Impertanto Savigny non sollevasi essenzialmente sopra Kant per una più diligente definizione del diritto, quantunque con grande diversità egli ne tratti ad una ad una le importanti materie. Nel sistema dell'attuale diritto romano, I. vol. p. 331, così si esprime: « Ritrovasi l'uomo in seno al

Che se vuolsi indagare la fonte del diritto nello spirito, nella coscienza del popolo, nella volontà universale, non cessa una tal sorgente d'essere subbiettiva, per essere rappresentata dalla totalità anzichè dall'individuo. La scuola teologica come quella che move dalla volontà di Dio, e tiene l'ordine giuridico per una rivelazione dei precetti divini, riconosce di certo in tal guisa un principio *superiore* all'umano volere, ma come Leibnitz profondamente osserva, la verità ed il diritto non vengono immediatamente costituiti dal comando dell'Eterno, ma ritrovansi sussistere nelle cose e nei rapporti. Il razionalismo di Hegel volle essere il diritto soltanto l'attuazione della libertà, e venne così senza ambagi mostrando attenersi strettamente alla base subbiettiva, la quale nel progredire che fece la scuola si presentò ognor più determinata, anzi esclusiva. Il solo Stahl, s'appressò più ch'altri non facesse al principio obbiettivo, della sua teorica dei « rapporti della vita », ma non la ebbe a sviluppare scientificamente nè condurre alla perfezione, per non aver come sopra osservammo espressa, e dimostrata l'intima sussistenza dei rapporti vitali. Soltanto colla concessione filosofica giuridica di Krause venne posto nel modo sovradicato il principio obbiettivo, il quale ritrovasi come norma nei rapporti vitali vicendevolmente condizionantisi, e che armonizza ognora coll'elemento subbiettivo, cioè colla libertà morale e giuridica.

8. È il Diritto un concetto *organico*, in quanto per organico si comprende la destinazione reciproca di tutte le parti e relazioni originariamente stabilita nella unione del tutto (2); e precisamente manifestasi

mondo esterno, ed in tal di lui periferia l'elemento giuridico esprime il contatto in che quegli vive con quanti songli uguali per natura e per destinazione. Se quindi è mestieri esistano l'un presso l'altro degli esseri liberi in un contatto, il quale reciprocamente agevoli e non inciampi il loro sviluppo, una tale coesistenza non può effettuarsi se non quando venga riconosciuto un confine invisibile, entro cui e l'esistenza e l'attività d'ogni individuo si abbia un campo libero e sicuro. La norma secondo la quale vien posto quel limite, e per esso la libera cerchia, si è appunto il diritto. — Ma a questa nozione si potrebbe opporre che sebbene il diritto circoscrive quel limite, tuttavia innanzi tutto regola que' rapporti che emergono dallo scire che gli individui fanno dalla propria sfera, perchè questa non può mai esser loro bastevole; e a tale ordine intende esso diritto onde non solo esista una persona *presso* l'altra, ma eziandio l'una *per* l'altra. Alla Pag. 24 leggiamo: « Il diritto vive nello spirito di tutto il popolo, quindi nella volontà universale, che perciò la è precisamente la stessa d'ognuno ». — Dal che ne scende avere il diritto la sua vita obbiettiva in quegli stessi rapporti, che nello spirito del popolo ponno più o meno chiaramente manifestarsi. Anche il concetto abbracciato da Savigny, la volontà universale, accenna qual sia tuttora l'influenza della dottrina del volere del popolo propugnata da Rosseau, a cui aderisce espressamente lo stesso Hegel, sovra quelli pure i quali non ne ammettono in verun modo le conseguenze, almeno nel diritto pubblico.

(2) Gli è merito della filosofia di Schelling di avere esattamente distinto

esso in triplice modo: 1) in se stesso, considerato in un tutto elevato; 2) in riguardo ai rapporti della vita che vien regolando; 3) in confronto alla attività, dalla quale riceve attuazione.

a) Organica è l'*idea* del diritto contemplata in se stessa, come quella che intimamente congiungesi colle idee della religione, della verità, del bene, del bello e del morale, le quali tutte sono diverse manifestazioni dell'*unità divina* nella vita. Gli è per questo che non può il diritto nulla comandare di quanto contraddicesse a quelle affini idee. Ma invece fa mestieri che in vista dell'intima vicendevole positiva colleganza nella quale con esse ritrovasi, si volga dall'un lato ad ordinare tutto quanto è condizione alla sussistenza e progresso di quelle idee, e che dipende però dalla operosità umana, facendosi loro vitale sostegno; e dall'altro canto deve alla sua volta lasciarsi influenzare da quei principi vitali, in guisa che l'intero ordine giuridico risponda a tutte le persone ed ai rapporti fondati nella religione, verità e bontà; quindi manifestarsi come un tutto armonico, quale una bella produzione dell'arte.

b) Organico è pure il diritto in considerazione dell'*organismo dei rapporti della vita*, avvegnacchè in qualsivoglia giuridica destinazione di uno di questi, convien si abbia riguardo e alla *influenza* di tutti gli altri che sono essenziali, e alla *reazione* dell'ordinamento giuridico verso di essi. Quando p. e. si avesse a trattare di un ordinamento giuridico della proprietà e de' rapporti di lei, sarebbe mestieri tener conto innanzi degli

il concetto dell'organismo da quello del meccanismo, e fatto luogo nella scienza di natura ad un concepimento organico anzichè a vedute meccaniche ed atomistiche. E siccome quella nozione non si rapporta — secondo l'accennato senso scientifico — esclusivamente alla vita naturale, nella quale però avviene che si palesi con maggior chiarezza, ma in generale alla vita, che è sempre una unione organica di forze fra loro unite e sussidiantisì; così un tal concetto lo si estese a tutte le sfere della vita spirituale e sociale. E si fu quindi un vanto speciale della scuola storica, quello di riferire la profonda speculazione schellinghiana anche al diritto, sendo questo un'attività del popolo la quale trovasi in connessione con tutte le altre di lui potenze, e che sviluppassi con tutto il vivere umano come un'idea organica. A motivo dell'essersi lungamente nella filosofia, per l'influenza della teorica di Schelling, negletta le debita distinzione fra natura e spirito, onde si ebbero il più delle volte a tenere parallele non solo ma eziandio identiche le due manifestazioni della vita; così anche nelle sfere dello spirito e della società, il carattere di libertà, distintivo dell'elemento spirituale, venne sconosciuto di molto in confronto del concetto della libertà concepito innanzi in modo meccanico ed astratto. Indi si prese di certo a discorrere di un progresso naturale del diritto e dello stato, e lasciòssi innosservato il più nobile sviluppo dello spirito, il libero e morale uniformarsi agli ordini vitali. Così ebbe pure la scuola storica a considerare il diritto come un rapporto vitale elaborato dalle leggi di natura, e specialmente nella trattazione del diritto romano, congiunselo a vecchie teorie subiettive e formali della volontà e della coscienza; ma ne trascurò il carattere etico ed organico, l'essenza, il fondamento e lo scopo.

affini rapporti economici nazionali: quindi dell'influenza della produzione, della partizione e consumo dei beni rurali; finalmente calcolare le esigenze etiche superiori e specialmente quelle morali della vita. Avvegna- chè non sia per niun modo possibile veruna controversia sulla quantità delle cose da prodursi, sulle conseguenze del principio e spinta della libertà, e intorno alla libera divisione che vi tiene dietro; ma invece faccia mestieri adoprare che non si applichi in quelle economiche disposizioni la sola legge dinamica per la quale avviene che la maggior forza del potere tiranneggi la minore, onde intere classi impoveriscono. E così pure necessita provvedere che ogni cosa non sia trascinata nella rapina di un troppo celere movimento dei beni, nè perda lo stato per questo le salde colonne posanti sul dominio materiale, e particolarmente sul possesso fondiario. Ond'è che debbasi tendere a promuoverè il bene ed il benessere anco in riguardo alla proprietà, non già col favorire esclusivamente quello dell'astratta universalità, vale a dire la società, o degl'individui isolati, ma invece agevolandolo alla totalità ed alle parti sue nelle loro relazioni organiche.

c) Finalmente è forza studiare il diritto e concepirlo come organico nella vita eziandio dopo la di lui attuazione. Esso viene realizzato in tutte le cerchie e rapporti mercè persone fisiche e morali, delle quali ciascuna deve e determinare se stessa *secondo il proprio volere*, ed essere anco mossa *da tutte le altre* con essa conviventi. Impertanto nel diritto è concesso ad ognuno di stabilire mercè la *propria* attività libera, le condizioni di sua vita razionale, onde primamente viva a se stesso ed alla propria attività. Quinci deve egli nel così detto diritto delle persone adempiere a quanto esigono le condizioni della conservazione ed avvantaggiamento de' beni suoi personali, della vita, della salute, onore e libertà. E gli spetta poi nel diritto sulle cose, di soddisfare alle condizioni dell'acquisto ed uso de' beni reali, perciò di prender possesso di quegli oggetti che per avventura si ritrovassero ancora senza proprietario, e di contrassegnarli in modo rispondente, ovvero — come è costume avvenire per la maggior parte — di acquistare da altri alcun che in modo derivato giuridico, sia per libero contratto od in conseguenza di etici rapporti della vita. Gli è perciò che incombe ad ogni persona innanzi tutto di stabilire mercè la propria operosità le condizioni necessarie alla vita propria morale e buona; essa deve serbare equità e giustizia anche verso di sè. Tuttavia può avvenire che in tutti gli intrecciamenti del vivere ella debba dipendere da altre persone, e sia così fattamente condizionata dalla attività, aiuto e provvedimento loro, da riescire impossibile, qualunque esibisca prestazioni d'opere o cose, il procacciarsi di per sè quelle condizioni a lei indispensabili, e però le faccia mestieri l'aiuto e sussidio altrui. Gli è in simili casi che deve la società soccorrere con morale e giusti provvedimenti. Codesto convien si effettui secondo l'organismo della vita umana e sociale; quindi è che ciascuno, sia infante o adolescente viene innanzi affidato alla propria *famiglia*. Che se ritrovasi essere la

famiglia del tutto incapace a tale ufficio, in tal caso, spetta alla *casta* (già ci si intende quando una società sia in tal foggia organata) cui quegli appartiene, l'adempire a questo ufficio tanto giuridico che morale, sia completamente di per se stessa, o sussidiando. E se anco le casta vi si trovasse incapace, tal obbligo passerà al *comune* composto di più famiglie viventi in caste. Che se avvenisse non bastassero manco le forze del comune, sarà allora mestieri che vi si presti il *territorio*, la provincia oppur finalmente il *supremo potere dello stato*. Nelle più stringenti bisogna, avranno a porgere la organica cooperazione tutte queste forze or graduate, cioè le famiglie, le casta, i comuni, le provincie ed il supremo potere dello stato, alle quali potrassi pure consociare la importante attività di particolari *società libere* organizzate ad impedire un male e soddisfare ad una necessità. Di tal modo l'assistenza morale e giuridica, quand'è veramente organica, viene nella umana società ordinata.

Questo concetto organico del diritto scioglie le più vitali quistioni, che emergono in molta copia per la nozione giuridica unilaterale, astratta e staccata da qualsivoglia rapporto sussidiativo e limitante.

9. Sendo la vita una evoluzione di quanto appartiene all'uomo e all'umanità, ne viene che il diritto, come quello che si riferisce ognora alla vita ed ai rapporti vitali, sia un principio *storico*, progredendo collo sviluppo degli uomini e dei popoli. Esso è eterno ed insieme temporaneo, cioè un'apparizione continuamente cangiantesi; gli è eterno perchè la sua base, la condizionalità e scopo della vita, l'incarnazione del destino umano, restano costantemente li stessi; ed è mutabile, però che pel variare che fanno i rapporti della vita a cagione del di lei sviluppo, mutar deggion pure le condizioni del vivere e del progresso. Includonsi nel nostro concetto del diritto, più che non avvenga in quello degli altri, i due elementi importanti, de' quali l'uno raffrena internamente esso diritto e gli porge una norma permanente, ed il secondo lo trasporta nel movimento universale della vita. E perchè convien che in quest'ultimo riguardo, armonizzi il diritto colla varietà de' rapporti, nonchè con ogni grado di incivilimento degli uomini, e quasi direi quelli trasmuti in tante forme giuridiche ed analoghe istituzioni; di tal guisa non incorreremo in veruna contraddizione, sapendo come quanto è diritto in un'epoca, sarebbe in un'altra un'ingiustizia. Se impertanto non devono, come si esprime il poeta, trascinarsi vicendevolmente il diritto e le leggi come un'eterna malattia, e farsi la ragione un'insensatezza, il beneficio una piaga; fa d'uopo subentri un'acconcia modificazione sì nel diritto pubblico ove maggiormente occorrono i cangiamenti per la universalità de' rapporti, quanto sebbene più limitatamente in quello privato. Ma un tal vero viene presentemente rifiutato dalla scuola storica del diritto, la quale malgrado l'evidenza del principio del graduato perfezionamento giuridico, comunemente avvisa aversi ad elevare ad impero perenne il diritto formulato a Roma. Eppure gli è un fatto storico e confessato pure dai seguaci della scuola germanica, e non poteva esserè altrimenti, avere il diritto romano

subito una essenziale riforma in pressochè tutte le materie, quando venne adottato dagli stati tedeschi. Del resto la vita reale di un popolo, richiedendo una pubblica e giuridica unità, vuole averla eziandio nel diritto privato. Quindi la scuola storica ebbe ad essere inceppata nella contraddizione tra la di lei teoria e l'applicazione. A ciò arroggi, sconoscere essa scuola le superiori norme di diritto che rapportansi alle relazioni umanitarie e morali, norme costantemente invariabili, e quindi mancare nella teoria di un regolo per distinguere quello, che in ogni tempo è inumano, immorale e però assolutamente ingiusto. La patria potestà è un rapporto permanente, umano e giuridico; ma l'esposizione degli infanti, sendo un eccesso di essa facoltà, la è opera feroce e sempre contraria al diritto. Il matrimonio è un nodo della vita umana e morale; ma la poligamia si manifestò mai sempre per un'istituzione nociva, che travolge gli stati a dissoluzione. Nello stesso modo fu sempre la tortura un falso argomento giuridico nel processo della prova. Ond'è che per distinguere con esattezza l'umano dall'inumano, l'accostumatezza dall'immoralità, il diritto dalla ingiustizia, non basti per nulla lo studio della storia, ma sentasi necessità d'una guida superiore, d'un principio giuridico dedotto dalla natura dell'uomo, e che sia in perfetta armonia colla morale. Per la storia possono bensì spiegarsi parecchie cose, ma non giustificare; non tutto è giusto e buono quanto fu o tuttavia sussiste. L'ideale supremo ed i fini umanitarii devono opporsi come misura ed alla storia, ed alle condizioni storiche del diritto. Quindi e costituzioni, ed istituti che non furono base nè rimedio al progresso di un popolo, ma invece originarono la flacchezza e caduta degli stati, si devono senza più, giudicare come opposti ai veri rapporti ed esigenze della vita, e quindi — almeno sotto un aspetto — venire dal diritto rifiutati.

10. Nel cammino della storia mostrasi il diritto atleggiarsi a seconda delle nazionalità; per questo devolosi tenere anche per principio *nazionale*, e necessita si informi ai costumi del popolo, ad avvantaggiare quegli usi speciali intenda, e risponda al concetto che della vita quella determinata gente si formò. Questo vero avrà maggior luce dal successivo prospetto filosofico dello sviluppo storico e giuridico dei popoli. Per ora bastaci stabilirne il principio, ed eliminare le vedute false od esclusive. Da questo postulato emerge che ciascun popolo indipendente nella sua unità caratteristica, abbisogna d'un acconcio diritto e che fin dalle proprie origini ne è in possesso; tuttavia però collo affratellarsi de' popoli, poterono parecchie nazioni unirsi in conformità al diritto dello stato, del tutto o parzialmente in una società di popoli; e in tale associazione rafforzaronsi mercè il diritto privato, collo abbracciare comuni leggi civili, non fatto caso se rimanessero pure sussistenti alcuni ordini patrii non ledenti la unione. Aggiungiamo che per essere tutte le nazioni membri della umanità, e sendo mestieri si conservi nello sviluppo storico e altrui si trasmetta il bene prodotto da un popolo nel cammino di sua vita; così può avvenire che una nazione riceva dall'altra, come ne trae la scienza

e l'arte, eziandio un sistema di diritto, intero o parziale. Ed una sì fatta accettazione può tornare opportuna anche per questo, che presso tutte le genti occorrono certi rapporti umani del vivere, i quali possono venir determinati e coordinati più giuridicamente presso un popolo, anzichè presso un altro. Così ebbero i Romani a sviluppare ed osservare il diritto sugli obblighi, più largamente di quello che non facessero i Tedeschi. Ma quando in seguito si diffusero le relazioni ed il commercio tra le città germaniche, si senti il bisogno di un diritto internazionale meglio acconcio ed elaborato, il che venne offerto dal diritto romano. Malgrado questo non è dato di sconoscere, come ciascun popolo indipendente modificherà il diritto ricevuto da altre genti, attemperandolo a proprii usi ed esigenze, il che avvenne appunto nel diritto generale romano e nella sua parte speciale dei diritti sugli obblighi. Tuttavolta nel diritto pubblico, che è regolatore de' rapporti della universalità, cotali passaggi ed accettazioni di leggi straniere, porgeranno maggiori pericoli, sendo che la graduata assimilazione e riforma non possa avvenire per mero volere de' privati, dovendo all'incontro fin da principio farsi luogo ad un ordinamento universale, determinato ed acconcio ai rapporti della totalità. Però ebbe a conoscersi per esperienza come l'estendere la costituzione di un popolo ad un altro, sia lo stesso che gettarvi lo scompiglio ed un moto perenne senza direzione fissa, quantunque in simili casi convenga delineare alcune linee fondamentali e generali, che sieno comuni ed uguali ad ambedue quelle costituzioni. Sendo il diritto eminentemente popolare, ne segue debba conformarsi alle bisogna di un popolo e al di lui intendimento, e che però non si abbia ad esporlo scrivendolo solo in una lingua dotta ed elevata, ma bensì in idioma conosciuto da tutti. Ma per popolarità del diritto non si vuol certamente accennare alle esigenze de' tempi nostri, intesi ad innalzare il popolo a signore in tutte le cose, per il che questo venga chiamato a cooperare per mezzo de' rappresentanti suoi al legale stabilimento del diritto non solo, ma anche gli spetti sciogliere dal proprio grembo de' giudici tanto per gli affari civili che criminali, i quali abbiano a sentenziare secondo la loro giuridica coscienza, interprete di quella del popolo, su quanto appartiene al diritto ed al fatto. Non si ha in verun caso ad escludere del tutto il popolo dal statuire e formulare il diritto; ma non farvi intervenire quella massa che puossi tenere per un caos, e che la è contraddistinta solo esternamente per censimento. Ma conviene concorrano col voto certe caste a ciò specialmente adatte, e cooperino agli affari rispondenti alla condizione loro, ne' quali è da attendersi da esse convenienti giudizi per la speciale cognizione di che vanno fornite in quelle materie, come il ceto mercantile industriale ed agricola deve aver voce nei tribunali di commercio, d'industria e d'agricoltura. Gli è in questo senso e secondo tali tendenze che fa mestieri si aprano le vie ad un diritto popolare, che emanerà quindi dai naturali e svariati stati del popolo, diverse però da un diritto di soli dotti giureconsulti. Impertanto il diritto popolare richiede non già una vaga ed

incerta coscienza delle masse, sì bene cognizione e scienza dei particolari rapporti della vita, nè gli è concesso progredire senza i principii fondamentali della scienza giuridica, rappresentata dallo speciale organo sociale del diritto, il ceto dei giureconsulti (1).

CAPITOLO III.

BREVE CONFRONTO TRA IL PRINCIPIO GIURIDICO COME SI EBBE QUI A SVILUPPARLO, E LE PIU' IMPORTANTI TEORIE NELLA STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO.

Una elevata dottrina filosofica intorno allo sviluppo storico dei popoli nelle particolari cerchie della civiltà, servi d'appoggio all'opinione, che le varie tendenze spirituali che agitano la vita interna ed esterna, i contrasti e le lotte indi venienti, comè vengono vedute da un punto di vista superiore, manifestano avere in se oltre gli elementi erronei e perniciosi anche il vero ed il buono, e convergere tutti ad uno scopo comune. E codesta ipotesi ha la sua riprova eziandio nella storia della filosofia; avvegnachè nel succedersi dei molti sistemi filosofici, fe'palese malgrado le tante aberrazioni, un' interno progresso e nella materia e nel metodo; e pose in luce ad ogni precipua epoca, certi grandiosi sistemi, tentanti riunire sinteticamente in un solo principio supremo tutte le precedenti tendenze. Sovra un terreno più ristretto si scorge dalla storia della filosofia del diritto, contenersi in tutte le speculazioni di maggior rilievo una parziale verità, quantunque più d'una volta travisata, e che un principio giuridico quanto più s'appressa alla perfezione, è tanto maggiormente atto a far riscontrare nelle antecedenti teorie i singoli lati del vero. Il principio giuridico fondato da Krause è più d'ogni altro capace a porgerne questa prova che noi ci studieremo di esporre concisamente in modo comparativo.

(1) Confronta: Beseler « Diritto del popolo e dei giuristi, 1843. Quest'opera mostrò la necessità di comprendere il diritto nella sua intima relazione col popolo, co' bisogni suoi e sua coscienza. Ma la indecisione che ritrovasi nel concetto della coscienza popolare, considerato per fonte del diritto, venne spinta alla sua estrema tendenza onde distruggere qualsivoglia dottrina di diritto. — Vedi anche lo scritto di Kirchmann: « sulla inutilità della giurisprudenza quale scienza » 1848; così pure di Stahl « la scienza del diritto e la coscienza popolare: » e « la filosofia del diritto 5. ediz. p. 267 » — Io tengo per fermo aver contrassegnato nella mia filo. del diritto dopo la 2. ediz. 1844, il vero rapporto; come meglio nella 4. ed. a p. 319 e specialmente a pag. 321: ivi furono poste innanzi le principali aberrazione e giudicate. Finalmente io avvertiva che se si amasse annientare l'organo speciale dei dotti in diritto, si incorrerebbe nello stesso errore, di chi avvisasse poter un uomo camminar più spiccato, senza gli speciali organi della locomozione accordatagli dalla natura.

Seguendo in tale raffronto le più grandi epoche dello sviluppo delle idee del diritto e dello stato, veggiamo splendere fra gli antichi il genio filosofico di Platone, la cui dottrina — che più di tutte s'appressa al cristianesimo — dovea servire di fiaccola alle intelligenze anco ne' tempi cristiani. Il diritto pure venne da Platone investigato più profondamente che per l'addietro; ma vi fu mestieri di un principio più elevato, quale ne vien posto dalla teoria di Krause, onde si togliesse il velo che avvolgeva la ideale bellezza dell'idea platonica, e si avesse pure a conoscerne la recondita pratica verità. Platone concepisce il diritto e la relativa virtù della giustizia, non come un regolo soltanto esterno e che si riferisce alla vita sociale, ma innanzi tutto lo tiene per un'ordine interno della vita dell'anima, che quinci raggiando si mostra immagine negli ordinamenti esteriori. Nello insieme etico delle virtù, comprende Platone la giustizia come quella alla quale spetta primieramente collegare tutte le altre virtù nel vero e vicendevole rapporto, riunire armonicamente tutte le potenze dell'anima, assegnare a guarentire a ciascun elemento la sfera d'attività che gli compete, subordinare al superiore l'inferiore, adoprare perchè vengano a preferirsi i beni più nobili a quelli che meno lo sono, cosichè a qualsiasi esigenza dello spirito si contrapponga un reale soddisfacimento, *προσηκον*. E come avvien che il corpo abbia conforto di salute, lorchè le membra tutte e le forze rispondono nelle loro funzioni alle leggi normali di natura; nella stessa maniera la giustizia reca nell'anima la salute etica. Però Platone avvisa essere la giustizia la virtù ordinatrice delle parti nel tutto, regolandole secondo la vera posizione in che si ritrovano, ed a tenore dell'attività colla quale vicendevolmente vengono modificandosi. Su questo tipo della interna giustizia dell'animo, tenta il filosofo modellare anche lo stato — l'uomo a proporzioni colossali, — nel quale ogni parte convien si ritrovi in armonia collo insieme dell'altre, ed è mestieri però che ognuno operi nella direzione di sua tendenza, ed a misura della propria attitudine e virtù, sendo ad un tempo dovere di tutti il favorire l'opera comune della educazione della umanità. Nella sua dottrina sullo stato, Platone non s'ebbe altro ideale che l'antica concezione dello stato, secondo la quale è questo superiore all'uomo, nè al gran pensatore venne fatto di elevarsi sopra quell'opinione. Il sommo filosofo però a cagione del considerare la città come un corpo organizzato, sconobbe la libertà, e la libera determinazione; a motivo della massima di comunione, neglittò la individualità e personalità degli individui nel matrimonio, nella famiglia, nella vita dei beni e nello stato, avvegnachè il più delle fiato la personalità svanisca nella comunione, ed il suo più grande errore si fu quello di costruire lo stato soltanto sul modello dell'uomo individuale. Profondi errori filosofici ed etici son questi di certo; ma come Platone considerò in se sola l'essenza della giustizia, ne ebbe una nozione pressochè perfetta, avendola per l'armonizzante regolo dell'operare, spettante a qualsiasi parte d'un tutto vivente secondo la speciale natura di essi membri, e volto al bene dell'in-

sieme, sì che nella parola *spettante* comprendesi e quanto alcuno ha da ricevere, come pure quello che deve prestare. Una sì fatta teorica, in unione ad alcuni concetti generali umanitari, e cosmopoliti e storici, non però in tutta la sua profondità, venne abbracciata da *Cicerone*, che però ebbe a commentarla nelle essenziali nozioni dell' *honestum, bonum et equum*, per il che essa dottrina influenzò evidentemente la scienza romana del diritto. (1)

Il *Cristianesimo*, qui solo riguardato dal punto di veduta della scienza nostra, accoglie anch' esso la distinzione di giustizia in *interna* ed *esterna*, ma all' incontro rifiuta completamente la teorica dello stato posta dall' antichità e da Platone. Invece a motivo dell' eterno principio divino che essa religione proclamò vivere nell' uomo, ed anco per la unione immediata di questo con Dio, pose la personalità umana sopra la passeggera apparizione dello stato, e questo giudicò non essere scopo a se stesso, ma servir di mezzo all' uomo e a di lui fini supremi. Per il che l' epoca romana dividesi in due anco per la dottrina del diritto e dello stato. La *prima* abbraccia i tempi de' padri della chiesa, tra cui *Agostino* primeggia e si estende anche al medio Evo nel quale scrisse *Tomaso d' Aquino* che unitamente a quel padre salì in tanta fama per la dottrina del diritto, e specialmente per quella dello stato. La *seconda* contiene i tempi moderni e data dalla restaurazione della filosofia, e dalla riforma. Ma queste due epoche differiscono tra di loro in un punto principalissimo. Nella passata il diritto e la giustizia si rapportano anche alla vita *interna* dell' uomo, e intimamente congiungonsi colla religione e col dogma religioso; ond' è che la chiesa e lo stato si ritrovano saldamente uniti anco in teoria, sebbene in pratica lo stato s' adopri ognor più alla conservazione della propria indipendenza.

Per quanto sia importante il principio dell' intima colleganza del diritto colla religione e la morale, non devesi però esagerare come venne fatto in questa prima epoca, fino a sconoscere la indipendenza e la esistenza propria al diritto ed allo stato. E quindi secondo l' andamento naturale dello sviluppo, veniva a farsi palese una tendenza a riconoscere che il diritto e lo stato hanno una maniera speciale di sussistere. Ma anch' essa questa tendenza alla sua volta trascese allo estremo. Venne il diritto considerato prima come un elemento solamente *esterno*, riferentesi alla vita sociale; poscia come disgiunto dalla religione e da Dio, solo si trasse il fondamento suo dall' uomo, e precisamente dagli individui staccati da ogni ordine obbiettivo della vita; e finalmente lo si tolse alla sua suprema unione etica colla morale. In queste nuove teorie, colle quali ebbesi per vero a rifondere la filosofia giuridica, venne

(1) Entrambi le definizioni del diritto naturale accennano alle varie viste della giurisprudenza romana. Esse suonano: *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit*; pr. Inst. I. 2. de jure natu.; e C. 11. D. I. 2. de orig. juris (Paulus), *quod semper æquum ac bonum est, id est jus naturale*. Quest' ultima definizione, non è di certo cresciuta sovra terreno romano.

senza dubbio il diritto osservato da parecchi lati essenziali e con più rigoroso metodo; ma fatta riflessione allo insieme, esso non improntò che una sembianza unilaterale, puramente *subbieltiva*, e formalmente *logica ed astratta*. Per le quali cose a' giorni nostri si senti sempre più tagliando il bisogno, di connettere novellamente il diritto ad un'ordine obbieltivo di vita; di congiungerlo alla moralità ed alla religione. Del resto simile desiderio non può riescire al soddisfacimento se non per una scienza, la quale riunisca al superiore concetto cristiano ed a quello platonico l'idea dell'interna giustizia, e ponga il diritto in relazione intima con tutti i beni della vita, nonchè lo rannodi alle virtù dei singoli e della società; senza per questo abbandonare il principio di sua relativa indipendenza, che si è un vero acquisto della nuova speculazione, nè il carattere sociale massime esterno del diritto, e manco le giuste conseguenze che ne scendono.

Se ne poniamo ad indagare brevemente le precipue tendenze dell'epoca attuale considerevole per lo sviluppo delle dottrine di filosofia giuridica; non ci verrà fatto di sconoscere in veruna di quelle una parziale verità, e gli stessi palesissimi errori che sovente vi si riscontrano, destano prestissimo una reazione.

Non appena viene iniziata la riforma, occorrono i così detti precursori di Ugo Grozio (Melancton, Oldendorf, Hemming, Gentilis e specialmente Winkler), i quali il diritto derivato dalla natura dell'uomo, lo considerano ancora in intima unione colla religione rivelata e colla morale, e credono ad un duplice diritto di natura rispondente al doppio stato dell'uomo, così manifestato dalla storia. Delle quali umane posizioni, l'una si è quella per la vita di innocenza ed *integrità*, ove regnava l'amore nè sussistevano per anco gli istituti fattisi poi necessarij come avvenne la caduta pel peccato originale, quali sono quelli della proprietà, delle differenze sociali, de' contratti, e così via. L'altra si è quella per lo stato *posteriore*, nel quale non restò che una parte del diritto originario, cui devono le leggi mantenere e guardare. E qui noi veggiamo la natura umana servir già di punto principale di partenza, e farsi con tutta ragionevolezza dipendere il diritto naturale dalle condizioni morali della umanità. Intorno alla opinione predominante eziandio nel medio evo, e svelantesi presso alcuni scrittori che vennero poi, esser necessità far dipendere l'attuale diritto naturale dalla caduta che tenne dietro al peccato, giova avvertire che molti l'avranno in nessun conto, quantunque però gli stessi s'accostino a quella credenza diversamente raffazzonata. Infatti tutto il successivo diritto di coazione s'appoggia a quel postulato, vale a dire alla presunzione che faccia d'uopo tener in freno astringendo la malvagità ovvero la scostumatezza degli uomini. Quanto di vero ritrovasi però in tale opinione, si è che il diritto ha luogo in conseguenza della imperfezione e limitatezza inerenti alla finita natura umana; e che desso deve prendere a considerare le mancanze fisiche e morali che occorrono in tutti i tempi, e che perciò il continuo

perfezionamento delle condizioni degli uomini, costituisce mai sempre lo scopo finale.

Con Ugo Grozio (1583-1645) ha principio il nuovo periodo nel quale si vien sempre più apponendo al diritto di natura una sussistenza indipendente. Per dire il vero ondeggia di molto il Grozio nelle sue vedute sul rapporto corrente fra il diritto naturale e la teologia, ed anzi accede spesso fiate a teoriche precedenti; ma lueggiando egli arditamente il concetto di *religion naturale* come diverso da quello di rivelata, e intendendo annodar solo la prima al diritto naturale, così questo egli riguardò e tenne per una derivazione dalla umana natura, sì che avvisa potrebbero esservi diritto ed ordine di diritto quand'anco, (ipotesi da rifiutarsi), Iddio non esistesse (et si claremus, quod sine summo scelere elari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana. Impertanto osserva Grozio, il diritto non essere già, come l'ebbero i giureconsulti romani, quanto natura apprese a tutte le bestie, ma bensì quello che si rapporta alle qualità che caratterizzano la natura umana. Il che può dirsi essere l'innata *tendenza d'associazione*, manifestata e roborata dal dono della parola; nonchè la *ragione* la quale designa come diritto tutto che serve alla conservazione ed all'incremento dell'umana socialità. Questo diritto non scaturisce altrimenti dalla volontà di Dio, ma da quella dell'uomo guidata dalla ragione; sendo che gli uomini per convenzioni, contratti e leggi stabiliscano il diritto, e fondano lo stato quale comune consorzio di diritto e di benessere (*Civitas est ectus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus*). — Impertanto da Ugo Grozio origina chiaramente la direzione a guardare il diritto nella sua fonte *umana* e a tenerlo per principio di sua natura *diverso* dalla religione. Questo cammino vien battuto con maggior costanza da *Hobbes* e da *Pufendorf*. Le quali teoriche fecero sorgere una *opposizione* di *Cumberland* contro *Hobbes*, di *Alberti*, *Rachel* e dei due *Cocceji* in confronto di Grozio e *Pufendorf*, studiandosi tutti codesti avversarj di ricondurre il diritto naturale a Dio e alla divina volontà come ad unica fonte.

La *seconda* epoca, che per costume si tiene incominci da *Thomasius*, presenta una sembianza marcatissima e tutta propria a motivo della *contrapposizione* in cui si ritrovano le dottrine di *Thomasius* e *Leibnitz*. *Thomasius* (1688-1728) malgrado del profondo suo convincimento religioso, si spinge tant'oltre nella via dell'indipendenza del diritto, da separarlo non solo dalla religione, ma eziandio dalla morale, avvegnachè egli denoti la coazione per distintivo caratteristico dei (perfetti) doveri giuridici, in contrasto cogli (imperfetti) doveri morali. Ma questa distinzione si ebbe a porre in luce negli ultimi tempi presentandola come un pregio della dottrina di *Thomasius*; invece i suoi meriti veri ed incontestabili, sono riposti nel trattato tedesco condotto con miglior metodo, in cui sposò la scienza complessiva del diritto, nonchè nella coraggiosa guerra recata ai dannosi pregiudizi de' suoi tempi (per esempio i processi delle

streghe). Subito dopo Thomasius pose però Leibnitz (1646-1716) qualunque sòlo con accennamenti e per scritti slegati, il primo fondamento d'una suprema riunione delle tre scienze etiche principali, religione, morale e diritto, insegnando Dio essere fonte, compimento, perfezione, e comune meta a questi tre principj della vita (1). Questa dottrina, la

(1) Sendo importantissima la teoria di Leibnitz, sarà prezzo dell'opera esporre brevemente qui coordinate le principali sentenze tratte da alcuni suoi scritti posteriori in armonia al trattato che espone più fedelmente le vedute di quest'autore, trattato che s'intitola: « de notionibus juris et justitiæ an. 1693 (Erdmann, Leibnitzii opera philos. Berol. 1840, p. 118.) » — L'idea del giusto convien la si riferisca a Dio, non meno di quella del vero e del buono. La stessa giustizia è essenziate attributo della Divinità, e però in niuna guisa pende dalla volontà divina in modo che Dio possa mutare il diritto in ingiustizia. La fonte della conoscenza del giusto, vale a dire la causa efficiente che in noi si ritrova, si è la luce della ragione, della quale Iddio illumina gli animi nostri. E come che sia la giustizia una norma all'operare, si rapporta tanto a Dio, quanto all'uomo. Tuttavia il diritto non si riferisce solo alle azioni esterne, ma anco alle interne modificazioni, giacchè da esso vengono pure diretti gli intimi sentimenti. Nè esso diritto ha esclusivamente relazione alle utilità della vita presente, ed il Cristianesimo e la vera filosofia si oppongono a sì fatta restrizione, sendo quello una certa potenza morale, e l'obbligazione una morale necessità. La giustizia scende dall'amore, ma ad un tempo ne è la virtù regolatrice, ond'è che i Greci col'appellazione di filantropia, accennavano allo amore regolato dalla sapienza. È l'amore riposto nel gioire della altrui felicità e benessere, ossia nel sentire come proprie le liete sorti degli altri. Per il che il fondamento del diritto gli è appunto il benessere, e dalla scienza di questo stato dovrebbe muovere chiunque intendesse esporre i veri elementi della giurisprudenza, avvegnacchè sia esso benessere lo scopo del diritto. E quindi non deve aversi a fine della giustizia la tutela della società, perchè anche con Dio ne troviamo in colleganza sociale. Tuttavia può considerarsi il diritto pel fattore che perfeziona la consorteria degli esseri ragionevoli (sed tamen putem, justum esse, quod societatem ratione utentium perficis). Nella comunità trovasi agevolato agli uomini il benessere (in consortio auxilium ad hominum felicitatem); onde ne segue esser proprio al diritto di natura quanto alla perfezione del consorzio adduce. Perciò hannovi tre gradi di diritto naturale: il Diritto stretto riposto nella giustizia commutativa: l'equità consistente nella distributiva: e la pietà o probità formante la giustizia universale. Indi i tre precetti: del Diritto stretto « non ledere alcuno »: dell'equità « dà a ciascuno il suo » avvertendo come l'equità si estenda anche a tutti que'doveri all'adempimento de'quali non si contrappone il Diritto d'astriungere: della probità « vivi onoratamente o meglio piamente » — honeste (vel potius pie) vivere. — Del resto dobbiamo entrare nella convinzione, viver noi in uno stato dei più perfetti sotto un monarca, Dio, dalla cui potenza e provvidenza il diritto viene recato a fatto. La giustizia universale richiede che non facciamo mal'uso del nostro corpo ed averi, ed oltre l'essere un simile abuso vietato dalle leggi degli uomini, lo è pure da quelle del diritto di natura, vale a dire delle eterne della monarchia divina, sendo pur mestieri che noi riconosciamo da Dio solo e noi stessi ed i nostri beni. Imperocchè (secondo esprime Leibnitz con elevatezza di spirito nel noto

quale dal suo seguace Wolf (1679-1754) venne in parte resa più facile; ma ad un tempo sviluppata con un metodo severo, e con pratica tendenza, ebbe a diffondersi largamente in Europa, e contribuì non poco al miglioramento delle condizioni giuridiche; così pure tal filosofia del diritto insegnata da Leibnitz e Wolf recò molta influenza sulle moderne legislazioni di Prussia, Francia ed Austria. In essa dottrina veniva più chiaramente che per lo innanzi non si fosse per altri fatto, dimostrato essere fine del diritto e di qualsivoglia regolo giuridico, la perfezione ed il benessere; ma non si scese ad indicare i modi pe' quali avesse e fosse concesso incarnare quello scopo per mezzo del diritto e per la morale, avvegnachè queste due etiche scienze non ricevessero sufficiente distinzione. Al che occorreva tracciati venissero i loro vicendevoli confini, confini cui Kant condusse con maggior diligenza che non si fosse usata fino a lui, ma però ancora sotto un sol punto di vista.

Comincia la *terza* epoca colla filosofia critica di Kant (1724-1804), la quale ritorna ad indirizzare le indagini dello spirito pensante a se stesso, al subbietivo e alle forme del pensiero a lui necessarie, stogliendolo dal cercare il contenuto obbiettivo, sì fisico che morale, come da essenza delle cose che — secondo esso autore, — non si può per niuna guisa conoscere. Questa speculazione tratta la dottrina dei costumi nelle due branche della scienza del diritto e dell'etica puramente subbiettiva e formale, e pone e sommamente sviluppa il formalismo, specialmente nella dottrina giuridica, seguendo una direzione subbiettiva allo scopo della astratta libertà esterna, libertà del tutto priva di contenuto. Per ciò essa libertà che in vero non è nulla più d'una potenza ad operare per scopi ragionevoli e moralmente buoni, riesce fine a se stessa: ed il diritto viene presentato per il complesso delle condizioni, per le quali si fa possibile la consussistenza dell'arbitrio d'una persona con quello dell'altre tutte, a norma d'una legge generale delle libertà. E si fatto precetto è concesso a chiunque il ritrovare in se, qualora si interroghi, se il principio d'azione per lui osservato, possa elevarsi a legge universale. Ond'è che simile giuridica teoria non condusse che a forme astratte, tutte eguali nella loro aridezza; e per ostinato amore alla propria opinione si pensò che esse dovessero essere

passo delle istituzioni) siccome dello stato, così è pure universale interesse che veruno non faccia cattivo impiego del proprio (Nam; ut rei publicae, ita multo magis universi interest, ne quis re sua male utatur). Ma la coazione per nulla determina il carattere del diritto, come appunto non lo pongono il timore e la speranza. E deve l'uomo rettamente operare per tendenza d'animo, imitando in ciò la divina giustizia; chè timore e speranza son vincolo soltanto a coloro che tanta perfezione non attingono. Anche senza possibilità di coazione, può sussistere un diritto; un uomo che restituisce ad un altro un bene affidatogli, e del quale il secondo più non se ne rammenta, opera rettamente, senza che per questo si possa far luogo in tal caso a coazione di sorta. — Si confronti anche la pregievole esposizione di Heinrich « Storia dei principii del diritto e dello stato » etc. 1832, V. III; e Zimmermann « Il principio giuridico di Leibnitz, Vienna 1830.

valide per tutti i tempi e per ogni popolo, imaginando in quelle — per evidente illusione — si ritrovasse un contenuto, cui si eredette colle stesse forme trovato e stabilito, contenuto che non si manifestò nel diritto positivo, e specialmente nel romano, quantunque nello spirito quest'ultimo s'avvicinasse di molto alle vedute kanziane (1). Tuttavia Kant riconobbe due lati essenziali del diritto; cioè essere questo una *forma* e consistere in *condizioni*. L'errore è riposto unicamente in questo, che sendo il diritto una regola formale, faccia d'uopo lo si determinasse secondo il contenuto, ed il buono moralmente; ed invece tali ultimi oggetti non s'ebbero in vista, e tutto al più si stabilì esso diritto isolatamente in se stesso, e le condizioni vennero solo limitate alla coesistenza della libertà di tutti, anzichè riferirle generalmente alla vita ragionevole degli individui e della società, vale a dire rapportarle alla coesistenza e cooperazione di ogni persona. Ma la sola coesistenza di vuote sfere della libertà la è nel dominio della morale una assurdità, simile a quella che sarebbe la coesistenza di spazii vuoti nel campo della fisica. Questa tendenza subbiettiva, astratta e formale, la quale nel diritto privato condusse ad una trattazione meramente logica e formale, senza punto penetrare la natura delle cose e dei rapporti; che nel diritto pubblico riesci alla aspirazione ad una libertà per lo più vuota e sprezzante i rapporti del tempo e della vita; questa tendenza cecitò ben presto la opposizione di scuole, le quali s'adoprarono a ritornare la forza novellamente ai lati essenziali del diritto, che negli ultimi tempi erano stati travisati.

Per il che surse la *scuola storica* (di Savigny, Ugo) e si propose di riscontrare nella storia l'origine e la vita del diritto, onde giugnere al più esatto intendimento del presente. E la *scuola teologica* (De Maistre, Baader, Stahl) intese presentare l'ordine del diritto e dello stato non già come un prodotto dell'umano arbitrio, ma quale divino ordinamento. Alla sua volta s'argomentò un'altra teoria la filosofica speculativa (Hegel) di assumere il diritto e lo stato per uno sviluppo indipendente della libertà, secondo le leggi universali dialettiche e storiche. E furono anco molte le vedute etiche per le quali si studiò di unire intimamente il diritto soprattutto colla morale. Ma queste recenti scuole nelle quali tutto si fa palese lo sforzo, di sollevare al di sopra delle vedute subbiettive il diritto e lo stato, e di tener questi per ordini indipendenti dal volere dell'individuo, vagheggiarono di certo una concezione più generale, accennando ad un diverso punto d'appoggio; ma da esse non fu determinata con nozioni chiare e profonde l'essenza del diritto e dello stato, di maniera che in riguardo al metodo scientifico, rimasero di gran lunga in varie parti addietro a Kant.

(1) I difetti del principio giuridico di Kant vennero manifestati fin sulle prime da Feuerbach nel trattato: « Idea e necessità d'una giurisprudenza universale. » Vedi l'opera postuma, biografia di Feuerbach, 2, ed. 1835, vol. 2. pag. 376.

E qui pure si svela l'eccellenza della dottrina di *Krause*, il quale adopra costantemente tanto il metodo severo e profondamente indagatore da Kant fondato, coltivandolo per afferrare il contenuto ossia la materia giuridica; come pure strigne organicamente in una completa teoria etica tutti i lati essenziali del diritto, da prima conosciuti solo in parte. In questa teoria il diritto vien presentato come relativamente indipendente, sebbene in intima unione colla religione e colla morale; lo si caratterizza per un ordine *divino*, inerente agli stessi rapporti della vita, ordine che può conoscersi colla ragione ed incarnarsi mediante la libertà. Di più lo si tiene per un'idea *eterna* manifestantesi nel *temporale* sviluppo degli uomini e delle nazioni, e che necessita congiungere ai rapporti *storici* della vita e del popolo; nonchè per una norma qualunque *formale*, che non può però stare giammai senza contenuto, e la quale convien la si acconci ad una materia etica. In questo sistema viene novellamente accolto il concetto cristiano e platonico dell'*interna* giustizia, e si fonda ad un tempo scientificamente e si traccia il *confine* del diritto interno ed esterno eziandio secondo la maniera della responsabilità, la quale è anch'essa interna — cioè sommessata a Dio ed alla propria coscienza morale e giuridica — ed esterna. Finalmente ritrovansi nelle dottrine di tale autore le vedute fondamentali di *Leibnitz* e di *Kant*, assunte in una speculazione più elevata. Essendo che Leibnitz stringa insieme lo *scopo* del diritto, il *benessere* etico degli individui e della società, nonchè l'intimo nesso del diritto, con tutto il bene divino e nella suprema relazione con Dio; e Kant all'incontro abbia lumeggiato vivamente il concetto importantissimo della vita umana e delle *condizioni* dalle quali non solo dipende — secondo lo stretto senso in cui Kant le assunse — la coesistenza della libertà di tutti, ma anco il benessere delle singole persone e della società reso dalla libertà appunto conseguibile.

CAPITOLO IV.

DELLE FORME, DELL'ORIGINE E DEL PROGRESSO DEL DIRITTO
NELLA SOCIETÀ UMANA, OVVERO DELLE FONTI DEL DIRITTO.

§ 1. Sul significato in generale delle forme nella vita del diritto e dello stato.

Il diritto, quantunque principio eterno stabilito da Dio per l'ordine mondiale, progredisce insieme e nei rapporti umani della vita, ricevendo secondo i bisogni, i gradi e lo sviluppo della civiltà, forme più o meno generali e con chiarezza marchiate. L'idea del diritto può ben splendere nella sua purezza allo spirito; ma come avvien che l'anima ha mestieri d'un corpo per si manifestare, di simil guisa nella realtà non appare diritto di sorta, senza forma determinata che vivamente lo raffiguri. L'idea è la forma del diritto si hanno quindi da considerare in armonia, e fa mestieri s'ac-

ordine in una vita sana e intendano ad un normale sviluppo giuridico. Eppure questa verità venne più volte sconosciuta o negletta, e conseguenza ne fu ognora uno sconcerto più o meno pericoloso dell'organismo sociale. Dall'un lato, ignorandosi la verità suprema che la vita umana vien diretta e condotta a miglioramento da idee, e che la vita interna spirituale si è la vera potenza motrice della società, non si apprezzò l'importanza del concetto giuridico, nè si fece alcun caso delle mutazioni avvenute nelle convinzioni giuridiche de' popoli, convinzioni richiedenti una rispondente riforma del diritto reale. Si pensò possibile incatenare alle consuete forme lo spirito che invece intende continuo a miglioramento, sicchè esse perdettero ogni interno valore, onde mille fiate alla prima occasione caddero lasciando per retaggio, morale confusione ed esterno scompiglio. D'altro canto, movendo da un punto di vista astratto ed ideale, si sorvolò l'utilità anzi la necessità delle forme e del concatenato e continuo formale sviluppo e progresso dell'idee di diritto. Per il che invece di dar luogo alla convinzione, maturarsi anche le idee e doverlesi spiegare senza ambagi ed in modo chiarissimo, quantunque abbiano cominciato in origine ad apparire solo nello spirito e nelle manifestazioni spirituali, si volle apporre ad esse idee una forza immediata, e dedurne la necessità di sorpassare le forme tutte, dovendo queste far loro luogo come a superiori principii. Questa teoria venne favorita specialmente da una dottrina astratta di diritto e di stato, la quale non ammette che si sviluppi grado grado e perennemente la idea nelle determinate forme della vita. Ma sendo ogni vivere riposto nell'intima unione e sviluppo non interrotto del concetto e della forma, ne vien debbano anch'esse le idee giuridiche manifestarsi in forme vitali, e recarsi a perfezione in modo che per la fusione del nuovo col presente, si guarentisca durevolezza e legame continuato senza verun benchè minimo distacco, alla vita giuridica. La è perciò opinione contraria e perniciosa quella di avere le forme in conto di superflue e vuote del tutto, e specialmente considerarle nella vita pubblica del diritto come pastoie allo sviluppo sociale. Esse e nel processo della natura e nella sfera dello spirito, sono essenziali all'oggetto: nella vita giuridica poi costituiscono la figura sensibile, e l'esterna fisionomia del diritto. Di più tracciano con ogni esattezza il confine alla cerchia d'attività accordata ad ogni persona, assicurando per tal guisa l'ordine esterno; laddove senza il beneficio de' limiti e guarentigie da quelle posti, si scioglierebbe tutta la vita delle persone e delle cose in un caos, e tutto cadrebbe nella vertigine del più sfrenato capriccio. Mercè la forma vien determinato il diritto (1), che trasmutasi in costume

(1) Ad intendere la deduzione dell'autore come quella che qui appoggiasi di molto alla filologia, giova avvertire che il testo tedesco ha le voci: *das Recht wird gesetzt* (da *setzen*, porre, stabilire), la di cui letterale traduzione suonerebbe: il diritto vien posto; ed è appunto dalla parola *gesetzt* che Ahrens deduce la espressione alemanna *Gesetz*, — legge. — (Nota dei traduttori.)

esteriore, quinci scendendo l'etica esigenza di rispettare le giuridiche forme, in ispezialità le leggi, quali espressioni del costume e del morale convincimento di una giuridica comunità (1). Gli è per questo che noi conosciamo chiaramente l'importanza del principio; « venire ogni diritto esercitato ed attuato anche nella forma del diritto ». Può essere benissimo che non camminino paralleli il contenuto e la forma, e questo perchè le forme rimangano addietro allo sviluppo spirituale, invecchino e sieno intoppo al progresso sociale. Tuttavia anche in tal caso rimane saldo il precetto del diritto e della morale, per cui fa mestieri rinnovellare l'antiquato e sobbarcarvi l'elemento moderno, rivestito però sempre d'altre più acconcie forme. Non si fece caso del motivo pel quale si sviluppassero gli stati, qualora questi camminavano al miglioramento battendo una via soltanto formalmente giuridica, e di tal modo arrivarono ad incarnare le riforme rese necessarie dal volgere de' tempi; pure se vuolsi veramente avvantaggiare conviene ne adopriamo perchè lo spirito di progresso inerente all'ordine ed ai costumi, unisca l'aspirazione al perfetto col rispetto, per le forme vigenti. E per tal culto alle forme avvenne che si recassero a grandezza somma due popoli, il romano negli antichi tempi, e l'inglese nella presente età; che solo colà ove questa venerazione è religiosamente conservata, può fiorire l'ordine dello stato, per cui con interna e non vacillante forza vien guarentito anche alla libertà ogni diritto.

§ 2. Delle fonti del diritto in generale.

Ed ora ne spetta il cercare il modo, cioè le primitive forme, delle quali nella origine sua il diritto si vesti, e però abbiamo ad esporre la dottrina delle fonti giuridiche; avvegnachè per questo intendansi tutti quegli argomenti pe' quali il diritto giunse ad attuarsi e ad imporsi. Siccome in questa ricerca finora debitamente non si distinsero i due essenziali fattori di qualsivoglia principio, il motivo e la causa efficiente del diritto, quindi anch'esso il concetto della fonte rimase fin qui oscuro. Si fu la mancanza di una profonda nozione filosofica del diritto per cui non fu dato conoscere il più recondito motivo esterno dell'origine, sendosi designata per fonte una facoltà subbiettiva in generale, sia d'essi degli individui o d'una comunità, e precisamente quando il volere quando invece la coscienza ovvero convincimento della comunità o del popolo. Sono questi principii che stringono in affinità persino le scuole più opposte, l'astratta-liberale e la storica, quantunque riescano a conseguenze diverse

(1) L'etico significato della legge è mirabilmente spiegato da Platone nel Critone (3-17) là ove da Socrate prigioniero trattasi la quistione, se gli fosse lecito giovarsi de' mezzi di fuga che gli si offrivano; gli è un tal passo che merita specialissima menzione.

a motivo della diversità dei momenti da quelle teoriche contemplati (1). Ma non si cangia la subbiettività del principio pel diverso modo di considerare il subbietto. Gli è per questo che convien si riformi essenzialmente tutta la teorica delle fonti del diritto, la quale non raggiungerà mai il vero se non quando, ammesso il lato obbiettivo del diritto, lo si unisca convenientemente coll'elemento subbiettivo.

In qualsivoglia origine del diritto, come vedrassi largamente innanzi, hanno, secondo indicammo, a distinguersi il *fondamento obbiettivo* e la *causa subbiettiva operosa* (2). Entrambi costituiscono nella loro unione ed

(1) È noto come Savigny fosse pubblicamente incolpato da Gönner di tendenze democratiche, per l'originare ch'ei faceva il diritto dalla volontà collettiva ovvero dalla coscienza popolare. Ma tale accusa veniva erroneamente apposta, avvegnachè a quella tendenza contrastavano altri insegnamenti dello stesso autore, come sarebbe a dire, l'opinione sull'origine gradata ed organica nonchè intorno la perpetuità del diritto, e simili. Tuttavia non cessa d'essere falsa l'indicata fonte, e d'aver indotto molt'altri in errore. Ed ugualmente non regge la difesa che Stahl (filos. del diritto. 3. ed. p. 270) oppone a quella incolpazione, difesa per cui si pretende, la scuola storica nel suo intimo senso non insegna, la validità del diritto provenire dal voler popolare, ma invece sia il contenuto del diritto che venga dalla coscienza del popolo. Se anco fossesi posta la esatta distinzione, e ciò è quanto non si fece, non sarebbe rimosso lo sbaglio, sendo che questo abbia le sue radici nel derivare il contenuto del diritto da una facoltà subbiettiva, psicologica, sia dessa la volontà ovvero la coscienza popolare, anzichè riconoscerlo negli stessi rapporti della vita.

(2) Solo negli ultimi tempi il professore Leist nello scritto sopra citato « sull'analisi dogmatica delle istituzioni romane, 1854 » in cui querela il metodo di Savigny « d'essere solo riproduttivo e non produttivo, di non avere osservate le cose in se stesse, ma solo entro uno specchio romano »; solo allora Leist introdusse ne' suoi lavori un metodo più preciso, distinguendo nell'origine del diritto una doppia causa: una formale ed una materiale. « La formale — dice egli — della quale finora si ebbe ad occuparsi a preferenza, si è la volontà riunita della nazione espressa nella legge e nelle consuetudini. La materiale all'incontro, parlando in generale, è la ragione per cui si discerne in questo o nell'altro modo la volontà universale, e guardata più da presso, la si manifesta di due specie. O staccata dalla causa formale e sussistente senza di essa, sì che convien la volontà universale ad essa causa materiale si rapporti; ovvero inseparabile e posta nella volontà universale, in guisa che questa possa di propria autorità dar creazione a quanto le torna, senza ispirarsi ai rapporti, ma invece subordinandosi. La causa materiale della prima specie, come quella che sta indipendentemente dalla volontà universale, non è riposta in altro che nelle leggi di natura, e queste le sono appunto quelle le quali formano la natura del diritto, e che da noi si deggiono ricercare. » — Noi abbiamo già esposta la nostra opinione sopra la debolezza di questi assiomi naturali, alla cui determinazione più diligente, l'autore chiama in soccorso il jus naturale e la ratio naturalis dei Romani. Gli è però sempre merito di questo pensatore d'aver mostrata la necessità di ammettere — quando si tratta di origine del diritto — anche pel diritto pubblico una doppia causa. Va eziandio lo-

armonia la vera e completa fonte del diritto. Trovasi il fondamento obbiettivo nei *rapporti della vita* reciprocamente condizionantesi, e la causa efficiente si è la *volontà* la quale vien mossa dalle varie maniere di cognizioni e dal sentimento. La *conoscenza* nelle sue più distinte fasi, cioè nell'*osservazione* immediata ossia percezione ed intuito, e nella *ragione* che abbraccia il generale e scruta i principii, è specialmente di somma importanza in quanto che forma in ogni caso e particolarmente nel diritto e nello svilupparsi di questo, il passaggio, o in altre parole, la comunicazione tra il soggetto e l'oggetto.

Dal che ne segue, in tutto quanto è di diritto o riguarda le fonti sue, ogni cosa dipendere dalla conoscenza, per la quale riceve determinazione la volontà degli individui e della comunità. E però nella dottrina della coscienza popolare, giunse la scuola storica al veicolo che serve a legare il soggetto alla cosa, ma non arrivò altrimenti a varcarlo.

Ne' rapporti della vita reciprocamente condizionantisi ritrovasi consistere il fondamento obbiettivo del diritto, rapporti che sviluppansi secondo proprie leggi del tutto indipendenti da' vincoli giuridici, e i quali come sono ammessi si inalzano a norma per la volontà da cui si realizza il diritto. Ed in tal guisa le relazioni religiose, morali ed economiche svolgonsi secondo leggi, cui all'arbitrio non è concesso di iniziare, condurre e dominare a capriccio per mezzo del diritto. Avvenne pur troppo, mille fiato un tal disordine, ma seguinne presto la sfacchezza e l'arrestarsi del normale corso della vita sociale. Questi rapporti insieme alle leggi loro compattamente congiunti, sono nella vita una potenza, che s'anco per alcun tratto di tempo si sconosce, riesce però finalmente ad imporsi gagliardissima. Per il che è necessità tenerli per forza vivente, e per l'impulso interno originante il diritto e le sue norme. Essi ebbero uno svolgimento condotto da regole intime, e che può chiamarsi una logica reale, la quale e nel diritto e nell'origine di questo manifestossi senza riflessione o tipo preconcelto, non altrimenti che avvien nella lingua. Questa logica dei rapporti proviene dalla materia ossia contenuto ed ivi ritorna; laddove la consueta logica formale ed astratta non mira punto agli oggetti, nè ai rapporti, ma occupaasi dello sviluppo di principii formali.

Impertanto si fatti rapporti costituiscono la vera « *natura della cosa* » cui la scienza del recente diritto spesse fiato accenna, e che condusse, specialmente dopo essere da Runde innalzata a principio regolatore del diritto privato tedesco, più volte a concepire e definire con maggiore esattezza le giuridiche relazioni. Tuttavia convien confessare essersi ben dato perchè, e giustamente, ripose la causa formale nella volontà; ma la base materiale non può ritrovarsi che nei complessivi etici rapporti della vita. Nella mia filosofia del diritto, distinsi già da gran tempo il fondamento dalla causa, la materia (scopo, etico) dalla forma, e questo feci lorchè trattava delle principali maniere dell'origine del diritto; ed ora è sommamente a desiderare che quella divisione venga pure introdotta in tutte le principali materie giuridiche.

poco guadagnato con questa semplice formola. Onde penetrare la natura della cosa, e il giureconsulto e l'uomo di stato devon rendersi famigliari le precipue scienze etiche della vita, religione, filosofia morale (1), economia popolare con tutte le relative dottrine, e quindi adoperare il concetto giuridico ottenuto mercè l'etica filosofia del diritto, come una fiaccola che rischiarò quanto avvi di giuridico in quei rapporti. Alle più approfondite investigazioni filosofiche non si occultò, essere la natura della cosa il vero fondamento dei diritti e delle leggi. Ed in tal modo Cicerone pensò a spiegare la *lex* come una *naturæ vox*, ed anche per la *ratio summa* insita in natura; e Montesquieu che accoglie le leggi nel loro significato più vasto, tenendole quindi per i rapporti necessari derivati dalla natura delle cose (*les lois, dans la signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui derivent de la nature des choses*), iniziò nel diritto pubblico il metodo utilissimo, di ricercare ovunque i rapporti condizionati, sebbene quello scrittore a cagione delle esterne influenze perdesse di vista l'interna natura delle cose. Anche il diritto naturale incominciava ad aver sentore di un tal concetto, come che intendesse derivare il diritto dalla natura dell'uomo; ma si perdette avvisando poter afferrare la cognizione di questa natura in uno « stato naturale » ovvero per mezzo di superficiali nozioni antropologiche, o meglio ancora mercè qualche logica formola. Ed ora è bensì vero essere rifiutata la vieta ipotesi di stato di natura, ma sentesi ognora il bisogno del concetto fondamentale. La scuola storica si lusingò supplire ad ogni filosofia del diritto, con la semplice nozione della natura della cosa. Ma quantunque essa nozione, sia nella sua generalità una formola vuota non altrimenti di quelle, fin qui esposte da qualsivoglia altro sistema del diritto naturale, pure si farà palpante di vita per le indagini dei rapporti del vivere, vale a dire, collo emergere della essenza etica dell'uomo e della società.

Ma questa natura della cosa la quale è riposta ne' rapporti della vita, non è altrimenti la completa fonte del diritto, ma solo un di lei essenziale fattore. Per il che fu mestieri passare all'esame anco del sentimento eccitante la *causa*, ossia la attiva volontà del soggetto giuridico.

Il secondo fattore alla fondazione del diritto si è la *causa efficiente*, la volontà de' membri componenti una consorte. Ma essa considerata in astratto non è nulla più di una potenza causale, cui muovono certi impulsi che sono portati dal sentimento e dalle varie fasi della conoscenza. E però sempre questa facoltà il momento finale delle interne determinazioni, e quella che conduce alla realtà esterna. Per il che il volere, preso dal punto subiettivo, viene tenuto e ragionevolmente per la vera forza creatrice nella vita del diritto e dello stato.

Mercè l'estrinsecantesi operosità del volere, vien fondato il diritto e lo si determinò: di più si fa positivo e diventa una imposizione umana,

(1) I traduttori devono rammentare la differenza fatta sopra da Ahrens tra l'etica e la morale.

un'assioma giuridico. Lo statuirsi del diritto per l'umana volontà, potrebbe (seguendo il significato tedesco Gesetz — legge —, da setzen — porre, stabilire) nomina legge; ma sendo che tale espressione serva ad un modo speciale di fondazione del diritto, così per questa prima fase di sviluppo fa mestieri adoprare più acconcie nozioni, e perciò ne serviremo del concetto « istituto di diritto » o « assioma giuridico » come significato generale.

Il diritto nello stabilirsi si presenta sotto duplice forma, rispondendo ai modi ne' quali appare la volontà quando è determinata da un impulso giuridico, e conformandosi alla estensione dell'istituto, cioè alle sfere della validità di questo. Le due forme immediate di costituzione giuridica sono la *consuetudine* e la *legge*, secondo riceve la volontà piuttosto determinazione dall'immediata *tendenza* e dalla esigenza del diritto; e che questo — riscontrato in un caso particolare — viene da essa sanzionato per diritto in generale; ovvero quando esso volere è spinto dalla *riflessione* e dalla *ragione*, e sancisce una norma obbligatoria per tutti i membri che si trovano in uguali rapporti. Giova però avvertire che l'intuito e la ragione in ciascuna di quelle fasi del volere non sono esclusivamente operatrici come le designammo, onde può avvenire che anche la consuetudine sia ingenerata in parte dalla ragione, e che la tendenza e l'intuito possano avere felicemente cooperato alla formazione delle leggi (1). Oltre le due forme or viste, nelle quali il diritto appare nell'origine sua, suolsi al presente, ad imitazione di Savigny, aver riguardo anche al *diritto scientifico*, ovvero a quello de' giureconsulti, ed averlo come una fonte generale di diritto. Tuttavia per quanto anche il diritto istituito da essi, tanto nella teoria che nella pratica possa aversi in conto di fonte giuridica, nondimeno questa non sarà mai innalzata al grado delle due sorgenti or accennate, perchè essa non è immediata come quelle, ma bensì secondaria.

A. CONSIDERIAMO INNANZI ENTRAMBE LE FONTI DI DIRITTO GENERALI IMMEDIATE.

1. La *consuetudine*, creazione de' primi bisogni, manifestasi come avviene in tutte le fondazioni originarie di diritto, per la potenza forma-

(1) Oltre alle esposte forme generali d'origine ossia fonti di Diritto, altre ve ne hanno di speciali; onde scendono diritti soltanto a determinate persone. E questi ponno essere posti e da una sola volontà, come nel testamento, e da molteplici, che è quanto avviene ne' contratti. Simili statuti del volere sono però sempre mere forme, avvegnachè ivi il senso ossia quanto si intese di stabilire, sia ognora l'essenziale e formi la base giuridica. Eziandio in queste speciali forme della origine, e nominatamente nel contratto, già da molt'anni segnal nella mia filosofia del diritto la distinzione tra fondamento e causa, contenuto e forma, differenza che presentemente vien pure riconosciuta dalla scienza positiva del diritto, nè più abbisogna di esser difesa contro gli attacchi antifilosofici ed antigjuridici che finora le furon mossi.

trice giuridica, inerente agli uomini. Muove la consuetudine ne' suoi principii non già da un volere o coscienza popolare, ma da libere opere di individui, i quali si stabilirono a diritto qualche cosa, nella credenza che sotto tali rapporti esso diritto sia tale pure universalmente. Ripetendosi quelle azioni ed ingenerandosene per stimolo di imitazione altre simili, lorchè manifestasi uguale il bisogno, trasmutansi in consuetudini, in costume. Impertanto i motivi formanti e determinanti la consuetudine sono i seguenti interni morali momenti: un'azione intrapresa originariamente, col sentimento e colla coscienza del diritto: la ripetizione e l'imitazione, di norme permanenti favoreggiatrici de' rapporti vitali, e vicendevolmente influenzantisi al benessere di tutti i membri di una consorteria, lorchè se ne prova il bisogno, e si manifesta il sentimento che ad esse norme si debba assegnare un valore universale onde ne venga comune costume (1). Dalla natura della consuetudine si spiega ora per qual ragione si allarghi la sua forza oltre la cerchia di quelli i quali in principio la ebbero prodotta, avvegnachè dessa possa venire applicata ad uguali rapporti di altri membri di una comunità. E nell'origine della consuetudine ritrovasi pure l'elemento dell'operare in favore *altrui*, il che viene legittimato dalla comunione della vita giuridica e morale.

La consuetudine, qual serie di opere uniformi e per lungo tratto di tempo ripetentisi (a sanzionar la quale spetta al giudice di fissare il numero de' casi e la durata del tempo), è a distinguersi dal diritto di consuetudine (2), per cui il fattore subiettivo, la causa efficiente vienè riferita al fondamento obbiettivo. Ma non tutte le abitudini ponno pretendere forza giuridica; chè se avviene sorgano usi opposti al buon senso, non devono di certo avere valore di sorta. Gli è perciò che il diritto di consuetudine dovrà stabilire le condizioni per le quali un'abitudine otterrà forza giuridica, e queste saranno le seguenti: 1. la rispondenza od armonia coi rapporti vitali e di reciproco sussidio che a quelle spetta di ordinare. E qui fa mestieri aver riguardo alla natura della cosa,

(1) Per il che con ogni ragione Walter nel suo sistema del diritto tedesco privato. 1884, p. 28. così si esprime: « Il supremo fondamento su cui appoggia la forza obbligatoria del diritto consuetudinario, si è un principio morale, cioè l'autorità di che va pregiato tutto quanto venne tenuto per giusto dell'uomo morale; » ed osserva pure che Savigny, Puchta ed altri i quali derivano la forza obbligatoria del diritto di consuetudine dalla volontà comune o popolare, non ne hanno perciò punto conosciuto la base. Tuttavia questi pensatori fecero emergere di molti elementi morali, e resero pregiato il costume obbiettivo del diritto, malgrado l'erronea direzione presa da essi nel cercare la base obbligatoria degli usi giuridici, nella convinzione ovvero nella volontà del popolo.

(2) L'espressione *diritto di consuetudine* ha un doppio senso, perchè e vi si comprenda il diritto formato per la consuetudine, e che più acconciamente avrebbe a chiamarsi: *diritto consuetudinario*; e vi si intenda incluso tutto quanto eleva a diritto la consuetudine, come nel concetto esposto nel testo.

come quella che presenta un'intima necessità. Perciò è forza; 2. desumere la consuetudine dall'opinione e dal convincimento in una necessità giuridica. Quindi scende: 3. la condizione della ragionevolezza (*consuetudo rationabilis*) favorita dal diritto canonico ed a cui molte fiato accenna il diritto romano (1). 4. Con espressione negativa questi requisiti esigono non dover la consuetudine urtare i buoni costumi, la ragione, nè riconoscere la propria origine da una falsa opinione sul diritto reale. Ed in pratica, come trattasi di rapporti di diritto privato, confidati alla individuale determinazione d'ogni persona, avvien spesso che nel delineare il loro confine si debba andar contenti a questi caratteri negativi.

La medesima consuetudine si manifesta in foggie svariate, come può con maggior accuratezza osservarsi nel diritto privato tedesco. Ed il diritto che vien da essa, non ritrovasi quasi mai scritto, presso i popoli che vivono ancora nelle infime sfere della civiltà; e ciò pure si vide originariamente fra le stirpi germaniche, ove era desso riposto nell'immediato sapere di gente esperta, mercè la cui testimonianza, *sapienza*, indi veniva divulgato. Col progredire della civiltà si ebbe a porlo in *iscritto*. Quindi originarono lo « specchio giuridico » i diritti di corte ed altri diritti scritti del medio evo, senza che per questo perdessero la loro impronta e natura di consuetudini giuridiche. Più tardi esso diritto di consuetudine venne ammesso dagli scritti dei *giureconsulti*, e dalle sentenze de' tribunali.

Non soltanto nel diritto privato ha somma forza il diritto di consuetudine, ma possiede lo stesso vigore in quello pubblico, dello stato e dei popoli. Molte volte anch'essa la vita dello stato viene ad essere in molti modi regolata dalla consuetudine, in tutto quanto appartiene alla costituzione od a modi d'amministrare, e parecchie altre cose ricevono continua riforma pel progredire del costume. Anch'esso il diritto delle genti, considerato nella sua origine, gli è un diritto di consuetudine formatosi per convenzione e costume, quantunque la riflessione e l'intelligenza si sforzino sempre di regolare le relazioni scendenti dal progresso della civiltà, e dai più vitali interessi, che causano la legge alle parti contraenti.

Nella storia della teoria del diritto di consuetudine è ad aversi per merito proprio della scuola storica, l'essersi da questa dimostrato come la consuetudine sia una fonte indipendente del diritto. Da prima il diritto consuetudinario credevasi derivasse esclusivamente da una tacita approvazione del legislatore, nella volontà del quale poneasi la sorgente d'ogni diritto reale. Ma i fondatori di essa scuola storica (Ugo, Savigny) provarono all'incontro, il diritto, non altrimenti di tutte l'altre creazioni.

(1) L. 59. D. de leg. (1. 3.) Quod non ratione introductum est, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet. — L. 1. C. quæ sit l. c. (3: 35) Nam et consuetudo præcedens et ratio, quæ consuetudinem suasit, custodienda est. — Vedi poi Savigny: Sist. del dir. rom. IV. p. 144 e seguenti.

dello spirito umano, come succede dell'arte, della scienza e specialmente della lingua, provenire nell'origine sua da una immediata attività dello spirito popolare, talvolta senza coscienza, manifestantesi innanzi tutto sotto la forma della consuetudine, e solo poscia improntata dei caratteri delle leggi. Puchta (1) s'argomentò quindi di pēntrare l'essenza della consuetudine, proponendosi indagarne il più intimo fondamento giuridico. Egli distinse prima con molta acutezza la consuetudine semplice, che si è appunto il ripetuto uniforme esercizio di un precetto tenuto per giuridico, dal diritto di consuetudine, sostenendo e giustamente che un'abitudine per essere un mero fatto esterno, a cui può essere sostegno anche un'erronea opinione, non è per nulla valevole a costituire un diritto. Per il che tentò quel pensatore fondare esso diritto sulla *convinzione giuridica del popolo* e della società popolare, tenendo la consuetudine ossia l'esercizio, per l'espressione esterna di quel convincimento, per un modo di manifestarsi. Ma per quanto sia esatta la differenza tra consuetudine e diritto di consuetudine, non fu però anco esattamente studiato quest'ultimo nella sua essenza obbiettiva. Per dire il vero, Puchta dalle istituzioni meramente di fatto e prodotte dal volere, si è elevato al concetto conciliativo della convinzione, ma per questo non ebbe a varcare la cerchia del subbiettivo. Il diritto nel suo fondamento obbiettivo deve appunto fermare le condizioni per cui la consuetudine ottiene forza giuridicamente obbligatoria, e che sono in più stretta corrispondenza coi rapporti della vita i quali esigono più diligenti indagini.

Per quanto però importi avere una retta nozione della essenza del diritto di consuetudine, tuttavia dalla scuola storica si esagerò l'utilità di essa fonte del diritto. Soltanto nelle inferiori fasi della civiltà d'un popolo, sarà sempre il diritto di consuetudine la principal fonte giuridica. A cagione dell'origine loro, svariatissime sono le consuetudini, e tali differenze con ogni agevolezza si moltiplicano nel diritto privato, pel quale è necessità s'accordi tal libero campo all'arbitrio, da andarne presso un popolo smarrita qualsivoglia unità della coscienza giuridica; onde ne segue essere quasi un'ironia la teoria che la consuetudine fonda sulla volontà comune ovvero sovra il convincimento popolare. Tanta diversità reca con sè l'incertezza giuridica, avviluppa il comune movimento della vita, impastoia il rapido giuridico svolgimento de' rapporti di vicendevole interesse, e i mali si fanno cotanto estesi e sentiti, da non esservi altro scampo che in una legislazione speciale e completa, che finora la fu sempre un beneficio al popolo ed al giuridico suo stato.

Invece ne' codici moderni nati sotto l'influenza della teoria opposta, la quale avvisava scendere i mali dal complicato diritto di consuetudine, questo venne limitato di troppo (V. Cod. Prus. § 314. — Cod. Ge. Civ. Aust. § 10). E però dichiara il Codice Aust. § 10 che « a consuetudini non si avrà riguardo se non nei casi nei quali la legge si riporta alle

(1) Vedi G. F. Puchta, *Il diritto di consuetudine* 2. ediz. Erlangen 1828-1837.

medesime ». — Con questo per dire il vero non si vieta altrimenti il continuare e progressivo svilupparsi di consuetudini giuridiche nelle altre sfere p. e. in quelle del commercio e mestieri; ma vengono però a limitarsi di troppo nei rapporti generali civili. Ma queste soverchie strettezze trovansi in opposizione ai bisogni della vita; al concetto della libertà giuridica, la quale s'attenta irrompere col progressivo sviluppo dei rapporti giuridici e porsi in equilibrio coi mutati costumi e convinzioni; per il che non avrebbe manco ad avere effetto quello inceppamento, come appunto non l'ebbe il divieto messo da Giustiniano ai giureconsulti di far commenti ai nuovi suoi codici, credendo di tal modo impedire si ingenerassero discrepanti opinioni (1).

2. La legge, ovvero il *diritto legale* si è quel diritto stabilito dall'organo dello stato a cui spetta simile bisogna, e che rendesi obbligatorio per la debita pubblicazione. Il modo poi col quale devesi statuire la legge viene a determinarsi dalla costituzione di ciascun stato. Dal suo lato conviene che il giudice attenda nell'applicazione che tal forma venga osservata. Per la necessaria pubblicazione, la quale e non a torto si considera per una condizione all'efficacia di una legge, occorrono diverse prescrizioni secondo le varie nazioni. Ma è però principio universale che ad appoggiare col fatto la supposizione « dover ciascuno conoscere le leggi del suo paese » si stabilisca in generale, acquistare la legge forza obbligatoria non appena sia scorso un dato tempo dal giorno della pubblicazione, ovvero dalla edizione nella raccolta stampata delle leggi.

a) La *causa* della legge è la volontà la quale condurrassi, però sempre a deliberare in armonia alle basi che trovansi entro i rapporti da regolarsi. Ma questa base della legge fonde si col volere causale, in guisa da non aversi riguardo a veruna cosa che non sia la sentenza formale della volontà. Tuttavia in alcuni casi, ove è pur mestieri interpretare lo stesso

(1) I dettami del diritto rom. sul diritto di consuetudine sono principalmente i seguenti: L. 39. § 1. D de leg. (4. 5., (Julianus): « Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos tenent, quam quod iudicio populi receptæ sunt, merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes. Nam quod interest suffragiis populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Qua re rectissime et illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur. » — Sul significato del rescritto di Costantino in riguardo alla abrogazione e derogazione di una legge avvi: L. 2. C. quæ sit longa cons. (8. 35.), che dice: « Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem; » V. Savigny p. 420 e seguenti. Trovasi un cenno di questo passo nel diritto feudale longobardo (di Oberto) 2. feud. 1: « Legum autem Romanorum non est vilis auctoritas, sed non adeo vim suam extendunt, ut usum vincant aut mores. » E qui si palesa lo spirito germanico, che molto si modificò nello accogliere il diritto romano.

concetto, ovvero abbisogna la legge di una *analoga* applicazione, è d'uopo rapportarsi al *fondamento* della legge (alla *ratio legis* il quale avrà mossa. *l'intenzione* del legislatore, o che — come avvien nell'analogia — sus- siste bensì ma oltre la intenzione che è nota.

b) La efficacia della legge la si deve considerare in una triplice di- rezione ed estensione, vale a dire in riguardo al tempo, alla sfera locale ed alle persone che le sono sommesse.

α. — Circa il *tempo* vale il principio: le leggi non hanno forza retroattiva (*leges ad præteritum non sunt trahendæ*); cioè le si ponno soltanto applicare a' casi avvenuti dopo la loro pubblicazione, nè devonsi ledere i diritti di già equamente acquistati. Ma codesto non si trova di applicarlo se non a' rapporti giuridici privati, e non ha luogo — per ecce- zione — ogni qual volta trattisi di leggi che regolano la pubblica bisogna.

Fermandosi alla natura di sì fatto principio, si vede come non possa esso aver luogo nel diritto dello stato e nella procedura giudiziaria. I diritti politici vengono fondati per il bene della comunità, nè si riducono in potere de' privati, per il che non deggionsi annoverare fra quelli che sono di già acquistati e giustamente, ed anzi lo stato avrà facoltà in ogni tempo di mutarli o sospenderli. Così possono per esempio attribuirsi e togliersi i diritti di elezione. Nel processo civile e criminale, dove trat- tasi di giugnere ne' più acconci modi al vero, non può per nulla preten- dersi giuridicamente, si conservi la prisca processura.

All'incontro nel diritto penale materiale s'appongono mai sempre le sanzioni più miti e posteriori, non già le nuove e più severe, a fatti an- teriori all'ultime leggi.

Perdono anche le leggi il loro effetto pel trascorrimento del tempo pel quale fur poste; indi per nuove disposizioni posteriori che le cangiano (*lex posterior derogat priori*), avvenga ciò per una completa abrogazione, ossia solo per una derogazione parziale; finalmente per conseguenza di un invalso diritto di consuetudine, ad esse contraddittorio.

β. — La *sfera locale* in cui ha forza una legge, vien circoscritta dal territorio dello stato nel quale venne promulgata. E qui ci occorre la indeclinabile regola, non potere il giudice applicare veruna legge che del suo paese non sia. Se non che le esigenze nelle vicendevoli relazioni di affari, ed il riguardo a' sudditi proprii, conducono il legislatore ad at- tribuire validità nello stato proprio eziandio alle azioni giuridiche che eb- bero luogo all'estero. Si danno tuttavia parecchie collisioni, le quali sono principalmente oggetto del diritto *privato internazionale* (V. Cap. 6 VII c.), fin qui non tolte completamente nè nella pratica, nè nella scienza.

γ. — Relativamente alle *persone* ha luogo il principio, stendersi l'efficacia d'una legge non solo a' cittadini d'uno stato ed a quanti in esso abbiano domicilio, ma bensì a tutti che vi soggiornano; efficacia per cui da tali straniere persone convien sopportarsi certe conseguenze giu- ridiche, annesse dalle leggi di uno stato ad alcune opere effettuate nel territorio di questo.

c) Classificansi le varie specie di leggi a tenore degli organi onde derivano, secondo il loro contenuto ed in vista de' rapporti pubblici e privati.

α. — Considerando la varietà degli *organi*, veggiamo come le leggi alcune siate originino dal supremo e *sovrano* potere dello stato, tali altre vengano da una parte organica della nazione, da una *provincia* o da un *comune*. Ponno essere le prime o *leggi fondamentali di stato*, o *leggi* come intendonsi comunemente, ovvero *ordinazioni* messe da poteri amministrativi a codesto abilitati, ordinazioni le quali non devono per nulla trovarsi in contraddizione colle leggi, quantunque il potere legislativo non sia riunito in una persona od autorità coll'amministrazione (1).

β. — Riguardo al *contenuto* od alla materia riferisconsi le leggi ai più importanti scopi speciali seguiti direttamente o indirettamente dallo stato. Esse le sono quindi ecclesiastiche, pubbliche giuridiche, d'istruzione, economiche nazionali (come sarebbe a dire di quelle d'agricoltura di mestieri e commercio), finanziarie, militari e così via.

Secondo i *rapporti* riferisconsi le leggi a relazioni pubbliche o private, potendosi in quelli incontrarsi gli stessi argomenti giuridici, ma diversamente vólti.

All'incontro le leggi di *diritto privato* si partono in doppia serie; e come rettamente osserva Savigny (Sist. dell'att. dir. rom. 1. Vol. p. 57) sono; 1. di natura non accordante alcun campo all'arbitrio degli individui, e però signoreggianti con immutabile necessità. A tale categoria appartengono le leggi *assolutamente imperative e vietanti*, sieno desse tali in se stesse senza che riconoscano relazioni modificatrici, oppure assumenti quel valore per alcune ipotesi e rapporti; p. e. l'obbligo de' genitori di alimentare i figli proprii, ed il divieto di rinunziare antecedentemente all'indennizzo per dolo. Ma da questo non devesi conseguitare sia il giudice tenuto a pronunziare ex officio l'invalidità delle azioni e giuridici affari contraddittorii alle leggi. La è invece una regola indecli-

(1) Parecchi fautori del diritto germanico, accolgono anche un'altra specie di legislazione la quale fondasi sul volere dei privati, e che essi chiamano *autonomia* e dicono venuta dalle corporazioni e dagli stati dell'impero ora mediatizzati. Sulla cosa non vi ha dubbio e certamente sia; solo trovasi esservi controversia sulla denominazione. E per vero non è a considerarsi l'autonomia come una maniera di legislazione, avvegnachè il carattere essenziale della vera legge è riposto, nel provenire essa da un pubblico potere; e non già, come Walter sostiene (Sist. del dir. com. priv. ted. p. 35.) nell'essere « obbligatoria perennemente, anche per quelle generazioni che per nulla vi cooperarono. » Giacchè — come lo stesso Walter ammette — simil caso gli è pur quello del testamento in rapporto agli eredi testamentari esclusi; e sotto un tale aspetto sarebbe pur mestieri considerare ogni persona come legislatore nella propria sfera privata. — Io presi sempre il concetto dell'autonomia nel senso più lato di una propria determinazione giuridica, distinguendo sempre tra essa, la legge e la legislazione.

nabile nel diritto privato, che in generale fonda sul volere dei privati, non aversi a sentenziare dal giudice, se non in seguito ad eccezioni e querele realmente prodotte. Soltanto in alcuni casi, cui per costume vengono ne' medesimi codici indicati tassativamente, e ne' quali prevale ad un tempo il pubblico interesse, corre obbligo al giudice di decidere d'ufficio l'invalidità d'una azione. 2. La seconda specie delle leggi di diritto privato comprende tutte quelle cui Savigny chiamava *conciliative*; ed altri dicono *dispositive* ed anco *permissive* (1). Queste non servono che a supplemento e compenso, e solo si vanno usando allora che le persone non hanno esercitata la privata e giuridica autonomia che in generale loro compete. Il maggior numero delle leggi di diritto privato sono a tenore del carattere di questo, della seconda specie.

E per lo più scritto il diritto legale, ed espresso in proposizioni e parole delle quali occorre cercare il senso. A ciò si riferisce l'arte di interpretazione, le ermeneutica giuridica.

d) L'interpretazione delle leggi si è l'attività diretta ad indagare il senso di una di esse. La relativa teorica ebbe ad essere sviluppata con profondità somma negli ultimi tempi da Savigny, (l. v. p. 206). L'antica divisione della interpretazione in *legale* e *dottrinale*, secondo Savigny è da rigettarsi come inesatta, sendo che la prima cui suddividesi in *autentica* — derivante dallo stesso legislatore —, ed *usuale* stabilita dalla consuetudine —, non sia una vera spiegazione, non venendo con ciò la legge rischiarata, ma in vece posto un altro assioma giuridico. Quindi non resta che la sola interpretazione dottrinale. E di questa pure si ebbero erroneamente a fare due classi la *grammaticale* e la *logica*, le quali anziché essere diverse non pòno del tutto separarsi, però che sia impossibile stieno vicendevolmente isolate le espressioni filologiche ed il pensiero del legislatore. Tuttavia si può ritenere, che un'interpretazione sia logica a preferenza, oppure vi prevalga l'elemento grammaticale. Quindi è della interpretazione grammaticale di ricercare il senso della legge specialmente secondo le regole della nozione di lingua, e tener calcolo simultaneamente del tempo e modo onde originava la favella del legislatore, ed all'uso speciale che egli ne facesse. Impertanto se una legge in tal guisa grammaticalmente interpretata, non porge che un solo senso, è necessità l'osservarla in questo tenore, quand'anche peccasse di durezza. — Deve prevalere l'interpretazione logica sol quando l'altra non offra verun sicuro risultato, oppure forche malgrado una spiegazione, avvi la certezza *obbiettiva* che il senso letterale non esprime la vera volontà del legislatore, sapendosi aver questi voluto estendere a più larga sfera o restringere a più angusta le proprie disposizioni, nel qual caso conviene far luogo ad una interpretazione estensiva o ristrettiva.

E qui per vero occorre gravissima la difficoltà dell' esporre le reali

(1) Stubenrauch nella sua « Illustrazione del cod. civ. gen. Aust. » Vienna 1833 p. 69, propone la più acconcia espressione di « leggi suppletive ».

inesattezze della espressione relativamente al tradurre la vera volontà del legislatore, per il che è mestieri procedere con ogni cautela, affinchè non s'apponga al legislatore un'intenzione che egli non avea. Nè avvii legislazione alcuna nella quale non sia ad applicarsi una simile interpretazione. Ed in tal uso i principii direttivi sono i seguenti: *a*) Ponderare come si trovino collegate fra loro le sanzioni di legge fra loro non solo, ma anche con altri precetti del legislatore; come pure esaminare il nesso di tutta la legislazione, secondo il quale si stringono tutte le istituzioni e norme giuridiche in completa unione. *b*) Aver riguardo alla base della legge ed alla relativa intenzione del legislatore, vale a dire allo scopo per lui propososi e secondo il quale è a supporsi voglia egli anche le necessarie determinazioni giuridiche. Convien però guardarsi dal confondere l'occasione esterna di fatto o storica di una legge col di lei fondamento. Ma l'analogia la quale fu già tenuta per una maniera di logica interpretazione, non la è altrimenti tale; tornando impossibile l'estendere una sanzione a que' casi, cui il legislatore giammai ebbe di mira, ed ai quali però per nulla provvedeva la legge. Impertanto la è una regola di privato diritto, espressa pure dalle recenti legislazioni, doversi sopporre alla autorità del giudice tutti i nuovi casi occorrenti nella vita. Ed egli dovrà decidere secondo l'analogia, ovvero quando questa la non sia sufficiente, a tenore dei principii giuridici da desumersi dalla natura della cosa o da' giuridici rapporti (principii che il Cod. Civ. gen. aust. chiama nel § 7, « i principii del diritto naturale »).

L'analogia si è la relazione che una legge ha con *simili* casi in forza dell'esserne identico il fondamento; e la rassomiglianza non devesi riferire anche alla base, alla ratio legis, che così facendo svanirebbe qualsivoglia saldo punto d'appoggio, ma soltanto ai singoli rapporti giuridici i quali si presentano cotanto svariati nella vita. Quindi avviene che la analogia serva principalmente a colmare le lacune della legge. — Per la osservazione fatta che la analogia punto non interpreta la legge, non potrà quella trovar manco luogo nel diritto penale, pel noto adagio « nulla pœna sine lege. »

I principii di diritto naturale a cui, accenna il Cod. Civ. gen. aust. § 7, si debba ricorrere, se non prestasi l'analogia, non vogliono trarre da un sistema di diritto naturale astratto e formale, si bene dalla « natura della cosa, » dalla essenza di un rapporto giuridico; ed in questo Savigny e Puchta ripongono specialmente « il diritto scientifico » a cui una vera filosofia del diritto, come quella che deduce il diritto degli stessi rapporti della vita; può porgere scioglimento meglio che qualsiasi altra disciplina.

B. DELLE FORME DI ORIGINE mediate E DELLO SVILUPPO PROGRESSIVO DEL DIRITTO NELLA scienza del diritto E NELL'uso del foro, PER MEZZO DEI GIURECONSULTI.

Consuetudine e legge sono le due forme ovvero sorgenti del diritto, per le quali vien questo immediatamente istituito, ed hanno sussistenza gli assiomi giuridici. Oltre à queste fonti, negli ultimi tempi la scuola storica rappresentata da Savigny e Puchta, pose come origine speciale ed all'altezza delle altre *il diritto della scienza*, cioè quello formato per la scienza giuridica. A questa — secondo tale veduta — non spetta solo di sviluppare il diritto sussistente, di ricondurlo a' principii, e di assumerlo come un insieme di sentenze reciprocamente supponentisi e condizionantisi; ma dovrà eziandio farsi sorgente suppletiva di diritto col riempiere le lacune che continuamente vaneggiano nel diritto consuetudinario e legale allora che lo si rapporta alla somma varietà de' rapporti giuridici ognora riproducentisi. Sarà quindi mestieri che i giureconsulti e nella loro operosità speculatrice: e nello esercizio di *organi* giudicanti in legge, sieno i *rappresentanti* naturali della nazione in affari giuridici, e di più si adoprinò a propugnare i veri scientifici collo esporre ed applicare tali massime di diritto, le quali riconoscano soltanto l'autorità loro dalla evidenza scientifica. Gli è quindi che si avrà a presumere vera un'opinione quando viene messa dai più esperti giureconsulti (*communis opinio doctorum*) e costantemente in pratica manifestasi valida; presunzione la quale del resto avrà da mutarsi innanzi al vero, ogni qual volta sorga la convinzione opposta, vale a dire che tal massima sia falsa.

Non si può certamente sconoscere come per tale veduta trovisi fermato in parte il fine giusto e nobile della scienza del diritto; ma per essa si ingenera pure una confusione — in cui spesse fiate si avviene nella scienza del diritto e dello stato — di quanto è scopo mediato od immediato di un'attività, col che si fraintende la vera posizione della scienza del diritto in faccia alla vita (1). Questa scienza secondo i varii gradi di coltura morale e giuridica d'un popolo, assume diversa forza ed ha un vario scopo, avvegnachè possa esercitare un potere giuridico più creatore, in que' luoghi ove ogni cosa trovasi ancora in germoglio e nello stadio di formazione, e dove un'opera di già sviluppata si pone agevolmente in luogo di quelle che cominciano a svolgersi. E simile energia della dottrina giuridica, manifestossi a Roma cominciando dalle leggi delle dodici tavole sino alla legislazione di Giustiniano, esercitandosi la funzione creatrice del diritto, tanto dai pretori come quelli i quali rappre-

(1) Così p. e. sendosi similmente nella teorica sullo scopo dello stato, confusa la distinzione di ciò che allo stato è scopo immediato o mediato, non venne dato fin qui di giugnere ad una esatta dottrina del fine dello stato. Ved. cap. 3, 3.

sentavano l'organo della coltura scientifica giuridica, quanto dagli stessi giurisperiti. Ugualmente questi fur causa che s'introducesse in Germania il diritto romano, poichè esso vi ebbe forza non già, come prima avvisavasi, soltanto colla istituzione del giudizio dell'impero nell'anno 1495, ma ben prima per l'influenza della scienza nella pratica dei tribunali. In oltre i giuristi unitamente ai giudizi modificarono e mitigarono il diritto penale stabilito dalla procedura penale del 1532. Ed ora pure può la scienza del diritto dar valore a nuove massime giuridiche nei paesi del diritto comune, ove questo è vacillante di molto a motivo del rapporto capricciosamente fondato tra il diritto romano ed il tedesco. Però in qualsivoglia caso la scienza giuridica esercitò il suo potere creatore in tal materia solo per la *mediazione* dei tribunali. Ma vi fu già il mal costume di abbandonare ai privati soventi volte e nel diritto pubblico e nel privato l'esercizio di quelle funzioni, le quali in una nazione in cui non siasi a desiderare l'ordine, conviene vengano attribuiti al potere dello stato, come quello il quale è conscio del proprio dovere. Impertanto a togliere tanto danno è pur d'uopo che la scienza del diritto, che fu già aiutata spontaneamente dal popolo e dal ceto de' giurisperiti, con sussidio ben inteso e rispondente ai rapporti, ceda una parte essenziale de' suoi incarichi alla legislazione, e si stringa ad occupare in tutto l'organismo giuridico, il solo e vero posto che le si addice. Essa però, avuto riguardo alle incumbenze che le sono proprie, non deve pretendere di elevarsi a fonte immediata del diritto positivo, nè deve a suo talento formare il diritto; ma bensì svolgere quello datoci per legge e consuetudine, accennarne le lacune, e proporre le sentenze da cui possano colmarsi; di più, influenzando sulle credenze giuridiche di un popolo, cooperare allo sviluppo di un diritto di consuetudine suppletivo, e finalmente agevolare la via alla legislazione.

Per il che la teorica che eleva la scienza del diritto all'altezza delle altre due fonti, non può in niuna guisa tenersi simile o confondersi coll'opinione antecedente, secondo la quale dovrebbe il naturale diritto servire di immediata fonte giuridica, o almeno di ausiliaria. La scuola storica nel diritto de' giuristi tentò porre in luogo del diritto la « natura della cosa. » — Che s'anco questa avesse a concepirsi nel senso sopra indicato, nè — come spesso avviene — la si identificasse colle vedute giuridiche romane, rappresenterebbe essa in generale come sopra si espone, il dirigente principio obbiettivo, ma non sarebbe però in se stessa una fonte di diritto. E soltanto, per eccezione, ove nè la consuetudine nè la legge in alcuna guisa non provvedessero, potrebbe essa farsi pel giudice una norma alle decisioni. La dottrina sul diritto della scienza ovvero sul diritto dei giuristi ebbe ad oscurare in altre guise il vero.

Primieramente *Beseler* nel suo diritto del popolo o dei giuristi (1843) (1), espone il *diritto popolare* siccome una nuova fonte, in parte

(1) Vedi anche, *Beseler* « sistema del comune diritto privato tedesco 1847-1855 » p. 103 seguenti.

unendolo all'altre sorgenti, ed in parte, loro contrapponendolo. Il pensiero fondamentale e direttivo di questo scrittore, quand'anche non del tutto accuratamente determinato, è però a riconoscersi come giusto. Egli opina che il dominio esercitato in origine dal popolo sopra lo stabilimento de' suoi rapporti giuridici, non debbe cessare del tutto, malgrado che tal potere poseia si limitasse e per la forza costituita dello stato, e per l'organo scientifico del ceto de' giuriconsulti, secondo il naturale sviluppo che crea organi speciali per ogni particolare funzione. Siccome talvolta avviene, come ne fa prova la storia ed in singolar modo la tedesca, fuorviino dal retto sentiero i giurisperiti non meno dalla autorità legislativa, quindi fondandosi un organismo giuridico impopolare; così sarebbe pur d'uopo vi avessero pel popolo degli argomenti giuridici di difesa, i quali troverebbersi appunto nel diritto popolare, come in fonte generale di diritto, e per cui sarebbe concesso fondare un più singolare diritto di consuetudine non solo, ma anco e con maggior vantaggio un diritto universale pel popolo tutto. Tuttavia Beseler non volle per certo attribuire a questo diritto popolare un valore immediato, e però ne esigea qual necessaria condizione l'esercizio continuato come precisamente avviene nel diritto di consuetudine. Tuttavia non devesi tacere come sia erroneo il tenere per fonte sì fatto diritto popolare. E nella opinione di quel pensatore, altro vero non si ritrova tranne la credenza, che l'intero carattere etico, morale e legale del popolo, come è presentato storicamente e cammina progredendo, gli è un momento essenziale del principio reale sopra accennato, ossia un fattore nel diritto, un'ulteriore determinazione del concetto « della natura della cosa » che conviene riceva modificazione in armonia alla natura del popolo. Del resto lo stesso Beseler (1) conobbe l'affinità di questo concetto col diritto popolare. Siccome tal fattore era totalmente sconosciuto dai seguaci del diritto romano, i quali di questo teneano discorso come d'un diritto « universale » oppure come di un diritto naturale applicabile ad ogni rapporto, vi fu mestieri di una gagliarda opposizione per parte de' seguaci del diritto germanico. Ma un concetto indistinto come quello del diritto popolare, non era possibile conducesse a risultato di sorta. E primamente faceva d'uopo d'una scienza di diritto *comparativa*, la quale non trascurando altrimenti il carattere ed i rapporti giuridici e morali del popolo, desumesse dalla « natura della cosa » — che qui conveniva rendere proficua — la misura della comparazione e valore del diritto romano e tedesco. Ma di questa scienza, soltanto ora si lamenta la mancanza, e si esige oltre alla cognizione sto-

(1) Vedi la filosofia del diritto dell'autore, 4. ed. p. 81, sulla necessità di tenere il popolo per un fattore organico nella formazione del diritto, e particolarmente nelle sfere del commercio, industria ed agricoltura, che più da presso riguardano i bisogni popolari, ai quali converrebbe sempre meglio provvedere colla istituzione di camere e tribunali di commercio, aggiungendovi pure camere e tribunali agricoli.

rica, una coltura filosofica più profonda di quello che sin qui siasi manifestata nella scienza positiva del diritto.

Colla teoria del diritto popolare s'avvisò, ma puramente dal lato della scienza, di porre in luce un vero bisogno. Però gli era erroneo il tenere per fonte giuridica un principio direttivo abbisognante anch'esso di elaborazione scientifica. Simile dottrina, nell'epoca di agitazione democratica che le tenne dietro immantinente, venne trasmutata per un lieve ma essenziale cambiamento, in arma distruggitrice d'ogni diritto sussistente; e rigettossi il precedente esercizio voluto da Beseler come condizione essenziale del diritto del popolo, si elevò come indicammo esso popolo ad origine *immediata* e del potere dello stato e della legislazione, nonchè della perenne formazione ed applicazione del diritto; e si vollero invece di dotti giuristi, avere come unici giudici uomini del popolo, che dovessero ad un tempo decidere e sul fatto e sul diritto.

Per il che non hannovi nulla più di due sole fonti di diritto *immediate e generali*, la consuetudine e la legge. Ma conviene però sieno l'espressione del convincimento del popolo e dei suoi rapporti giuridici morali, vale a dire le due forme del diritto popolare manifestantisi nella realtà.

Impertanto ai giureconsulti non restà che di esercitare un ufficio intermedio, sopra una doppia serie, la scienza del diritto, di cui già esponemmo le attribuzioni, e l'uso forense.

Fu tenuto, ma erroneamente l'*uso del foro* per una specie di diritto di consuetudine, e anniechiato con questo in una sola categoria. Ma esso che consiste nell'autorità di conformi decisioni dei giudizi (*rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas*), suppone sempre e si diparte da consuetudini e leggi di già sussistenti, e ritrovasi intimamente collegato colla scienza del diritto, però che sia ogni decisione giudiziale il risultato d'un'operazione scientifica. Nei pochi casi ne' quali torna insufficiente la interpretazione scientifica o dell'analogia ad appoggiare una decisione, il giudice si rapporterà alla « natura della cosa » e gli sarà concesso dar vita a nuove massime di diritto. Comunque avvenga, sarà pur sempre l'autorità di precedenti giudicati (giudizii anteriori, precedents, jurisprudence des arrêts) di somma importanza ne' casi consimili che si verificassero. Del resto tale autorevol forza può venire affievolita ed anco tolta del tutto in un giudizio di identica natura, da una novella convinzione propugnata da più validi argomenti; quantunque all'intento della certezza giuridica, sia piuttosto a desiderarsi che le susseguenti sentenze non declinino dai principii adottati dalle anteriori, se non quando vi si ritrovino astrette da interna reale necessità, e torni di sommo vantaggio l'attemersi de' giudizi inferiori alle decisioni de' superiori, ove non si urti la giuridica credenza. Al che provvidero le moderne legislazioni, quantunque rifiutino all'uso forense la forza di legge (Cod. Civ. gen. aus. § 12), in qualsivoglia caso per quanto si manifestassero possibili uniformi sentenze dei giudizi (1).

(1) Vedi l'ordinaz. del gabinetto prussiano 1. agos. 1836; e per l'Austria, Pl. R. patente del 7. agos. 1880, N. 328. del boll. delle leggi.

L'*equità* poi non è altrimenti una vera fonte di diritto, quantunque spesso siate venisse tenuta per tale almeno sussidiariamente. Essa cui Puchta (1) dice esattamente ed in semplice modo consistere « nell'aver riguardo alla individualità nelle persone e nei rapporti » rappresenta un momento essenziale in ogni diritto, e manifestasi pure in parecchie giuridiche disposizioni, emanate a tale scopo. Del resto servirà anco di principio *direttivo* al *legislatore*, a cui è mestieri stia sempre sott'occhio la diversità delle situazioni e dei rapporti. E sendo che alle leggi per niun modo sia concesso di rispondere a capello a tutta codesta varietà, nè far caso d'ogni individuo così sarà l'*equità* pure pel *giudice* un regolo in quei casi, ne'quali la espressa sanzione della legge non costringa ad altra più severa sentenza. Si fatto generale principio dell'*equità* può essere accolto ed applicato a tutte le sfere giuridiche, e particolarmente al diritto penale, come in fatti le recenti leggi punitive consentono allo arbitrio del giudice un campo più vasto, nel far calcolo dei rapporti individuali (2).

CAPITOLO V.

DELLO STATO.

Concetto, origine, scopo, rapporto dello stato colla società e di lui costituzione ed amministrazione.

1. Riceve il diritto sotto varie forme e specialmente nelle consuetudini e nelle leggi, istituzione e sviluppo sociale. E come che esso sia fine permanente alla vita, così gli fa mestieri durevole stabilimento. Indi si fa palese in qualsivoglia umano consorzio, estendentesi in suo progresso oltre la cerchia della famiglia, il bisogno d'un potere valevole a tutelare i rapporti giuridici, e d'una autorità costante e salda da cui si pronunzi sopra i casi contenziosi, e si difenda la società da esterni attacchi. Di tal guisa si forma gradatamente, e sotto molteplici circostanze e modi svariati, un'insieme d'istituti speciali, tra loro collegati mercè una forza comune, ai quali spetta provvedere alle esigenze della vita giuridica. Un tal potere ed ordine si è appunto lo *stato*, cui però diremo essere *il consorzio ordinato sotto un potere comune ed in uno stesso territorio, allo scopo di incarnare il diritto mercè organiche istituzioni.*

Ma nella definizione del concetto dello stato convien s'avverta a distinguere la nozione filosofica dalla storica. L'una non dovrà mai ritrovarsi in contraddizione all'altra, che s'altrimenti avvenisse — sendo impossibile rifiutare la storia — sarebbe mestieri argomentare erronea la nozione filosofica già stabilita. Per il che nel concetto filosofico può aversi

(1) « Prelezioni sull'odierno Diritto romano » 3. ed. I. vol. § 21.

(2) Sull'*equità*, vedi più diffusamente Warkönig, « enciclop. giurid. » pag. 47 e seguenti.

benissimo una fondazione sociale pura, perfetta ed in armonia alla propria interna natura, laddove questa nella storia ne occorre imperfetta e confusa più o meno con altri ordinamenti.

E così avviene anche dello stato. Nel primo sviluppo sociale, ove tutto quanto più tardo si separa e suddivide, si ritrova essere tenacemente unito, anch'esso l'elemento giuridico e l'ordine della vita umana, collegavasi con intimo nesso a tutte l'altre tendenze e rapporti, ed in ispecial modo stringevasi alla religione, ad ogni principale energia e a tutta quanta la umana civiltà. Impertanto l'ordine religioso e quello giuridico dello stato confondonsi nella origine loro, e per lungo tempo guidano di comune accordo la vita umana, come quelli che l'abbracciano ne' suoi due lati principali. Ma l'intima tendenza di civiltà e d'organizzazione, inerente all'umanità, generando in rispondenza alle umane aspirazioni ed agli essenziali scopi della vita, organi distinti cui sviluppa fino a renderli indipendenti; tale tendenza gagliardamente tentò di sottrarre lo stato al dominio della religione, e di far sorgere accanto a questi due poteri, novelle istituzioni da cui traessero beneficio la scienza, l'arte, l'industria ed il commercio. L'*indipendenza* dello stato si è un principio che presentemente ha per sè la convinzione universale, ma cui però tal fiata s. assume da un falso aspetto, quinci avvisando potere lo stato, come quello che sussiste in sè e per forza di propria natura; subordinarsi il tutto, e riguardarsi per l'unico potere sociale; quasi che esso, secondo espone un'altra teoria astratta, non avesse ad intendere ad altro scopo se non al proprio, come scopo giuridico, non curando tutti gli altri fini e rapporti della vita sociale.

Intorno alla natura, origine e scopo dello stato, nonchè sul rapporto suo colla complessiva società umana, vi hanno diverse opinioni sì nella teoria che nella pratica; ed anch'essi gli stati che presentemente vanno lodati per maggior grado di civiltà, ritrovansi ancora pressochè al buio circa la periferia ed i confini dell'attività loro, per la qual cosa cadono in molti errori ed urtano per varie collisioni. Gli è però un grave incarico della scienza, di determinarne la essenza e lo scopo dello stato, facendo prima astrazione dai rapporti della realtà, varii, oscuri ed imperfetti.

2. Per quanto concerne più da presso l'*origine* dello stato, è ad osservarsi non essersi porta per anco la necessaria distinzione tra l'*origine interna* e le forme o manifestazioni *esterne*. L'*origine* trovasi però riposta nella interiore attività, nell'impulso giuridico, vale a dire nel bisogno di sussidio reciproco e d'un ordinamento di rapporti i quali si condizionino a vicenda. Ma un simile impulso non fonda di certo sull'arbitrio, operando invece con intima *necessità*, ed occasionando tanti istituti ed organi quanti sono gli essenziali scopi del diritto ai quali è ufficio di quelli il rispondere. È quindi le *genesi* dello stato riposta in una interna necessità della vita, poichè sendo l'uomo spinto per propria natura a sviluppare il diritto e lo stato, si sforza di attuare eser-

namente quei due mezzi di perfezione. Il modo *esterno* della realizzazione può essere molteplice. Convien però in essa effettuazione distinguere la genesi dello stato dal costituirsi del potere di questo, però che non sempre coincidano i due momenti fra loro, avvenendo soventi volte che cangi la forma dello stato colà ove di già lo stato sussiste.

Lo stato quale consorzeria giuridica nasce colla prima comunione umana, colla *famiglia*. Però ebbesi a buon diritto ad appellare la famiglia « lo stato primitivo, » ed in vero scorgonsi in essa in uno stadio incipiente tutte le essenziali funzioni, per lo più riunite nel capo della famiglia, le quali indi separate emergono e producono organi speciali. Le famiglie si uniscono quindi in *genti*; e lo stato delle genti, il quale per costume si presenta in *comuni*, gli è il secondo grado in cui si svolge il potere che andiamo studiando. Congiungonsi le genti in un vincolo comune di *stirpi*, che offre varie fasi, e che elevasi a *stato di popolo* quando stendesi a largo spazio di terre e va in oltre distinto per lingua propria. La vita di questo stato di popolo può accentrarsi unicamente in esso, ovvero organizzarsi per *federazione di stati* o per *stato federativo*, modi che conciliansi nell'unità della stirpe. Ed è anco possibile si estenda lo stato di un popolo allo *stato di più popoli*, come pure che l'organizzazione di stato di più stirpi riunite in un comune intero, ed cziandio lo stato di popolo assumano le tre forme speciali o dello stato singolo, o dello stato federativo, o della federazione di più stati. Di più si lascia pensare e sperare una federazione di popoli e di stati ancor più vasta.

Vario è per se stesso il modo onde si vanno attuando le diverse riunioni. Quella della famiglia come anco delle genti, origina dal bisogno dell'amore, dalla simpatia e dal sentimento della parentela e della consorzeria. Lorchè cominciano ad estendersi i vincoli emergono cooperatrici altre forze, interessi e passioni. E i legami s'allargano e formansi più vaste riunioni o per volontario collegamento, cioè per contratto come sovente avviene, oppure mediante preponderanza spirituale o fisica ed anche per forza usata da una stirpe contro un'altra. Ed il potere dello stato viene ad essere sviluppato quando dalla autorità di famiglia, talora dalla forza di genti patrizie, ed anco si stabilisce volontariamente col mezzo di contratto, oppur si consegue per prevalenza spirituale e fisica, o formasi dietro rapporti di possesso territoriale (*patrimonium*). Ma di tutti gli esposti modi d'origine, non è a tenersene alcuno per normale ed esclusivamente giuridico (1). Siccome secondo i varii gradi di civiltà, si danno parecchie forme esterne d'origine pel diritto, consuetudine, contratto, legge, così avviene lo stesso circa lo stato ed il poter suo. Ma rimane però sempre viva l'esigenza che simili forme vadano emancipandosi sempre più dalla forza e dalla passione, e progrediscano costantemente in armonia alle sussistenti norme giuridiche.

(1) Intorno a ciò avrai maggiori schiarimenti dal diritto pubblico, nella mia « dottrina organica dello stato » p. 143 e seguenti.

3. Malgrado le molte teoriche, non si condussero per anco a soddisfacente scioglimento le quistioni più importanti intorno allo scopo dello stato. Quindi si fanno più particolarmente sentire le mancanze di una dottrina etica fondata ed applicata tanto allo scopo dell'umanità in genere, comè agli altri fini speciali che a questa son proprii, e che trovansi seco stessi in organica connessione (1).

Impertanto scendiamo ad esaminare le principali teorie — non tenendo conto delle loro modificazioni secondarie — che negli ultimi tempi ebbero a tenersi in maggior conto, e subito ne occorrono due opposte opinioni, delle quali l'una ripone lo scopo dello stato in *quello della umanità*, e l'altra in un *fine di diritto* concepito astrattamente del tutto. La prima teorica è tutto e nulla stabilisce. Che lo scopo dello stato si colleghi con quello della umanità, vedrallo bene chiunque lo riguardi sotto i veri rapporti della vita. Ovunque trovansi uomini, avvi il fine dell'umanità, e ad esso convien si volgano le tendenze e gli sforzi degli individui e delle società. Per il che esso scopo viene effettuato e dalla religione e dalle istituzioni sue, dalla morale, dalle scienze ed arti e loro ordini relativi, com' anco dai varii rami dell' industria, quando succede predomini il lato fisico. E così riceve pure realizzazione anco dallo stato. Ma qui trattasi di porre in luce in qual modo debba lo stato incarnare il fine della umanità, qualora però non s'avvisi doversi da quello assorbire completamente esso scopo, e per conseguenza effettuare tutti i fini umani, la religione, la morale, la scienza e l'arte. Quest' ultima opinione è più o meno apertamente abbracciata da molti, com'anco serve di base al nuovo socialismo di stato. Ma questa teoria, che se avesse a tradursi un ordinamento reale toglierebbe qualsiasi interna ed esterna libertà, e condurrebbe al più duro despotismo, per fortuna non ancora apparso fra gli uomini, viene ad essere confutata e dalla storia e dalla vita pratica.

Per la qual cosa rimane soltanto ad esaminarsi la tesi, del modo proprio e speciale con cui spetti allo stato attuare lo scopo della umanità. E qui veggiamo sorgere una teorica in perfetta opposizione alla prima, e proporsi primieramente di guarentire all' uomo la libertà interna ed esterna, e declinare di tal modo la difficoltà col sopporre esclusivamente alla morale tutte le quistioni intorno lo scopo della umanità e su tutti gli inclusi fini speciali, avvisando non potersi fissare all' uomo dal diritto o dallo stato meta veruna, però che spetti ad ogni persona il proporsi de' scopi secondo le proprie convinzioni morali e la maniera individuale di considerare la vita. Per il che s'ebbe ad imporre allo stato

(2) E per vero la è cosa sorprendente come non s'avesse manco sentore da tanti che scrissero intorno allo stato, essere lo scopo di questo primieramente a comprendersi nel fine dell'umanità stessa, quindi ritrovarsi limitato ad una parte di tal fine e con esso in stretta relazione. Senza prendere le mosse da un talè etico punto superiore, non si riuscirà mai a definire lo scopo dello stato in modo veramente scientifico.

come scopo il *fine del diritto*, come appunto è fissato dalla dottrina del diritto di Kant il quale predilige il principio della libertà, volendo lo stato ordini e tuteli le condizioni per la consussistenza della libertà di tutti. Questa speculazione, la quale vagheggia il principio della libertà innanzi per vero quasi del tutto sconosciuto, si ritrovò in contraddizione colla realtà, avvegnachè non abbia sin qui verun stato limitata l'attività sua soltanto ad uno scopo giuridico negativo, mostrandosi ognora inteso invece ad agevolare tutti gli altri termini umani, quali sono la religione e la chiesa, la scienza e l'educazione, l'arte bella ed utile, quantunque in simili sforzi non si ponesse sull'imperare e sullo sforzare. Però abbandonossi ben presto simile teorica per amore di pratiche viste, ed anzi venne scientificamente rifiutata pel progresso della filosofia del diritto.

Si pensò pure doversi assegnare allo stato *parecchi scopi*, e fra quelle dottrine di combinazione, la teorica che spetti ad esso lo studio e la protezione del diritto e del benessere, andò superba dell'applauso di tutti coloro, i quali mercè si fatte esterne vedute credono soddisfare alle scientifiche esigenze.

Altri avvisarono togliere ogni dubbio, distinguendo semplicemente ciò che è fine dell'individuo, da quanto è fine alla vita comune esterna, vale a dire allo stato. Quindi con vedute esteriori determinossi *essere ufficio dello stato tutto che sorpassa le forze della persona e della società dei privati*. Ma tale *circoscrizione dell'ampiezza de' confini soltanto* non è dato alla scienza di tracciare, però che sia sempre oscillante la linea di demarcazione, e variamente venga segnata secondo il variare delle opinioni, e a misura che eccessivamente o troppo poco stimansi le forze dell'individuo e dello stato. E tanto più vi avrebbe incertezza in quanto quest'ultimo deve cogli ordinamenti proprii agevolare in modi svariati il prospero impiego delle forze delle singole persone.

Finalmente surse una nuova teoria, alquanto più generale, e però più ondeggiante, la quale tenne lo scopo dello stato per « un ordine ed un regolo della *vita comune*, astretto ad abbracciare *tutti* i rapporti e le mire della vita umana, come sicurezza, agi, difesa da qualsivoglia disordine, buon costume ed onoratezza, educazione e così via, in quanto essi sieno fini alla vita comune e non solo all'individuo. » (1) Ma anche si-

(1) Questa teoria venne fondata da Stahl (V. filosofia del dir. 2. ediz. 2 V. sez. III.) e accolta da molti i quali tuttavia si scostarono dalla argomentazione filosofica e giuridica che in essa dottrina avea egli tenuta. Io ho già fatto osservare nella mia fil. del dir. 4. ed. p. 98, che movendo da un principio etico, come fece Stahl, è mestieri rifiutare in vista delle più profonde indagini la distinzione della vita degli individui da quella della comunità e de' suoi scopi; avvegnachè qualsivoglia ramo dell'etica, della religione, della moralità e del diritto abbracci l'uomo e nel suo individualismo, e nella sua relazione sociale, ma ci si intende che ognuna di queste branche assume l'uomo secondo la natura ad essa speciale, natura che deve

mile dottrina si smarrisce nel designare confini che non si ponno fissare secondo norme scientifiche, sendochè il quesito chiedente sino a qual punto sia qualche cosa scopo della comunità ovvero delle singole persone, avrebbe ad ottener scioglimento o come nella precedente teoria, dall'esame dell'impiego delle forze, ovvero da altri esterni caratteri. Che se oltre questo rifiutasi non solo colle parole, ma col fatto stesso l'opinione meccanica la quale tiene esternamente isolati i concetti di comunità e di individuo, se consideransi anche le persone singole come *membri* di una comunione; e quando si pensi essere le comunità di specie varie, come le religiose, morali, scientifiche, di industria, dovrassi per conseguenza esporre il *modo* di sussistere caratteristico allo stato, cui però occorrerà definire sotto l'aspetto delle *qualità*, e non esclusivamente dal lato della *quantità*. Per il che sarà nostra special cura di sopporre ad esame la maniera particolare per cui lo stato, a differenza di altre istituzioni, limita ed ordina gli umani rapporti della vita.

Che se di queste ultime relazioni, è lo stato — per comune opinione — il regolatore, e se in esse ad ogni tratto svelansi degli incrociantisi fini umani della vita, a questi deve di necessità aver riguardo esso stato. La dottrina tendente ad escludere tutti gli scopi del diritto dalla attività

poi essere determinata dalle speciali scienze etiche. Non meno esterno ed insufficiente gli è il concetto che Stahl ha dello stato e dello scopo suo; concetto che invece di venir migliorato dagli ulteriori schiarimenti, restrizioni e clausole oppostegli, si rende sempre più indeterminato. E di tal modo quello scrittore si sforzerebbe a mostrare essere lo stato « soltanto l'ordine esterno e la tutela e favore della vita sociale; » ma simili nozioni d'interno ed esterno, quando non sieno precedentemente determinate in modo scientifico, non potranno servire di norma alcuna. E basta volgere il pensiero alle tesi di quanto appartenga agli interessi interni ed esterni della chiesa; e ad altre analoghe, perchè si rifiutino per sempre tali categorie da una essenziale determinazione di concetto. Ciò che disse Gölthe intorno al modo di contemplare organicamente la natura, contro la distinzione meccanica (« nulla è dentro; nulla fuori; e ciò che internamente trovasi, vedesi pure allo esterno ») ora accennata lo si può e rettamente estendere eziandio alle considerazioni etiche ed organiche sovra tutte le sfere spirituali, però che riesca sempre a manifestarsi alla superficie quello che è internamente posto. Che se prendesi nel suo insieme tutto quanto Stahl insegna intorno allo stato ed allo scopo suo, ne avremo una tale confusione, da non essere altrimenti possibile ottenere veruna chiara distinzione, nè toccare l'utilità di un'esatta circoscrizione o scioglimento pratico delle quistioni giuridiche. Ma accanto a tali vizii convien si confessi, andare lo Stahl sommamente pregiato, per la filosofia del diritto, per la dottrina dello stato, per tutte le tendenze etiche, e per aver poste saldamente alcune direttive massime superiori, da ultimo per la profonda critica di molte antecedenti erronee dottrine. Se non che mostrandosi Stahl — specialmente nella nuova 3 ediz. della sua opera — sommamente pago del fatto proprio, onde non trova di prendere in considerazione di sorta nè le obbiezioni che gli si opposero, nè le nuove tendenze, non si può a meno di non riscontrare della superficialità nel suo avviso di avere per follie alcune delle più profonde verità della vita.

ed ingerenza dello stato, e a proporre solo la sfera della morale per regolatrice di quei fini, appoggia sovra una falsa astrazione del diritto dalla morale, ed ebbe ad essere eliminata radicalmente dall'etica presente, la quale viene tenuta per la base comune a tutte le scienze pratiche. Ora abbiamo veduto come lo scopo dell'umanità non possa essere *immediatamente* quello dello stato, nè doversi il fine di questo ricercare in un coordinamento di parecchie mete speciali, coordinamento esterno, non scientifico e in pratica falso, e nemmeno concepire esso scopo come esclusivamente giuridico ed isolato dalle aspirazioni degli uomini. Però dietro un logico esame ne resta possibile il solo caso principale, che lo stato fra i maggiori scopi della vita umana, se ne proponga *immediatamente* uno speciale, il quale abbia tuttavia una *relazione organica* coll'intero fine nostro. E qui sta appunto il vero; avvegnachè sia lo stato una istituzione nella quale le tendenze umane riescono soddisfatte in quello *special modo di diritto*, per cui s'acquetano mercè la religione nella chiesa, mediante la scienza, l'arte, l'istruzione, l'industria ed il commercio negli ordini relativi a simili materie. Quindi per noi venne assunto il diritto sotto un *etico* concetto, collegato organicamente all'intero scopo della umanità, sendo il primo la realizzazione di questo nei rapporti della vita che reciprocamente si condizionano. Perciò lo scopo dello stato abbraccia sotto tal'ultimo lato speciale l'insieme delle relazioni umane della vita. Pertanto è lo stato in se stesso nulla più dell'ordine sociale giuridico, ovvero nella vita giuridica della società organizzata gradatamente dall'individuo alle moltitudini. E siccome per parte sua ed in quanto gli è concesso agevola il diritto lo scopo della umanità, servendo però a questo di mezzo; ne segue quindi che tal relazione abbia ad esprimersi anco nel fine dello stato. E codesto avviene mediante la distinzione dello scopo mediato dall'immediato cui lo stato deve realizzare; sendo l'immediato null'altro che il diritto; ed il mediato, lo scopo dell'umanità da conseguirsi per esso diritto. Onde ne segue che per essere lo scopo umanitario il fine supremo ed ultimo, ad esso rapportato il diritto e l'istituzione dello stato, non abbino per meta se non dei mezzi (1).

Ma questi due scopi non vengono qui combinati esteriormente, nè l'uno all'altro raffrontati, si bene uniti in foggia organica a cagione del concetto giuridico or sviluppato, che in se stesso presenta una relazione col fine dell'umanità. Per il che l'unità organica dello scopo è incessantemente richiesta dallo stato, che si manifesta in ogni suo momento per mediatore degli umani destini. E sommamente difficile per tale istituzione e per l'operosità sua sono gli uffici che le incombono, perchè possa agevolmente incappare nell'errore di vagheggiare un solo scopo isolato.

(1) La distinzione tra scopo diretto ed indiretto venne fatta soventi volte, ma sempre in modo molto più esterno. Vedi la mia dottrina organica sullo stato, pag. 107. e 118.

o proporsene parecchi ma solo dal lato esterno, spettando all'incontro allo stato in base a quella relazione etica organica e nella propria attività giuridica, il prendere in considerazione tutti gli essenziali rapporti della vita, i morali i religiosi gli economici, a tenore che essi influiscono sulla relazione la quale è da ordinarsi, ossia che questa colla propria forza porta a quelli delle modificazioni. Perciò qualsiasi operosità di stato non è possibile fuori della *sapienza* della vita, nè senza la cognizione degli scopi del vivere, dei mezzi delle forze, dei rapporti mercè i quali è dato raggiungere quei fini. E qui gli è mestieri novellamente ricordare come lo stato non eserciti in base allo scopo giuridico nulla più d'un'operosità formalmente ordinatrice e regolatrice, ma che per nulla intenda ad effettuare qualsivoglia altro fine essenziale, onde non volgesi ad incarnare immediatamente di per sè nè la religione nè la morale nè la scienza nè l'arte ed istruzione nè l'industria ed il commercio, ma solo stabilisce con ordinamenti le istituzioni mercè le quali alla società organizzata dall'individuo alla massa, è dato toccare alle proprie mete, liberamente movendosi colla energia delle persone fisiche e morali. Imper tanto benchè lo stato non realizzi che il diritto, rende di tal modo possibile ed un tempo il conquisto di tutto gli'altri scopi nei varj vincoli della vita. Indi scende la necessità che vadano tra loro distinti lo stato e la società.

4. Sono la società e lo stato due sfere della vita diverse per estensione e maniera di energia. E per vero gli è tutto merito delle moderne indagini, l'aver contrassegnata simile diversità (1) almeno in generale, mentre le antecedenti teoriche identificavano quelle due istituzioni, confondevano i loro poteri (come avvenne nel così detto contratto di stato e di società, *contract social*), e di tal guisa originarono si coprissero le due sfere nell'assurdo socialismo di stato.

E la società lo insieme, l'unione di tutte le forze vitali dirette a toccare i principali scopi della vita umana; e come che ogni cerchia di questa sia per sè stessa un organismo di funzioni e membra, così anch'essa la società non è istituzione semplice, un organismo formato di tutti i circoli della vita, de' quali alcuni, per dire il vero, non trovansi che sul primo sviluppo, ma tutti sono però destinati ad una organizzazione propria e relativamente indipendente. Il complessivo organismo sociale comprende però l'organismo giuridico ovvero lo stato, il religioso o sia la chiesa, quello della morale che fin'qui non ebbe beneficio di acconci ordini speciali, l'organismo che è pure ancor debole della scienza e dell'arte, quello dell'istruzione ed educazione di già gagliardo, com'anco l'altro ognor più svilup-

(1) A mio avviso io mi fui uno de'primi che lumeggiasse scientificamente questa distinzione (nella 1. ed. del mio *cours du droit naturel* 1839, nella seconda sezione del *droit public*); in oltre confronta la critica di Mohl negli *annali di Aidelberga* 1840 N. 3, sebbene io allora procedendo astrattamente di troppo secondo la opposta tendenza, avessi segregate più che non convenisse le sfere sociali della vita dall'organismo dello stato.

pantesi del commercio e dell'industria. Di tutte sì fatte sfere si svilupparono gagliardamente fin dall'origine loro, quelle dello stato e della chiesa, avvegnachè esse abbraccino la vita umana nelle sue più grandi manifestazioni, l'esterna e dell'infinito, e quella dei rapporti finiti e reciprocamente condizionantesi; quindi è che malgrado cangiassero più fiato di relazione fra di esse, accordaronsi però mai sempre nel proteggere, tutelare, guidare e dominare le altre cerchie. Negli ultimi tempi andò sempre ingagliardendosi l'aspirazione di quei momenti della vita alla libertà; ed allo stato corre l'obbligo indeclinabile di favorire una simile tendenza e coll'organizzare quelle sfere in una vita relativamente indipendente e bastevole a se stessa, e coll'offerir loro le condizioni necessarie a tale intento. Del resto non devonsi quelle nè isolare in fra di loro nè dallo stato staccare. E siccome le si ritrovano sempre in vicendevole organica influenza, così spetterà in particolar modo allo stato l'ordinare il rapporto giuridico che a sè stesso deve congiungerle e fra loro collegarle.

È però lo stato l'organismo giuridico di tutti gli elementi sociali; la relazione stessa in che si ritrova il diritto verso lo scopo dell'umanità, corre anche tra lo stato quale istituzione giuridica, e la società umana. Quindi esso è colla complessiva attività sociale bensì in istretto rapporto, mo solo dal lato del diritto da cui si tracciano i confini alla di lui operosità e vita. Soltanto là ove aspettansi giuridici ordinamenti può esservi lo stato, per il che ogni umana cosa è posta parte in esso, e parte fuori, in quanto l'affare presenta una fronte di diritto, ovvero è meramente religioso, morale, scientifico o alla industria appartenente. A prima vista sembrerebbe che tutto quanto vien formandosi esternamente nella società umana, debba spettare allo stato ed in lui ritrovarsi; ma sono sì deboli i motivi che appoggiano tale opinione da non la si potere in ve- run modo ammettere. In riguardo allo scopo giuridico lo stato si presenta pel potere di *guarentigia*, adombra l'esterna *unità della forza e del dominio* a cui si eleva — ove occorra — anche colla coazione, ed ordina giuridicamente la comune sfera materiale, il territorio. Per le quali cose esso appare come sociale e comune ordinamento comprendente il tutto, quantunque non sia nulla più d'un istituzione speciale, e l'uomo appartenga a parecchie cerchie della vita, alcune delle quali sono nello stato, ed altre fuori, sendo da esso regolate soltanto dal lato del diritto.

Impertanto si vede essere lo stato un organismo tanto in sè stesso, quanto nella sua relazione verso le altre sfere sociali della vita. E quest'ultimo rapporto si è appunto quello che abbiamo ora esposto. Oltre poi all'essere un'organismo in sè stesso, è tale tanto riguardo alle persone, che ai rapporti. Ma qui giova eliminare un'opinione ancor di troppo sparsa, per cui si avvisa essere lo stato una specie di grado supremo di tutto l'edificio giuridico, escludendosi da esso stato e le persone singole e le famiglie e fin anco i comuni. E parecchi di quelli che pretendono

muovere da viste organiche, non sono per nulla svincolati da questa teoria meccanica (1), per la quale si fa sorgere l'ordine giuridico soltanto esteriormente, vale a dire per contratto. Ma sendo che lo stato si vada costituendo dal particolare allo universale gradatamente, così abbraccia pure come membri essenziali gli individui le famiglie e le comunità. Tal vero riesce tanto più evidente in quanto ne poniamo a considerare con maggior studio l'organismo de' rapporti, e la consueta distinzione tra le relazioni private e di pubblico diritto. Questi due membri non trovansi del tutto separati, come per superficiale indagine si potrebbe pur credere, ma hanno all'incontro un punto centrale comune che è lo stato.

Nel diritto privato predomina la libertà ed il volere delle singole persone fisiche e morali, laddove nel pubblico è la determinazione e l'ordinamento e l'ordine vengono dallo insieme e son regola a' membri tutti. Ma non sussistendo il diritto privato altrove che nello stato, dal quale ottiene tutela e modificazioni volute dall'utilità universale, in tal senso unendoli al diritto pubblico; perciò la stessa persona individuale trovasi congiunta allo stato di cui è parte, per due lati, per quello del diritto privato ove prevale la di lei libertà, e per l'altro pubblico giuridico in cui il regolo allo scopo comune viene dal tutto, al quale com'essa persona appartenga, ha pure diritto e pubblici obblighi. La famiglia porge ugualmente un preponderante aspetto privato giuridico, ma i diritti che le spettano sono influenzati da riguardi pubblici più che non avvenga ove trattasi dell'individuo.

Il comune, che si è il primo legame permanente il quale abbraccia tutte le persone viventi in una terra istessa, e non rappresenta solo un organo nello stato, ma in generale un organismo (2) etico sociale secondo tutte le essenziali relazioni umane; il comune che si è un punto centrale della società onde effettuare la vita religiosa, morale, spirituale, industriale e del commercio; presentasi come quello in cui maggiormente si uniscono il diritto privato ed il pubblico, e nel quale però ogni sfera è mestieri riceva una speciale circoscrizione. Esso deve esercitare il suo diritto privato in qualsiasi essenziale momento, ivi manifestando — come persona morale e in certa qual guisa indipendente — proprie determinazioni quindi modificando qualsivoglia ordine e reggimento. In particolar modo esprime il comune la sua speciale energia giuridica lorchè volgesi a cu-

(1) Uno de' più celebri recenti scrittori di diritto dello stato, E. A. Zacharia nel suo: " diritto germanico di stato e di confederazione " 2. ediz. 1853, 1. par. pag. 39, così si esprime: " Alla sfera dello stato appartiene soltanto quello che spetta all'interesse complessivo della comunità di stato, e non quello che solo è attinente all'individuo, alla famiglia, al comune o ad altre umane riunioni sociali. " Avvi in tali parole una strana contraddizione, ed è che nella cerchia dello stato non deve ritrovarsi, quanto è in essa riposto.

(2) Sul comune quale organismo sociale, vedi il " periodico critico " ecc. 1853, p. 209

fare il patrimonio proprio, del quale gli deve essere concesso — quantunque in certi limiti è sotto la superiore sorveglianza — l'indipendente amministrazione, mercè la quale fa palese la propria attitudine giuridica legale, la previdenza e parsimonia, in breve il benefico suo operare in vantaggio tanto degli individui che della totalità. Codesto si è pure un motivo onde il patrimonio comunale non abbia ad essere assorbito da quello dello stato, poichè così avvenendo si agevolerebbe un comunismo non meno fatale che se avesse ad estendersi alle proprietà dei privati. Del resto anco nell'altre sfere etiche sociali della religione, istruzione, industria e commercio compete alla comunità in parte un'ordinamento indipendente, in parte una cooperazione. Il lato pubblico giuridico del comune emerge quando esso si fa organo intermedio alle generali funzioni pubbliche, e però negli ordini e provvedimenti che emana in relazione a tale bisogna, è mestieri si assoggetti alla censura ed all'approvazione di un'autorità provinciale o centrale. E quanto per noi qui si è esposto intorno al comune, vale eziandio di qualsivoglia possibile intermedia gradazione organica, come sarebbe a dire delle provincie, che ponno sussistere tra quello e l'autorità centrale.

Finalmente anch'esso lo stato è da osservarsi, quantunque in lui predomini l'elemento pubblico, sotto l'aspetto privato giuridico, nel quale lo si vede proprietario del patrimonio, ossia studiarlo come fisco. Ed in tal guisa nei due capi della catena sociale, vale a dire negli individui e nel potere centrale, predomina un diverso elemento di diritto, quello particolare giuridico nei primi, ed il pubblico giuridico nel secondo. Ma tutti i membri dello stato si ritrovano rispetto al tutto in operosa ed organica relazione, con vicendevoli diritti ed obblighi. Ed anco il modo secondo il quale conviene che tutte le parti cooperino al conquisto dello scopo comune, devesi ordinare in guisa che niun membro vada escluso e si riconosca e si senta parte del tutto, e che ogni forza intenda ai pubblici scopi. Però avvi un vincolo organico cui deve serbarsi intatto in qualsiasi essenziale funzione dello stato. Egli è appunto nell'ammissione di codesti diritti ed obblighi vicendevoli che è riposta una delle principali guarentigie della sussistenza di uno stato, e dell'ordine vero mercè il quale è mantenuta la libertà organica.

Si fatti rapporti dell'intero organismo dello stato, vengono in duplice modo esposti nella vita *reale*, cioè in quell'istituto *permanente* che risponde all'intero etico stadio di civiltà ed al carattere di un popolo, cioè nella *costituzione*; e nell'*attiva* esecuzione delle norme dello statuto, vale a dire nell'*amministrazione*.

5. La *costituzione* dello stato ovvero la legge fondamentale abbraccia, le norme permanenti per le quali all'intento di giugnere alle mete dello stato armonizzante colla civiltà e costume, trovansi coordinati i rapporti reciproci tra l'insieme ed i membri particolari uniformemente a tutti i modi della giuridica operosità.

Per il che esprime la costituzione il carattere della vita e della

civiltà di uno stato come predomina in una certa epoca; ed in quella guisa che l'indole di speciali persone fonda la legge per l'attività loro, ugualmente è la costituzione la norma per l'intera energia dello stato. A verun stato è concesso sostenersi quando non abbia costituzione di sorta, dovendo questa almeno manifestarsi in norme tradizionali di consuetudine. E siccome è proprio di avanzata civiltà il recare a pubblica conoscenza quanto serve a condurre la vita, sarà per conseguenza anche lo stato in sommo grado di progresso, lorchè la sua costituzione informerassi a principii direttivi e verrà esposta in iscritto secondo la lingua parlata. La costituzione nella fase materiale deve delineare la periferia della sfera d'operosità di ciascun membro, nonchè designare i principali diritti e doveri indi scendenti; quindi nella così detta parte formale stabilire il complesso delle funzioni e dei poteri dello stato tra loro unito in organismo, ciascuno a tenore della propria particolare sfera d'attività, e tutti nel loro vicendevole destino. Sendo impertanto la costituzione quella che riassume internamente la vita di uno stato, e la manifesta per principii, ne seguirà non potersi giammai tener parola di una costituzione del tutto assoluta; ma invece essa dovrà ispirarsi ai rapporti della vita e progredire con essi, avvegnachè sia natura di uno statuto il servire di norma relativamente stabile da cui è mestieri sieno prestabilite le forme stesse di un'eventuale successivo cangiamento. In qualsivoglia costituzione sia che trattisi del come fondarla ovvero del sottoporla ad un giudizio, è mestieri ricorrere a triplice criterio: 1. a quello generale *giuridico* onde conoscere quali sieno le norme guidanti al conquisto di uno scopo essenziale ad uno stato: 2. allo *storico* per determinare quali elementi storici continuamente influenti sul popolo, come sono costume, tradizione, consuetudine, sieno a considerarsi nella costituzione, però che questa rappresenti simultaneamente una forza conservatrice tra il passato ed il presente: 3. al *nazionale* per sapere in qual misura il carattere primitivo o modificato del popolo debba partecipare nel dettar norma, avvegnachè ciascun popolo pel suo primitivo carattere, che può variamente svilupparsi ma non del tutto cangiare, manifesti varie tendenze anco nella formazione dello stato (p. e. di centralizzazione, ovvero di più partita amministrazione). Per il che non può estendersi alcuna costituzione da un popolo ad un'altro, quantunque alcuni principii generali giuridici possano essere di comune applicazione.

6. *L'amministrazione* si è l'attività dello stato, la quale in armonia alle norme di costituzione e mercè i coordinati poteri, funzioni ed organi, è diretta alla attuazione dello scopo dello stato nei rapporti della vita e nei casi particolari. Essa nell'amplissimo senso della parola nella quale viene indicata come opposta alla costituzione; divideasi secondo i *principali poteri*: 1) nel *governo* che nella qualità di potere supremo rappresenta il punto in cui si unisce l'amministrazione tutta, a cui dà impulso, la direzione e la tendenza più elevata: 2) nella *legislazione* la quale sulle basi delle norme di costituzione stabilisce regole e leggi comuni pei rap-

porti della vita più o meno costanti ed uguali: 3) nella *esecuzione* che applica in parte le leggi ed in parte altri ordini del governo, ai rapporti speciali della vita ed ai singoli casi. Questo potere che per costume dicesi *esecutivo*, chiamasi pure *amministrazione* in senso più *stretto* e viene *contrapposto* alla *legislazione*, indi suddiviso in due rami principali, nell'*amministrazione della giustizia* e nell'*amministrazione in senso stretto*. Le tre funzioni or menzionate sono tra se e distinte ed organicamente congiunte, però che la *suprema forza d'unione*, il *governo*, sendo il *vincolo superiore*, è mestieri sia pure la *possanza più elevata* nella *legislazione*, e la *norma che a tutte sovrasta* nella *esecuzione intera* (1).

L'*amministrazione* nel secondo significato della parola, cioè considerata qual *potere esecutivo*, dividesi innanzi tutto a tenore del modo di sussistere dello stato, in *esterna ed interna*.

L'*amministrazione esterna* è rappresentata dal ministero dell'*esterno* o degli *affari esteri*, e comprende in generale la *rappresentanza dello stato* e la *tutela de'suoi interessi presso altre nazioni*, in oltre i vari rami dell'*amministrazione interna*, *giustizia* (civile e criminale), *religione*, *industria*, *commercio* ecc. in quanto questi risguardino *rapporti esteri*.

L'*amministrazione interna* vien divisa secondo la *varia natura dello scopo dello stato* e de'*membri interni dell'organismo* di esso.

a) Movendo dall'*organizzazione interna* dello stato in comuni, distretti, circoli, provincie e così via, dividesi l'*amministrazione dello stato* in *comunale*, la quale dal suo lato politico giuridico fa parte della stessa *amministrazione di stato*, in *distrettuale, circolare, provinciale e centrale*, e quest'ultima si è il *nodo organico supremo dell'amministrazione*.

b) A tenore dello *scopo dello stato* cui osservammo essere *duplice*, cioè *diretto ed indiretto*, avvi l'*amministrazione di diritto*, che serba intatte le sussistenti disposizioni giuridiche e ne assicura l'*osservanza e l'attuazione*. Rispondente al fine indiretto o mediato, cioè all'*umanitario*, troviamo l'*amministrazione che pel diritto e gli istituti giuridicamente coordinati intende ad attuare il benessere* nelle varie sfere.

c) Quest'ultima *amministrazione* che è eminentemente tale come quella che è volta agli scopi essenziali della *umanità*, alla *religione* alla *chiesa*, alla *morale* alla *scienza* all'*arte* all'*educazione* agli *istituti di istruzione* *industria* e *commercio*, suddividesi in *armonia a queste sfere di benessere o di civiltà* in altrettanti rami principali d'*amministrazione*, vale a dire nell'*amministrazione pubblica e giuridica degli affari di religione e chiese*, in quella di *educazione ed istruzione* in quanto si è questa modificata dalla *provvidenza dello stato*, nelle *misure per la moralità pubblica*, nell'*amministrazione economica politica*, e nella *finanziaria*.

β) L'*amministrazione di diritto* si smembra in conformità alle tre

(1) Intorno al *governo*, quale *supremo potere dello stato*, e che deve essere *più elevato e più esteso* che non sia il *semplice potere esecutivo*, vedi la mia *dottrina organica dello stato*, pag. 178.

principali tendenze dell'attività giuridica, quali sono la prevenzione, la conservazione e la riparazione (1).

1. *In amministrazione di diritto preventiva*, giustizia preventiva, nel linguaggio pratico nominata *polizia*, alla quale spetta impedire che turbisi il diritto ed il benessere da' membri dello stato in quanto *vogliono l'opposto di esso diritto*, sia che ciò verifichisi in circostanze universali o particolari esterne.

2. *Nell'amministrazione giuridica conservativa*, tutelante il libero sviluppo e progresso del diritto, cioè nella così detta amministrazione di diritto volontaria, ovvero nella giurisdizione che provvedendo all'osservanza delle norme e forme di diritto negli affari di questa natura, conserva e ravvalora lo stato giuridico.

3. *Nell'amministrazione di diritto riparativa*, che è di doppia specie, vale a dire civile e criminale, a misura che cerca decise solo le quistioni di diritto di interesse di private persone, ed in tal modo ristabilire lo stato giuridico scomposto da quistioni degli individui; ovvero le spetti comporne i turbamenti di diritto originati da azioni illegali ed imputabili, essendovi interessato l'intero ordine giuridico, e quindi rimettere l'anterior stato di diritto sì in riguardo all'offeso che all'offensore (2).

Siccome l'amministrazione degli affari esteri rappresenta lo stato nella sua unità in faccia all'estero, così avvi pure nell'interna amministrazione un membro, il cui ufficio si è di servire di nodo d'unione a' vari rami di essa. Si fatta amministrazione è rappresentata dal ministero *dell'interno*. Fin'ora la scienza si trovò avviluppata nello esporre la natura, il significato e l'ufficio di essa che è pur tanto influente sovra ciascun stato reale. All'incontro una dottrina organica dello stato, la quale deve conservare a questo la sua *unità* nello interno, convien pure attribuisca al ministero che esaminiamo la facoltà di amministrare gli affari comuni interni; di serbare l'interno organismo dello stato in comuni, distretti, circoli e provincie a tenore delle norme legali, di guidare e sorvegliare le opere di qualsiasi autorità per tali sfere speciali istituite, in guisa che

(1) Si fatta divisione è più severamente fondata e riceve maggior sviluppo nella esposizione del diritto pubblico. Che debba propriamente intendersi per polizia avrà pure a determinarsi con diligenza. Del resto conviene osservarsi che invece d'attenerci a questa parola di vario significato, la quale ebbe ad aver tanti sensi quante furono le vedute di chi poneasi a spiegarla sarebbe stato meglio rischiarare la cosa in se stessa. Circa alla natura della polizia potrebbesi averia per la sovraaccennata amministrazione di benessere, ma devesi pure avvertire che così considerandola si urterebbe contro la realtà, però che essa istituzione siasi, e ragionevolmente, tenuta lontano da tali affari, e però si assconderebbe il vero ed il fatto tenendola in conto dell'amministrazione preventiva della giustizia.

(2) Intorno allo scopo della giustizia punitiva, vedi la mia filosofia del dir. 4. ed. p. 422. — Lo scopo della pena è determinato anche organicamente da tutte le tendenze essenziali.

tale amministrazione sia simultaneamente la centrale universale e politica. Per il che lo stato anch'esso riesce a manifestarsi eziandio nell'amministrazione, come un tutto organico. Ed ecco aver noi con ciò porto un prospetto dell'intera organizzazione dello stato.

CAPITOLO VI.

DELLA DIVISIONE ORGANICA DEL SISTEMA GIURIDICO; DELLA PARTIZIONE **formale in diritto privato** E PUBBLICO, E DI QUELLA **materiale** (TELEOLOGIA) DEDOTTA DAGLI **scopi** E DALLE SFERE DELLA VITA, NONCHÉ DELL' UNIONE D' ENTRAMBI I FONDAMENTI DELLA DIVISIONE.

Infino a giorni nostri si divide nella scienza giuridica ogni diritto secondo un principio di partizione bensì importante ma per nulla bastevole, in diritto privato e pubblico; e da quest' ultimo si distinse — avendone però per un ramo — il diritto di stato. Ma la prima divisione principale la si ebbe ed in teoria ed in pratica a ravvisare insufficiente, oltre all' essere stata mille fiate assunta soltanto sotto un' aspetto ed erroneamente. E codesto avviene perchè non è dato per essa coordinare sfere di vita importanti e che vogliono regolare giuridicamente, come sarebbe a dire del diritto della chiesa; e perchè altri rami giuridici quali sono il diritto commerciale, d' industria e mestieri, quello di procedura ed altri, appartengono per un lato al diritto privato, e per l' altro al pubblico. L' assunzione unilaterale della divisione, succede per l' abitudine di staccare ed isolare entrambi i membri onde si forma, senza indicare ed ammettere le mille loro relazioni. Tal modo di considerazione esclusiva, origina in parte da una meccanica ed astratta segregazione dei concetti, quindi dal sussistere ancora qualche influenza della vieta teorica naturale e giuridica di stato, per cui teneasi ogni individuo, almeno per finzione, come se vivesse fuori dello stato, e questo giudicavasi prodotto dal contratto delle persone, in guisa che i diritti spettanti ad ogni uomo vennero sottilmente distinti dalla attività e potere dello stato. Questa veduta fu per noi di già riconosciuta erronea. Egli è impossibile che una persona senza che vi abbia una comunità a lui precedente, nasca; viva e si sviluppi, e però non è per nulla a staccarsi il diritto degli individui da quello proprio alla comunità e perciò allo stato. Si ebbe già dimostro che considerando lo stato per un organismo, qualsivoglia membro suo, gl' individui, le famiglie, i comuni e così via, com' anco il membro centrale rappresentante l' unione dello stato, offronsi tutti sotto doppia fronte, la privata e la pubblica giuridica; e di più collegansi i due aspetti per molteplici vicendevoli ragioni. Che se è un organismo il diritto e forma un sistema giuridico organico, anche la divisione sua dovrà essere *organica*. In qualsiasi organismo vanno distinte e ad un tempo strettamente unite, la materia e la forma. Quinci anch' essa la di-

visione del diritto il quale forma un organismo *etico*, dovrà conformarsi alla duplice veduta, e però essere *materiale* cioè aver riguardo agli scopi principali componenti il *contenuto* dei rapporti della vita, scopi i quali ponnosi raggiungere mercè il diritto ad uno ad uno e complessivamente insieme organati; ed essere anco *formale* ossia considerare il modo nel quale tutti i membri dell'organismo giuridico sono giuridicamente operosi al conquista di quegli scopi.

La divisione formale è da subordinarsi scientificamente alla materiale; tuttavia nella actual scienza del diritto, in cui si fece astrazione del tutto dai fini etici attenendosi alla tendenza dello spirito formale, alimentata dall'antieriore studio di diritto naturale e positivo, si è tentato invertire la partizione e sopporre la materiale all'formale, dal che ebbe ad originare soltanto un sistema giuridico avviluppato, nel quale il più intrinseco contenuto della vita attentasi ognora di sprigionare dai legami della forma. Ma per ravvicinare la divisione nostra alla consueta, cominceremo dalla formale, però non assumendo questa astrattamente e meccanicamente, ma quale organica.

La divisione *formale organica* conviene si diparta dal principio il quale ritrovasi nella natura ed attività d'ogni organismo, vale a dire dalla opposizione tra il *membro* e l'*intero*, sponendo in seguito i *rapporti vicendevoli* sussistenti fra ciascuna parte ed il tutto, com' anche fra questo e tutte le altre esterne istituzioni sociali. Quinci nell'organismo giuridico come quello che per membri ha delle persone, vienè la differenza del diritto *privato* dal *pubblico*.

Nel diritto privato presentasi ciascun membro di una comunità sia d'essa inferiore o superiore, nella sua indipendenza tanto verso gli altri membri che di fronte al tutto. Qualsivoglia fisica persona perciò vienè a considerarsi nelle sue mere relazioni personali ed in quelle de' suoi beni giuridici, qual membro di per se esistente e vivente, in guisa che operi giuridicamente secondo la propria determinazione ossia volontà — autonomia —, ed armonicamente al proprio convincimento. Quindi è il diritto privato quella sfera giuridica di azione a ciascuna persona fisica e morale spettante, in cui a questa con tutta indipendenza mercè la sua energia è dato reggiungere a beneficio proprio il benessere a che aspira come a scopo della morale acconsentito, e ottenerlo in modo giuridico, cioè sotto le condizioni riguardanti tutti i rapporti della vita. Per le quali cose il diritto privato si è quello d'ogni persona, e potrebbe sotto un tale riguardo averlosi eziandio per diritto interno di essa, avvegnachè l'uomo ottiene mercè di questo una determinata sfera d'attività in cui, senza esterna responsabilità, può vivere giuridicamente a suo talento. Si avrebbe perciò a definire rigorosamente il diritto privato per *l'insieme organico* (rispondente all'organismo dei rapporti di vita,) *delle condizioni mercè le quali ai singoli membri sieno persone fisiche o morali, è dato cercare ad agevolarsi nella vicenda degli affari, il loro etico benessere senza ledere uguali diritti altrui, e codesto mediante determinazione propria* (autonomia).

All' incontro il diritto pubblico regola i reciproci organici rapporti che hanno luogo tanto nell' interno di una stabile comunità, intesa ad uno scopo umano comune al *membro centrale* tutelante l'unità dello insieme, e agli altri *membri subordinati*; quanto pure all' esterno verso *altre* comunicazioni ed istituzioni sociali.

Però manifestasi il diritto pubblico sotto due fasi, l' interna e l' esterna, in guisa che come avviene dello stato; avvi un diritto pubblico interno ed uno esterno (1). Onde avviene vi abbia un diritto pubblico ovunque sussista una consorzeria etica permanente fondata ad un essenziale scopo della umanità. Siccome qualunque etica comunione è compresa nello insieme organico della umana società, così il diritto pubblico avrà anche il nome di *universale diritto* della società. In questo però si fa luogo a tante sfere pubbliche principali, quanti vi sono per la comune attività umana scopi essenziali della vita. Avvi quindi un diritto pubblico per la società di religione ovvero ecclesiastica, per l' industria e pel commercio, per la morale e così via, com' anche per la società giuridica stessa e per lo stato. E quest' ultima serie costituisce il diritto di stato nel vero senso della parola, diritto che gli è un ramo ed una sfera del diritto pubblico e di società, e che deve distinguersi da tali due rami come la specie dal genere.

Dal che si vede non derivare il diritto privato ed il pubblico la differenza loro da una diversità dello scopo essenziale, ma solo dal modo pel quale lo scopo principale che rimane identico viene ad essere realizzato dalle singole persone di per se stesse e mercè libera e propria determinazione, ovvero dalla comunità, vale a dire dalla coordinata reciproca attività di tutti i membri. Del resto lo *scopo finale* della attività e delle istituzioni di comunione ritrovasi sempre posto nella personalità umana. Si è questa il punto centrale e l' ultima meta del diritto privato e pubblico. In oltre da questa nostra distinzione, s'anco non la si volesse tenere che per formale, scendono alcune importanti pratiche conseguenze. Come ch' abbia il diritto pubblico le sue radici nell' organismo della comunione, non può ricevere cangiamento dall' arbitrio dei privati, dal volere di membri *individuali*, non riguarda il patrimonio loro, nè è possibile lo si annoveri fra i diritti privati rettamente acquisiti (2). Ma non è però per nulla men

(1) Gli affari pubblici interni di una comunione p. e. dello stato, o della chiesa, possono assumere aspetto di privato negozio, lorchè tal comunità la si consideri come personale nella sua indipendenza ed autonomia in faccia ad altre persone morali esterne, p. e. uno stato rispetto ad altri stati, o la chiesa di contro lo stato. Ma codesto non può aver luogo ove si trascurino i vicendevoli organici rapporti. Per il che i concetti di privato e pubblico restano sempre in certa guisa relativi. Ove si considera solo una persona fisica in se stessa, abbiamo un puro diritto privato; quand' essa invece si avvicina per rapporti vicendevoli ad una comunità, ha principio una specie di diritto pubblico.

(2) Per il che dicono i Romani e con ragione: " Jus publicum pactis privatorum mutari non potest. " I. 38. D. de pactis. Ma ad un tempo si aggiu-

sacro il principio che il diritto privato dell'individuo — per cui ad ogni membro è acconsentita una sfera al libero agire personale — non possa togliersi senza volere di questo (ove tal consenso è ammissibile), per pubbliche disposizioni.

I due diritti che esaminiamo sendo rami d'un istesso tutto, toccansi organicamente ovunque. Siccome gli individui ritrovansi sempre in costante ed essenziale relazione coll'intero, così in tutte le principali materie di diritto privato si danno de' punti che riguardano l'interesse dello insieme, il quale è necessità si serbi integro mercè ordinamenti e leggi assolutamente imperative o negative, che non si possano cangiare per forza di privato arbitrio. Ma anch'essa la comunità presenta una sfera ov'essa è nulla più di una persona privata. Quindi lo Stato pure se lo si considera come padrone di patrimonio ossia fisco, è al diritto privato sottomesso.

In base alla partizione organica ora esposta, partizione che vista più da presso la si riscontra formale, possiamo portar giudizio sulle altre divisioni, prima di passare al più importante materiale partimento.

Il diritto romano in tale divisione move dal punto di vista dell'utile pubblico o privato (1); ma quantunque il diritto abbia evidentemente e

gnerà: « *jus singulorum pacto seu jussu publico mutari non potest.* » Soltanto in quel ramo del diritto privato che è oggetto di vicendevoli affari, possono dietro indennizzo prendersi de' beni materiali anche coattivamente all'individuo, qualora a questi per capriccio talentasse impedire una benefica intrapresa comune, rifiutandosi di cedere la cosa sua verso giusto compenso.

(1) *Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quædam publice utilia quædam privatim.* I § 1. 2. D. de justitia et jure (Ulpianus), Cont. d. n. Vedi su ciò la mia filosofia del diritto, 1. ed. pag. 49. Stahl nella sua filos. del diritto 3. ed. II vol. p. 302 osserva contro a tal partizione che « l'essenza (del diritto pubblico) non è l'utilità comune presa per scopo, ma l'unione in consorteria quale oggetto ossia materia del rapporto » e però manco questo pensatore fece la debita differenza tra scopo di mezzi e scopo finale. L'unione in consorteria o il dominio comune, è solo, nè può essere altrimenti, un fine di mezzi che ha per iscopo ultimo il benessere etico umano. Lo stesso Stahl dice al § 47: « l'uomo è il punto centrale ad entrambi il diritto pubblico e privato: ma è pure lo scopo finale per ambedue. Siccome in generale è mestieri considerare lo stato come un mezzo ed uno scopo di mezzi al fine ultimo dell'uomo e dell'umanità, così anch'esso il comune dominio non può essere nulla più di un mezzo allo scopo. Per il che quello scrittore, malgrado le sue pretese di porgere un concetto organico, assume astrattamente l'insieme ed il comune, avvegnachè li separi dalla personalità umana. Ed una simile astratta concessione si svela nella sua filosofia del diritto in tutte le materie principali, e soltanto nello spirito di sua dottrina, ossia nel fondo si manifesta in perfetta opposizione al vieto diritto di natura, in cui gli individui come tali esclusivamente teneansi, senza darsi un pensiero di loro essenziale relazione verso l'insieme e la comunità. Ed ugualmente provai nella mia filosofia del diritto p. 126 come anche la teorica di Stahl sulla pena non sia che una preta astrazione.

in ogni istante per iscopo una qualche utilità o per dir meglio uno special bene, tuttavia non conviene si disgiunga il benessere pubblico da quello privato, che anzi dipende meramente dalla *varia maniera* di attività se si attinge in questa o in quella guisa la meta superiore, nel diritto privato mercè la individuale determinazione, e nel pubblico per la operosità universale e per comuni istituzioni. Ma in entrambi quelle direzioni è però sempre lo scopo finale il benessere degli uomini riuniti in una comunità.

Negli ultimi tempi *Savigny* presentò la distinzione « offrirsi nel diritto pubblico il tutto come scopo e l'individuo per subordinato, mentre nel diritto privato ogni uomo sia fine per se stesso, e si riferisca ciascun rapporto giuridico soltanto alla di lui esistenza, ovvero alle sue speciali condizioni. » (1) Ma tale definizione non indicò altrimenti come sia diversa l'attività secondo si dirige all'uno o all'altro de' scopi dall'autore segnati, secondo i quali principalmente si conforma, nè ebbe manco ad accennare come l'insieme presenti uno scopo per nulla somiglievole a quello che si è l'individuo, però che quello lo sia di mezzi e questo invece si debba avere per iscopo finale. Avendo *Savigny* in tal modo distinto il diritto privato e pubblico, si vide costretto di staccare d'ambo le sfere giuridiche il diritto ecclesiastico e di considerarlo per « una sfera giuridica sussistente di per se stessa » sendo forza guardare le varie chiese cristiane — secondo egli si esprime — come sussistenti in faccia dello Stato, e con esso in svariata ed intima relazione. » Colle quali parole accennava l'autore ad una somma verità, quantunque esattamente non la definisca, cioè essere la chiesa nella sua qualità di istituzione etica religiosa e sociale, distinta dallo stato.

Del resto la non è dessa, come opina *Savigny*, una mera cerchia giuridica sussistente di per se ma piuttosto un ordine di rapporti della vita, cui lo stato considera sotto *un solo aspetto*. E questo aspetto o lato di diritto conviene — in quanto abbraccia solo rapporti interni — venga regolato dalla stessa chiesa liberamente nel diritto interno ecclesiastico: e nella parte concernente le relazioni organiche tra lo stato e la chiesa, devesi lasciare al diritto ecclesiastico pubblico ossia esterno. Dal che si scorge originare l'opinione di *Savigny* dal non essersi fatta sino ad ora che un' unica divisione formale; per la qual cosa il pensatore che cerca approfondir meglio l'argomento, trattandosi di una materia sì importante quale è appunto quella della vita religiosa ed ecclesiastica, dovette cadere in quelle dubbiezze, cui non è concesso rimuoverse se non premettendo una divisione che alla materia ed ai rapporti della vita si conformasse (1).

(1) *Savigny Sist. dell'odierno dir. rom. p. ed. p. 23.*

(2) Il concetto che *Stahl* (filos. del dir. p. 253) si formò del diritto privato e pubblico s'accorda con quello che è proprio di *Savigny*, nè avvi altra differenza se non nel tenere che fa *Stahl* stato e chiesa « per rapporti di diritto pubblico. » — È opinione di quest'ultimo essere la chiesa soltanto

Quindi viene la divisione *morale* del diritto, alla quale noi ora passiamo facendoci ad un tempo a determinare brevemente i concetti ancora indistinti che trovansi nella scienza di società e diritto sociale, nonchè in quella di Stato e nel relativo diritto.

Uno solo è lo scopo della vita, ed è quello identico della umanità, e richiede in generale la perfezione dell' uomo e della società umana in quanto avvi di buono, tal perfezione esigendosi come una qualità divina ed umana necessaria alla persona. Questo scopo non si manifesta all' esperienza nostra sotto veruna forma sociale, esso deve essere il principio supremo comune direttivo d' ogni attività della vita umana, individuale e sociale. Esso gli è il vero principio della umanità, dalla quale si richiede che l' elemento divino ed umano venga rispettato moralmente e giuridicamente in ogni uomo, e si elevi a regola superiore, a giusta misura da applicarsi a tutte le tendenze della vita ed a particolari fini relativi, e che quale coscienza suprema e comune diriga tutto ciò che avvi di umano.

Gli scopi particolari più importanti che sono compresi nello stesso scopo umanitario come concetto logicamente superiore, alla attuazione dei quali vuolsi operosità individuale e sociale, sono quelli fondamentali (cui sopra derivammo) della *religione*, della *scienza*, dell'*arti belle*, dell'*arte*

relativa per l' uomo che in essa non ha fede, ed esclusivamente privata per lo stato che non la riconosce; ma e in se stessa e per quelli che in lei ripongono credenza, essere sempre necessariamente una *pubblica* istituzione. Col che esce Stahl dalla quistione tracciata di Savigny. Sento mestieri distinguere i rapporti della vita esclusivamente pubblici da quelli giuridici, convien pure vadano distinte le istituzioni pubbliche e ad un tempo giuridiche. Il culto ecclesiastico gli è un rapporto della vita pubblica della comunità, rapporto che presenta un sol lato pubblico e giuridico, a cui risponde la tutela di che deve essergli favorevole lo stato. Per il che si vede abbracciare la chiesa un complesso di rapporti della vita religiosa di una comunità, i quali non appartengono come tali al diritto pubblico, e cui questi regola da un solo lato. Quindi Stahl non conobbe tutto il significato della veduta di Savigny; cosa che per vero fa meravigliare in quel pensatore, però che in altra occasione distinguesse più esattamente, che non facesse Savigny, i rapporti della vita da quelli meramente giuridici; distinzione che elevò contro Puchta il quale retrocedette al punto di veduta subbieltivo, come quegli che pretese innalzare a principio la destinazione dei rapporti della vita, e da quello emanare i giuridici assiomi. Ma Stahl non seppe trar profitto dalla propria nozione, col tenere i rapporti della vita per sole basi di fatto, cui devesi subordinare il diritto; mentre all' incontro essi devonsi concepire idealmente a tenore di supreme etiche esigenze, e conoscere che quali rapporti di materia etica trovansi al di sopra del diritto e lo determinano. Egli non fece un passo oltre la sola astratta e formale generalità dei rapporti della vita, mentre le varie specie di questi come vengono determinate per gli scopi principali del vivere a cui vuolsi assegnare un contenuto ossia una materia, devono pur divenire il fondamento di divisione pel diritto.

utile, (industria nel senso più esteso, come agricoltura, mestieri tecnici e commercio, vale a dire arte dei beni reali) della educazione e dell'istruzione, della moralità e del diritto.

A. codesti fini principali per quanto vengano realizzati socialmente, rispondono altrettante scienze di società che non le son più di parti della stessa scienza di società umanitaria. Avvi però una scienza della società di religione ovvero ecclesiastica, in armonia a tutti i vitali rapporti di questa; una altra scienza della vita sociale morale; una delle istituzioni sociali di scienza, arte, educazione od istruzione; ci ha pure una dottrina dei beni reali sociali (cioè dell'economia nazionale,) ed una disciplina della vita del diritto e dello Stato. Ciascuna di queste discipline convien tragga dalla essenza del suo oggetto o scopo i principii fondamentali che devono regolare la forma sociale. Tra queste scienze, quella del diritto e dello stato figura, come già vedemmo, soltanto per un ramo; impertanto le discipline sociali non hanno ad identificarsi colla dottrina dello stato, avvegnachè ciascuna di esse si fondi sopra proprii principii, sui quali la teoria dello stato non deve per nulla influire. Così pure, il che pur troppo ancor da molti si sconosce, la dottrina della economia nazionale la è scienza sociale e non altrimenti di stato, però che la produzione, distribuzione o consumo de' beni reali sia retta da altre e più generali massime e leggi, di quello che non sieno quelle che sviluppansi nella dottrina dello stato. E manco a quest'ultima appartiene la scienza della vita ecclesiastica, ovvero della vita sociale e morale e così via.

Del resto ciascuna delle scienze sociali, non altrimenti che avviene in qualsiasi relativo scopo, offre il proprio lato *giuridico*, il quale abbraccia le condizioni tutte che sono necessarie ad attingere alla meta della società. Quindi scende il *diritto di società* che essendo uno come è una la meta sociale, suddividesi anch'esso nel diritto sociale della religione, moralità, scienza, arte, istruzione ed educazione, in quello de' beni reali o di economia nazionale, e nell'altro per la società, ossia nel diritto di stato. Universale è il costume di chiamare col nome di *diritto pubblico* il diritto di società, però che quello si riferisca alle diverse forme sociali ed alle istituzioni fondate ad effettuare i fini principali della vita. Perciò avvi un diritto pubblico di religione, di morale, di economia nazionale, come ne sussiste pure uno per lo stesso stato, che si è appunto il diritto di Stato. Dalle quali cose si vede essere questo, come negli ultimi tempi s'ammise, soltanto un ramo del diritto pubblico. Il diritto di stato non fa se non sviluppare le condizioni occorrenti alla sussistenza e coltura progressiva di esso stato concepito per sociale istituzione giuridica, mentre il diritto pubblico deve generalmente esporre i rapporti reciprocamente condizionantisi degli ordini sociali tutti, nonchè per un lato la relazione di questi collo stato.

Di tal guisa determinati i concetti cui ritrovansi spesse fiate ancora oscuri o non circoscritti, della scienza sociale, del diritto di società ov-

vero diritto pubblico o dello stato, passiamo alla *completa divisione* del diritto, nella quale è forza che il fondamento *materiale* di partizione pòrto dallo scopo della vita, si unisca con quello formale. E codesto è mestieri si faccia perchè in rispondenza di ogni scopo principale della vita, convien si disegni una sfera interna o privata d'azione alla libera determinazione degli individui e delle persone fisiche e morali, e si traccino anche le relazioni organiche della permanente istituzione sociale con tutti gli altri ordinamenti sociali od in ispecie collo stato. Si fatto giuridico regolamento ha quindi luogo in parte mercè autonomia privata, in parte per pubbliche provvidenze, e precisamente per le forze riunite di una istituzione e dello stato, ovvero per sola energia di questo, in quanto codesto è da ammettersi. Ma l'ordine complessivo giuridico, privato e pubblico è soppoito alla tutela e sorveglianza dello stato, come a giuridica istituzione.

Dal congiungersi il fondamento materiale di partizione col formale, ne risulta la seguente completa divisione del diritto, cioè della scienza del diritto, della società e dello stato.

I. Il *diritto d'umanità*, pel quale non s'intende altrimenti il diritto di tutta l'umanità, ma quello richiesto all'attuazione di fini meramente umani, non ebbe per anco a ricevere uno sviluppo scientifico, avvegnachè questi scopi fin qui ben poco si riconobbero nella loro varietà ed unità suprema. L'epoca nostra offre tuttavia lo spettacolo di sublimi aspirazioni e di superiori conati umani, però che ormai si tenga universalmente per fermissimo doversi l'uomo all'uomo affrattellare e quindi avvantaggiare, e che abbia esso in cotal guisa a rinnovellarsi ed a sublimare mercè una diversa e saggia educazione. Ed in vero dalla cura de'poveri, dallo studio di migliorare i detenuti e da simili tendenze emerge non doversi guarentire e roborare un solo elemento, fosse pur desso il più importante come il religioso, ma far d'uopo considerare l'uomo in tutte le sue manifestazioni e ad un tempo fortificarlo ed innalzarlo; ed appare anche da quelle aspirazioni come la vera filantropia la quale origina dall'amor di Dio e del divino, sia propriamente la forza aiutatrice che redime l'uomo. Ma questa tendenza umanitaria si presentò in principio troppo debolmente perchè vi si potesse far luogo ad una esatta separazione della sfera pubblica dalla privata.

II. Il *diritto di religione e di chiesa* si è l'insieme organico delle condizioni essenziali alla incarnazione dello scopo religioso, nella vita degli individui e delle comunioni ordinate.

A. Il *diritto privato* (meglio interno) della religione e della chiesa sviluppa le condizioni mercè le quali tanto ad ognuno è concesso tracciarsi e vivere isolatamente la propria vita religiosa di per sè, oppure congiunto ad altri in passeggeri rapporti; quanto a ciascuna *comunione* permanentemente organizzata o religiosa (chiesa), è dato regolare per autonomia come persona morale i suoi interni rapporti di religione nel *dogma*, nel *culto*, nella *disciplina* e nel *patrimonio* della corporazione.

Ma comunemente per diritto privato di religione, considerasi solo il diritto delle individuali persone, manifestantesi specialmente nella facoltà di abbracciare e serbare nel recinto domestico una pia credenza, della educazione religiosa nella famiglia, e di porgere esempio di devozione e virtù ad altri stretto alla stessa credenza. Tuttavia codesto diritto privato si chiama con maggior proprietà diritto *interno* degli individui, delle famiglie e delle riunioni passeggere, però che desso si rapporti agli interni rapporti della loro vita. Del resto alla società religiosa organizzata a perenne sviluppo, e riconosciuta in uno stato, soltanto la quale quando sia veramente cristiana deve chiamarsi chiesa (1), spetta un diritto ecclesiastico, pel quale ricevono giuridica determinazione le relazioni di tutti i membri tanto fra di essi che di fronte alla istituzione comune, secondo le essenziali tendenze della vita.

B. Il diritto pubblico (esterno) della religione e della chiesa regola le relazioni di questa collo stato e con tutte l'altre istituzioni sociali, ponendo le condizioni della loro coesistenza e vicendevole sussidio. Dirige eziandio le condizioni cui lo stato deve per un canto prestare alla chiesa onde adempisca allo scopo religioso, e che dall'altro lato deve alla sua volta offrire la chiesa ad agevolare la realizzazione del fine di stato; e con ciò devonsi ad un tempo determinare i confini alla attività di ciascuna fondazione, nonchè la loro vicendevole organica cooperazione.

III. Il diritto di *moralità*, che si è una sfera di molta importanza anche per le viste giuridiche, fin qui venne neglimentato assai.

A. Il diritto *privato di moralità* determina le condizioni sotto le quali ogni individuo isolatamente, o nella famiglia, oppure in vincoli particolari e transitorii, può vivere con altri a tenere del proprio mo-

(1) Intorno alla pretesa derivazione di Jacobson della parola tedesca Kirche (chiesa) da το κυριδκον, però da κυριος e dalle espressioni della Romania (église ecc.) da εκκλησια (da εκκαλεω) (comune, convocata ovvero eletta), vedi Richter, teorica delle dottrine canoniche dei cattolici e protestanti « 1. ed. 1833. p. 2. — Questi definisce il diritto ecclesiastico pel complesso delle norme mercè le quali i rapporti giuridici della chiesa vengono determinati come quelli e di un insieme e dei membri di esso. Egli rigetta la divisione in diritto ecclesiastico privato e pubblico, considerando con Stahl l'intero diritto della chiesa per pubblico, dal quale però non si regolano gli essenziali diritti di religione degli individui come il culto domestico e simili, o non vengono compresi giustamente come proprii, cioè come diritti privati. All'incontro distingue secondo l'oggetto (meglio però a tenore de' rapporti, potendo in diversi di questi ritrovarsi un medesimo oggetto) il diritto ecclesiastico in *interno* ed *esterno*, a maniera che esso dirige la chiesa solo per se stessa, ovvero le di lei relazioni verso lo stato e le altre comunità religiose. Osserva pur giustamente Richter, che il diritto di qualsivoglia chiesa e perfino della cattolica, quantunque questa fondasse sul principio di unità, si formò variamente sulla base comune in armonia alle condizioni della vita dei popoli ed essa appartenenti.

rale convincimento; com'anco stabilisce il modo onde durevolmente si costituisca una società che tende a conseguire uno scopo morale.

Sulle prime non si sarebbe lungi dal credere essere la moralità individuale, in quanto può animare la vita privata, soltanto una quistione di coscienza, una interna voce imperante, colla quale il diritto non si ritrovasse in relazione di sorta; tuttavia meglio approfondendo la cosa ben si scorge che il privato non può nella sfera morale operare incondizionatamente di proprio arbitrio, manco verso se stesso, avvegna- chè in molti casi come sarebbe l'attentato di suicidio, possano aver luogo giuridici provvedimenti non altrimenti di quanto avviene nell'immorale acquisto d'un patrimonio. Ed egualmente occorrono nei rapporti di famiglia alcune immoralità, a togliere le quali tornano necessarij de' giuridici vincoli (1).

B. *Il diritto pubblico di moralità* regola le relazioni della morale e delle istituzioni di tal natura collo stato e con tutti gli organismi sociali, e sviluppa le condizioni da stabilirsi vicendevolmente si per declinare ogni turpitudine, come per favoreggiare direttamente la morale e per sostenerne i principii in tutte le sfere della vita sociale. Un tal diritto però richiede che si ponga una organizzazione veramente sociale della moralità.

IV. Anco il diritto della scienza e dell'arte ebbe sin qui ad essere ben poco studiato e teoricamente e praticamente.

A. *Il diritto privato della scienza e dell'arte* sviluppa le condizioni mercè le quali la singola persona possa riescire a perfezionarsi e ad adoprare tanto di per se stessa, che in sociali riunioni transitorie a co-desti scopi della vita; ed espone eziandio i modi per cui si possano formare ed organizzare delle società permanenti.

B. *Il diritto pubblico della scienza e dell'arte* dirige i rapporti tra queste sfere e lo stato, e stabilisce quali sieno le condizioni cui questo deve prestare a tutela (p. e. della proprietà letteraria ed artistica) ed a sussidio delle società formatesi per quei fini (riunioni scientifiche, artistiche, accademiche ec.), e che devè pretendere dalla energia di esse (nelle pubblicazioni, nella stampa e così via).

V. *Il diritto di educazione e d'istruzione.*

A. *Il diritto privato di educazione e d'istruzione* regola le condizioni per le quali e gli individui sviluppano se stessi, ovvero le famiglie i membri loro, ed i privati presi isolatamente vengono ammessi ad istruire ed educare, e si possono formare delle società a quell'intento, non altrimenti che istituzioni stabili.

(1) La obbiezione che a mala pena può opporsi, abbisognare le azioni immorali di esteriore manifestazione, perchè avvengavi una giuridica intromissione, e che in tal caso cesserebbero d'appartenere alla vita privata, parte da una falsa veduta di privato diritto, diritto che perciò sarebbe eliminato come quello il quale suppone ognora delle azioni esternamente apprezzabili.

B. *Il diritto pubblico di educazione e d'istruzione* provvede alle relazioni tra lo stato e le fondazioni tutte d'istruzione e d'educazione, ed alle condizioni cui per sua parte lo stato è stretto a porre onde si erigano e conservano tali istituzioni, e che queste alla loro volta, ed i membri loro deggiono prestare per la conservazione e progresso dello stato e di tutto l'ordine sociale.

VI. *Il diritto di economia dei beni reali.*

Ora ne è forza premettere alcune utilissime distinzioni, della scienza fino ad ora alquanto neglette, e di determinare perciò più da presso alcuni concetti.

Per *beni reali* conviene qui si intendano in contrarietà degli altri nobili beni della vita, religione, morale, scienza, diritto, quelli che palesansi materialmente ed esteriormente e però sono oggetti suscettibili di commercio (1). Essi sono però ognora tenuti soltanto per atti a soddisfare umani bisogni.

L'attività *causativa* volta al conquista di simili beni, chiamasi produzione, per il che conviene la si sceveri dalla energia intenta a formare altri beni della vita, energia che si è meno produttiva o creatrice. Però hannovi delle operose e feconde classi della società, le quali tuttavia non possonsi per tal loro natura annoverare immediatamente fra i produttori di beni reali, e quindi in quanto solo l'attività di essi ceti si esprima eziandio in opere reali (p. e. prodotti letterari), potranno entrare nella categoria di quelli che producono beni materiali. Ma l'energia di queste classi non immediatamente produttrici, è di somma importanza mediata per la sfera dei beni reali, a motivo della grande influenza che sovra di essa esercitano religione, morale, scienze e diritto. — Economia gli è il complesso delle funzioni che si riferiscono alla produzione, distribuzione e consumo dei beni reali. Questa economia può assumersi in tre modi: 1) come una scienza ed arte *tecnica*; 2) nella guisa di una generale scienza ed arte *etica*; 3) quale ramo della scienza del diritto e dello stato. 1). Sotto l'aspetto d'arte tecnica la è la dottrina delle forze leggi e funzioni, che riferiscono alle *arti utili*, cioè alla produzione primitiva, ai mestieri ed al commercio. Questa dottrina non appartiene però alla economia nazionale, quantunque questa debba prendere in considerazione i rapporti tecnici economici. Ma 2) codeste

(1) Anche Roscher « siste. d'econo. nazio. » 1 vol. § 2 pone ne' giusti confini la economia nazionale, presa nel senso di dottrina dei beni economici, ed in contrapposizione ai beni che non si trovano in commercio (non disponibili). E non era certamente un progresso, quel vezzo di alcuni moderni d'ampliare il dominio di questa scienza col comprendervi qualsivoglia produzione ed anco i così detti beni *interni*, però che oprando di tal guisa veniano confondendo le varie sfere, le quali per quanto si influenzino vicendevolmente, le son tuttavia sempre distinte. Qui pure come in molte altre teoriche non si fece la necessaria differenza tra quanto si è immediatamente oggetto o scopo di una attività e d'una scienza.

funzioni tecniche ed economiche devonsi assumere eticamente a tenore del loro *scopo* umano, de' bisogni di tal natura cui esse devono appagare, o dei *beni* ai quali si rapportano. Quinci viene la economia *etica* dei beni reali, che secondo il varieggiare delle personalità fisiche o morali, esercitanti queste funzioni a beneficio proprio, si è economia *privata* o di *società*. Il ramo più importante di quest'ultima forma è l'economia *nazionale*, per cui viensi a considerare un popolo dal lato del suo patrimonio di beni reali; e però una tal branca conviene la si unisca a quella suprema, cioè alla economia dei beni reali *delle genti*. Impertanto è l'economia nazionale una parte della dottrina sociale etica, e ad un tempo una *scienza di società* (1). Nelle recenti teoriche di economia popolare viene più o meno confuso l'elemento tecnico, l'etico ovvero quello sociale e scientifico in molti rami, laddove il tecnico qualora debbalosi considerare, lo si avrebbe a premettere solo in forma di postulati; arresi che lo scopo etico in essa disciplina economica trovasi ancora completamente posposto. Questo etico fine, vale a dire morale e buono, ossia il provvedimento per *tutti i membri* del popolo con una partecipazione di questo ai beni reali, partecipazione che deve essere determinata a seconda della diversità dei rapporti della vita e dell'attività, conviene sia come uno scopo principale, il principio direttivo di tutta la dottrina di economia popolare. All'ottenimento di questo scopo 3) è mestieri si coordinino in armonia ad esso, cioè si determinino giuridicamente tutti i rapporti economici popolari che reciprocamente si condizionano. Indi viene il *diritto di economia popolare* il quale per vero a seconda della sua tendenza dovrebbe confondersi colla dottrina di economia popolare; ma codesto non avviene anco perchè non ritrovasi sufficientemente lumeggiato nè lo scopo etico, nè il *diritto*, cioè le condizioni sotto le quali il fine è da raggiungersi. Impertanto la teorica de' giorni nostri non ha per anco sufficientemente sentito, che in quella maniera che lo spirito ed ogni elemento spirituale in genere è chiamato a signoreggiare ed ordinare il naturale, così pure fa duopo ordinare moralmente e giuridicamente nell'economia popolare le leggi ed i rapporti di natura ognora importanti e considerevoli. Per il che rimane quasi ne' limiti dell'empirismo l'attuale dottrina di economia popolare, e porge bensì una immagine fedele dello stato dei rapporti economici, del loro spontaneo formarsi secondo le leggi che ad essi sono inerenti; e perciò mostra ciò che veramente è, ma non quanto deve essere secondo la morale e la giustizia. Essa è piuttosto una scienza *fisiologica* che *etica*; e simile carattere venne favorito a motivo del prin-

(1) Mohl nel suo articolo sulle « scienze di società e di stato » (foglio periodico di Tübingen per le scienze di stato 1831, p. 1 — 71) ha pel primo fatto emergere, p. 14, che la dottrina sull'economia popolare la è una scienza sociale, e che l'amministrazione economica di un popolo (polizia economica ovvero politica di economia popolare) nonchè la scienza finanziaria sono scienze di stato.

cipio cardinale della *libertà* (elevato fino da Adamo Smith) per cui attendevasi che mercè di essa ogni cosa riescirebbe al meglio e si farebbe luogo alla miglior possibile produzione e di distribuzioni dei beni (1)

Ma questo principio di libertà è appunto così insufficiente nella dottrina della economia popolare, come lo è in quella del diritto, e però è necessità che quella teorica venga ad essere determinata e sussidiata nell'egual modo della seconda. Generalmente la dottrina di economia popolare si perfeziona per le vedute spirituali che le sono simili a quelle dominanti la dottrina filosofica del diritto e dello stato (2). Ma come fu manifesto essere la dottrina astratta di libertà e insufficiente ed in parte erronea, emerse il bisogno di una concezione giuridica più elevata ed estesa, tanto nella scuola teologica, che nella storica ed etica; e però incominciarono a formarsi anche nella dottrina di economia popolare, una scuola *teologica* (Adamo Müller, Kraus, Villeneuve de Bargemont), una *storica* (in parte Fr. List, specialmente Roscher) ed un'altra *etica* (3) la quale non si ebbe per anco una forma scientifica. Impertanto la scuola etica rimarrà l'unica e vera scuola della dottrina di economia popolare, essendo che essa in se ne abbracci tutti gli essenziali fattori, il naturale, quello della libertà, il religioso, il morale ed il giuridico, coordinandoli tutti con un metodo tanto filosofo che storico. — Il *diritto di economia popolare* qual ramo della economia popolare considerata come scienza etica sociale, non venne manco conosciuto fin qui, come sopra accennammo, per una scienza *assoluta*. All'incontro la politica economica popolare ebbe ad essere, come scienza speciale, trattata (e prima da *Rau*) in armo-

(1) *Knies* (econo. polit. ec. 1832) a p. 207. dice con somma verità: « Nessun economista nazionale vorrà contraddire, che il punto essenziale secondo la scienza sviluppata da Smith, siasi da collocare nella distribuzione dei beni materiali. Finchè le ricerche si limitano alla unica quistione della maggior possibile somma dei valori prodotti, è evidente non trattarsi se non di concetti quantitativi, di sole somme aritmetiche... Ma come invece volgonsi gli studii ad una buona distribuzione, presentasi allora un concetto morale e politico in quello della teoria. » — Del resto anche la produzione non può venire disgiunta dai riguardi etici.

(2) *Hildebrand* nella sua « economia nazionale dell'attualità e dell'avvenire » 1849, mostrò essere parallele le dottrine di diritto naturale di Locke con quelle dei fisiocratici, e la teorica di diritto di Kant col sistema industriale di Adamo Smith.

(3) *Schüz* nell'articolo: « L'elemento morale nella economia politica » e nel periodico di Tubingen per la complessiva scienza dello stato, 1844, p. 132-159, porse ottimi cenni sulla tendenza etica. *Knies* si spinse più addentro nella discussione dei principii, nella sua: « *economia politica dal punto di vista del metodo storico* » 1852, opera che merita essere raccomandata come guida introduttiva ai principii fondamentali. *Roscher* s'attenne a preferenza nel suo sistema di economia popolare 1. vol. 1854 al punto di vista storico, ma però accenna anco nelle sue teorie principali, e all'importanza dell'elemento morale in genere, e al lato interessante empirico e storico di questa, e al costume ed influenza sua nei rapporti economici popolari.

nia allo scopo. Ma ogni politica premette delle basi *giuridiche*, le quali fin ora non riceveranno conveniente sviluppo.

La *scienza di finanza* coi rami che le sono attinenti del diritto e della politica finanziaria, la è in generale la dottrina delle funzioni e delle istituzioni, per cui lo stato provvede di per se alla realizzazione del proprio scopo. Dessa si è una pretta scienza di stato.

Dopo questi brevi cenni d'introduzione, ne spetta ora, declinando la già segnata differenza tra dottrina ed economia privata e popolare, di suddividere i principali rami dell'economia popolare, la *produzione* (produzione primitiva e mestieri tecnici come industria nel vero significato), la *distribuzione* ed il *commercio* e la *consumazione*, a seconda dei punti di vista del diritto privato e pubblico.

A. Il *diritto d'industria* (diritto della produzione primitiva e dei mestieri tecnici) è ad un tempo la base della politica industriale (1).

1. Il *diritto privato d'industria* sviluppa le condizioni, mercè le quali le persone private esercitano un ramo di produzione (*industria*) si uniscono in società tra loro, e per cui le società costituite possono adoprarsi con autonomia alla propria interna operosità.

2. Il *diritto pubblico d'industria* dirige le relazioni della produzione complessiva verso lo stato e tutte le sociali istituzioni. Esso sviluppa quindi dall'un canto le condizioni che hanno a stabilirsi dallo stato, all'incremento della produzione de' beni nei varii rami, ed in rispondenza alla natura di ciascuno di questi. E codesto viene dallo stato attuandosi in parte con *prescrizioni* positive e negative, in parte anche per quanto gli è concesso con una sociale *riorganizzazione* dei ceti industriali, come pure introducendo *camere e giudizi di agricoltura e mestieri*. Dall'altro lato esso diritto svolge le condizioni cui lo stato conviene fissi alle classi produttive, e serbi intatte onde regolare i giusti rapporti della produzione verso il consumo e l'intera umana società.

B. Il *diritto di commercio* (che è pure la base della politica commerciale).

1. Il *diritto privato di commercio* pone le condizioni, per le quali un individuo può attendere ad un negozio commerciale, e per cui è dato che società di tal natura si formino, organizzino ed operino.

2. Il *diritto pubblico di commercio* regola le relazioni tra il commercio, lo stato e l'intera società. Esso designa tutti quei mezzi cui lo stato deve stabilire onde rafforzare il commercio all'interno ed all'estero per mezzo di *provvidenze* generali positive e relative, per speciali *fondazioni* (mercati, borse, regolamento monetario ecc.), com'anco per una sociale

(1) Rau nella « politica di economia popolare » provò e giustamente essere ufficio della politica la creazione delle condizioni cui specialmente deve curare il potere dello stato, all'intento di favorire la produzione e la distribuzione. La giusta e precisa indicazione dei rapporti guidava anche qui, quantunque senza disegno precconcetto, alla nozione positiva del diritto, la quale deve formar la base d'ogni politica.

riorganizzazione del ceto commerciante a seconda de' suoi varii rami, finalmente per l' erezione di *camere e tribunali* di commercio. In oltre stabilisce quanto è da fissarsi dallo stato al ceto commerciante, perchè i giusti rapporti di commercio sieno tutelati in confronto alla società intera.

C. Il *diritto di consumo* (che è la base alla politica di consumo) si poco perfezionato, dividesi anch' esso in *privato e pubblico*, sendo in parte lo stesso uso privato soggetto a certe condizioni, e dovendo dall' altro canto lo stato determinare i modi d' un consumo buono e morale (per istituzioni contro la dissipazione, col rimuovere gli allettamenti allo sperpero, incoraggiando la parsimonia con casse di risparmio, e specialmente favorendo ogni maniera di società di temperanza (1)).

VII. La stessa *natura del diritto* esige lo si divida secondo la doppia manifestazione sua di privato e pubblico. Sendo esso uno scopo di vita relativamente assoluto, e però tornando necessario il considerarlo in se stesso, noi in questa partizione non terrem calcolo delle relazioni giuridiche cogli scopi principali, osservati nelle precedenti divisioni predominanti, cioè colla religione, morale ecc. Che se il sistema giuridico organico abbraccia bensì tali rapporti di diritto privato e pubblico, e li segue in tutte le sfere della civiltà, comprende tuttavia anche i rapporti meramente giuridici tanto degli individui che dello stato. Quinci ne si offrono nell' unica categoria di individui, le persone private, lasciando afferrare solo la loro qualità generale di membri uguali di uno stato, ossia *cittadini*, fatta però astrazione di che il ceto speciale a cui appartengono li riveste (come sacerdoti, dotti, industriali ec.) Dalla qual veduta deriva il diritto dei cittadini, o diritto civile che prende pure il nome di diritto generale civile. Quindi ne si presenta lo stato *soltamente in se stesso* quale istituzione giuridica, senza riguardo alle sue pubbliche relazioni coll' altre sfere dello inciviltamento.

A. Il *diritto dei cittadini*, ossia il *diritto civile* tratta delle condizioni generali per le quali gli individui trovansi in rapporti giuridici, sciogliono e stringono relazioni, e possono conchiudere affari giuridici di natura privata; considerati però essi individui come membri uguali di uno stato, vale a dire per cittadini, e guardanti solo nei *rapporti generali* che mostransi *uguali* per tutti, come sono i *personali*, i *facoltativi* e quelli di *famiglia*, senza alcun calcolo della diversità dei ceti.

1. Il *diritto generale delle persone* (2) comprende i diritti che si riferiscono ai rapporti delle persone in genere (età, sesso, parentela, salute spirituale e fisica); e quelli che si rapportano alle principali specie delle persone (fisiche, morali).

(1) Vedi intorno a ciò *Rau*; « *Politica economica popolare*: » e specialmente Mohl: « *Dottrine di polizia* ».

(2) Ogni diritto è personale, onde ne scende non poterlo dividere in personale e reale, ma solo in diritto generale delle persone, e nella specie di diritto particolare spettante pur sempre a persone.

2. Il *diritto sui beni* che espone il complesso dei rapporti giuridici, pei quali viene determinato il potere di una persona sovra cose ed opere altrui, a seconda della duplicità dell'oggetto giuridico, gli è diritto reale o diritto sugli obblighi.

a) Il *diritto reale*, ovvero quello di una persona sovra cose, come oggetti naturali quindi non liberi, tratta de' modi per cui a tenore degli ordinamenti ed usi, nascono, sussistono e cessano e la *proprietà*, cioè il pieno potere di una persona sovra una cosa, ed i speciali diritti *reali*, per cui una persona ha potere limitato sovra cose altrui.

b) Il *diritto sugli obblighi* svolge le condizioni per le quali una persona eleva pretese sovra *opere* altrui, le sieno desse prestazioni di cose, ovvero personali.

Quando nel diritto sulle cose viene espresso l'elemento di proprietà (il suo), cioè l'immediato rapporto sussistente fra una persona ed una cosa, rapporto che in sua qualità si può far valere contro chiunque, in allora il diritto sugli obblighi si riferisce al continuo nascere (diventare) dei rapporti giuridici. Esse obbligazioni sono:

α) obbligazioni degli affari, ovvero giuridici negozii;

αα) obbligazioni di contratto (vincolanti un solo contraente od entrambi), ovvero

ββ) obbligazioni non originate da contratti;

β) obbligazioni di delitto;

γ) ovvero obbligazioni di stato personale, le quali anche non fondando sovra azioni, originano da condizioni speciali ovvero da rapporti passanti fra gli uomini.

3. Il *diritto di famiglia* considera l'uomo nella sua qualità di membro dell'intima comunione etica della vita, ed assume il *diritto di matrimonio* tanto dal lato delle *persone* che dall'aspetto dei *beni*, e così pure abbraccia il diritto della *autorità paterna*, della *tutela* e dell'*eredità*.

B. Il *diritto di stato* come l'insieme delle determinazioni regolanti i rapporti reciproci della totalità, e di ciascuno de' membri di essa, bipartisceci precipuamente in diritto di *costituzione* e di *amministrazione*.

1. Il *diritto di costituzione* sviluppa le condizioni di un'ordinamento rispondente ai complessivi rapporti della vita del popolo. Esso è diritto *materiale* di costituzione, lorchè determina i diritti spettanti ad ogni membro dell'organismo dello stato, ai comuni, alle provincie nonchè al potere centrale; *formale*, quando stabilisce l'unità e l'organizzazione del potere dello stato e le norme permanenti per l'esercizio di tutti i poteri particolari che s'accentrano nella stessa forza di stato.

2. Il *diritto di amministrazione* svolge le condizioni all'esercizio del complessivo *potere dello stato*. Tal diritto si coordina in armonia ai principali poteri:

1. In *diritto di reggenza*;
2. In *diritto di legislazione*;
3. In *diritto di esecuzione*; e questi due ultimi conviene si ritrovino in relazione organica col primo.

L'*esecuzione*: ovvero amministrazione nel più stretto significato della parola, suddividesi a tenore dello scopo diretto od indiretto di stato, in amministrazione giudiziaria, e in amministrazione di beneficenza giuridicamente ordinata, ossia amministrazione nel senso il più limitato,

a) L'*amministrazione della giustizia* novellamente bipartitesi, in:

α) *Riparatrice* (come avviene una lesione di diritto) che alla sua volta può essere *civile o criminale* a misura che trattasi di un'ingiustizia ipotetica intorno alla quale verte ancora questione; ovvero di una ingiustizia certa per tutte le circostanze sue, e tenuta universalmente per tale (assoluta), nonchè sempre dannosa all'ordine giuridico.

β) *Amministrazione giuridica* (riferentesi all'attualità) *in affari non contenziosi*, la quale assicura de' giuridici rapporti, sia in modo provvidenziale d'ufficio (ex officio) (ventilazione d'eredità, tutele ecc.), sia dietro ricerca della parte, quando questi rapporti giuridici vennero da esse parti spontaneamente formati (propriamente detta *volontaria giurisdizione*).

γ) *Amministrazione giuridica* (rapportantesi al futuro (1)) *preventiva* (giustizia preventiva, polizia), mercè di cui devonsi per quanto è concesso rendere impossibili le eventuali lesioni di diritto e di benessere venienti della volontà contraria al diritto.

b) L'*amministrazione giuridica di benessere* (amministrazione di beneficenza) si divide in tante parti quanti sono gli scopi della vita e del benessere, della religione, della scienza, dell'arte, dell'istruzione, dell'industria ecc., formando varie sfere che ricevono la *direzione suprema* dai rispondenti *ministeri*. L'*unità* dell'amministrazione dello stato viene in faccia all'estero rappresentata dal ministero degli *affari esteri*, e allo interiore da quello dell'*interno*, la cui posizione e nell'organismo dello stato, e verso gli altri ministeri, ebbero a determinarla fundamentalmente nella dottrina dello stato.

C. Anch'essi gli stati indipendenti trovansi tra di loro collegati in giuridici rapporti, che vennero determinati dalla tradizione, dalla consuetudine e dai patti. Il complesso delle norme regolanti cotali relazioni, costituisce il *diritto delle genti*, ossia il diritto esterno dello stato, *jus gentium*, *droit des gens*, *droit international*. Anch'esso il diritto delle genti partesi in pubblico e privato.

1. Il *diritto delle genti pubblico*, detto per lo più, diritto delle genti;

(1) I tre tempi del passato del presente e futuro non sono il contrassegno principale delle tre specie d'amministrazione giuridica, tuttavia presentano nella divisione un'elemento naturale.

si è l'insieme delle norme regolatrici dei reciproci rapporti degli stati considerati quali rapporti morali, e delle condizioni per la consussistenza e pel vicendevole avvicinarsi degli affari.

2. Il *diritto delle genti privato* (diritto internazionale privato) che so tanto in quest'ultimi tempi ebbe ad essere elevato alla dovuta importanza ed esposto (1) per una scienza indipendente, è il complesso delle regole ordinanti i rapporti giuridici dei singoli cittadini, ossia privati di uno stato com' un altro stato o co' membri suoi individualmente presi, e delle norme che pongono le condizioni mercè le quali gli individui possono conseguire e far valere dei diritti all'estero nei rapporti giuridici privati.

E questa si è la divisione organica, materiale e formale della scienza del diritto e dello stato.

Ma tutti i rami di questa scienza possono e deggiono, come già spesse fiate si ebbe ad accennare, venir considerati da un triplice punto di vista; da quello prettamente *filosofico*, cioè *ideale* o *razionale*; dall'*empirico* (storico, statistico, positivo e pratico); e del *razionale empirico*, che nelle scienze del diritto e dello stato è il *politico*.

1. *Filosofico* o *razionale* gli è ciascun ramo quando lo si consideri nella idea che gli serve di principio, e per limitarci alla scienza nostra, una serie sarà filosoficamente assunta lorchè avrassi ad osservarla nel di lei ragionevole scopo, il quale nel suo collegamento organico coll'intero fine del diritto e dello stato, viene attuandosi nella sfera speciale. In cotal guisa si può studiare e il pubblico ed il privato diritto, non solo isolatamente ad uno ad uno come un tutto, ma ciascuno eziandio nelle sue varie parti.

2. *Empiricamente*, nel senso favorevole di questa parola che perciò suona rispondente alla esperienza, viene ad essere trattato ogni ramo in triplice modo, sempre però subordinatamente ad una idea direttiva predominante, cioè: *storicamente* in generale, quando la civiltà progressiva si manifesta in una serie susseguente, la quale riceve il suo impulso intimo da fatti, avvenimenti od opinioni esterni od interni; *statisticamente*, lorchè una maniera di essere fissata come la presente, la si riscontra in generale e nella sfera della vita umana, ed in quella del diritto e dello stato; *praticamente*, se il sussistente lo si presenta per norma valevole all'operare degli uomini.

3. Riceve una esposizione *razionale empirica* ogni branca, quando sono designati i mezzi e le vie per le quali senza smarrir mai di vista lo scopo ultimo, — si toccano le più utili riforme, movendo a simile intento da principii razionali come da idee regolatrici, e fondando sovra ordini e rapporti aventi la loro ragione nella storia, e sussistenza e riconoscimento nell'attualità. Una tale dottrina razionale ed empirica chiamasi nella scienza

(1) L'opera principale è: Foelix, « *Traité de droit international privé*, Paris 1843, 2 edit. 1846.

F del diritto e dello stato la *politica*, che è destinata a conciliare l'idea e la realtà storicamente ammessa, nonchè a mantenere un *continuo* e giusto *passaggio* dal passato al futuro nel progresso del diritto e dello stato. Anche la politica si riferisce a tutte le parti del diritto pubblico e privato, ma fin qui la non venne sufficientemente lumeggiata come una scienza assoluta armonizzante l'elemento filosofico coll'empirico, nè applicata nei dovuti modi a tutte le sfere, e meno poi scienza del diritto privato.



LIBRO SECONDO.

STORIA DEL DIRITTO.

SEZIONE I.

PRINCIPII STORICI FILOSOFICI E FASI DELLA STORIA DEL DIRITTO.

CAPITOLO I.

DEI PRINCIPII GENERALI DETERMINANTI LO SVILUPPO DEL DIRITTO E DELLO STATO FRA I POPOLI.

Lo sviluppo dell'umanità segue in qualsivoglia manifestazione di civiltà certe leggi generali provate nella filosofia della storia (1), le quali fan sì che armonizzi la libertà d'ogni persona e de' popoli coll'ordine supremo e divino della vita. Offresi l'umanità per un complessivo organismo fisico e spirituale, nel quale gli stipiti principali, i popoli e gli individui sono gli organi operosi ed all'incontro gli etici scopi, religione, morale, diritto, scienza, arte, industria e commercio sono funzioni della vita, nelle quali quegli organi esprimono il carattere e la speciale loro tendenza. Lo sviluppo di questi organi e funzioni dell'umanità procede dietro una triplice legge. Da prima tutti i principii materiali e spirituali della vita compongono una massa per nulla irradiantesi ma chiusa in se stessa e senza alcun sviluppo, la quale malgrado abbia cominciato l'interno progresso, tuttavia ancor per lunga pezza si conserva e predomina in essa sua forma. Continuando l'incivilimento l'opera sua, nascono le leggi, alcune per contatto delle varie schiatte primitive e delle diverse popolazioni, altre per le speciali tendenze della vita tra se stesse in molti modi contrappo-

(1) Vedi lo sviluppo filosofico di queste leggi, come la longevità dell'umanità di Krause nella « dottrina della vita e filosofia della storia » ed. di Leonhardt. Gottinga 1845.

ste, leggi a cui sommettonsi i popoli a seconda della loro natura, come anco le differenti classi di uno stesso popolo originate dalla necessaria divisione delle occupazioni. La contrapposizione inevitabile e caratteristica a tal epoca, suscita lotte lunghe e difficili a comporsi, e che si vanno sempre rinnovellando. Ma a misura che si fa più sentito il contrasto tra i popoli e le tendenze della vita, si manifesta con maggiore intensità il desiderio d'una conciliazione, la quale in sulle prime combina soltanto delle colleganze pressochè esclusivamente esterne. Però sorge ben presto il bisogno d'un vincolo più intimo, e sotto la luce d'una scienza ognora più elevata s'ingenera la convinzione, trovarsi in ciascun popolo le molte tendenze della vita e le distinzioni sociali che le si riferiscono, parti e membri reciprocamente avvantaggiantisi; e in oltre avere le genti la missione di sussidiarsi con unioni sempre più intime. Finalmente si manifesta la esigenza di vedere rappresentato in gruppi vie più elevati l'organismo de' popoli, nel quale ciascun di questi segue tutte le tendenze della vita esprimendo in ciò un carattere *fondamentale* predominante. Quest'ultima epoca che siccome organica ed armonica deve mostrare esservi una forza organizzatrice per tutte le sfere della vita, ben poco procedette nella sua missione, missione la quale però in parecchie sfere della vita viene agevolata, mercè gli sforzi de'tempi nostri diretti a vincere i contrasti per mezzo di principii conciliativi.

2. Tra le funzioni della vita di ciascun popolo manifesta il *diritto* un significato eminentemente pratico; tuttavia esso non è nulla più d'un'espressione *speciale* di quella vita, un solo membro nel complessivo etico organismo del popolo. Per il che torna opportuno osservare anche il diritto nella sua marcia storica sotto un doppio punto di vista. Primamente converrà considerarlosi per una parte sostanziale organica di tutta la vita umana, ed in tal riguardo apprezzarlo e svilupparlo; tenendolo quindi per un elemento che segue le leggi generali del progresso; che accoglie tutte le influenze essenziali in qualsivoglia maniera modificanti il vivere del popolo, che riflette tutte le forze fondamentali, gli impulsi, le predominanti credenze ed aspirazioni, in somma che tien conto del carattere complessivo e della natura di un popolo nell'ordine giuridico. Quindi lo si studierà sotto l'altro aspetto, cioè sotto quello di funzione vitale del popolo *relativamente assoluta*, avente come tale un proprio svolgimento e manifestandosi in uno speciale organo centrale (nello stato); per il che gli sarà concesso divenire la precipua vocazione di una special schiatta, di animare gli organi dell' stato di questa in contrapposizione alla vita, al costume, ai bisogni ed esigenze popolari; tanto col rimanere loro addietro, quanto precedendole di troppo, in guisa che in ambo i casi si prepareranno alle società di molti rapidi mutamenti. Gli è perciò necessario riconoscere e stabilire in generale ed in ciascun' epoca il giusto rapporto della reciproca efficacia tra il diritto e la vita etica complessiva del popolo.

3. Non altrimenti del diritto, è da concepirsi *lo stato* che è l'organis-

mo giuridico della società. Avvien tuttora che si identifichi lo stato colla società, quantunque codesto ripugni alla di lui idea e storia; ma invece quello deve solo *rendere possibile*, collo stabilire acconcie condizioni, che si tocchino tutti i fini della vita essenziali alla libera attività degli individui e delle società che a tal fine si formano ed organizzano, sieno desse di religione, di scienza, d' arte, d' educazione, d' industria o di commercio, senza però adoprare direttamente al compimento di tali scopi. In base alla reciproca influenza di che si vanno modificando le sfere tutte del sociale incivilimento e lo stato, potrà questo comunicare ad esse una determinata direzione, stabilire i vicendevoli rapporti, prender parte allo sviluppo loro con ordinamenti, favorendone od arrestandone il corso. Ma avvegnachè sia l' influenza dello insieme sulla parte ognor più gagliarda che nel caso inverso, così l' energia dello stato avrà sempre una direzione predominante sovra il carattere complessivo di una nazione, sulle forze superiori od inferiori della vita. Sono diritto e stato pure forme che vengono espresse e riformate dal contenuto etico della vita d' un popolo. Che se questo contenuto o materia è d' una natura inferiore, se non è roborato dai supremi scopi del vivere, non avrà un tal popolo nella storia che una esistenza passeggera. Genti celebri per industria e commercio, come i Fenici, Cartaginesi ed altri, tramontarono; ed una esistenza ancor più breve si ebbero le tribù nomadi date solo al conquistare, laddove i popoli antichi che compirono una sublime missione umanitaria, religiosa, morale, scientifica ed artistica, come gli Indiani, Ebrei, Greci, quantunque venissero scacciati dalle loro sedi e frammi-schiati a stranieri elementi, ciò non per tanto stettero ed influirono con profitto che emerse successivamente, sul progressivo incivilimento della umanità. E qui giova menzionare come il popolo romano, che si fu il vero creatore del diritto e dello stato nell' antichità, dovette pur cadere a motivo dello scopo di vita precipuamente esterno e formale; e che però ebbe il destino di preparare la più grandiosa via politica che mai fosse, sulla quale il sublime vitale principio porlo dal cristianesimo potè celere-mente progredire e condurre le genti, riunite nel diritto romano, con novella maniera di vita. Ma il cristianesimo impresso ai popoli che l'abbracciarono, un carattere di durevolezza, ond'è che per tal motivo non si lasci applicare alle nazioni cristiane l' analogia tolta dalla decadenza de' popoli antichi.

Tuttavia l' ordinamento di diritto e di stato di questi popoli può declinare più o meno dal contenuto etico della vita, ed assumere una direzione principalmente esterna e formale. Di smarrirsi in simile aridezza sono soggetti per lo più que' popoli, i quali si proposero lo svolgimento dell' ordine giuridico e dello stato. E siccome una siffatta cura siasi estesa negli ultimi tempi e divenuta propria di pressochè tutti gli europei, però che sienò rimasti i provvedimenti di stato in molti momenti addietro assai al movimento sociale della vita, così si scorge come ogni tendenza dello spirito siasi fatta con prevalenza esterna e formale. Ed in

vero per essa surse l'illusione di scorgere ed attendere nelle nuove forme giuridiche e politiche l'ancora di salvezza, ed il rimedio a tutte le precipue piaghe sociali, avvegnachè si sperò per una nuova forma ritrovare un novello contenuto ossia materia della vita. Che per quanto importi il ritrovare e stabilire una acconcia forma giuridica e politica in rispondenza ad ogni grado di civiltà di un popolo, e a tutta la di lui maniera di considerare la vita, gli è però un errore che rende vano questo stesso beneficio, l'accordare alla forma un senso assoluto, e l'ammirare in essa la sussistenza e l'ideale dell'ordine della società. Sono le forme di veruna attualità lorchè le non si attagliano alla natura etica del popolo, quale si manifesta nello insieme delle vedute e rapporti spirituali, morali e materiali economici. Indi la vanità di tanti sforzi formali dell'epoca nostra, vanità del resto giovevole a far emergere il vero supremo, *che ogni ordine di diritto e di stato riceve materia, energia e direzione solo dalle forze del popolo poste in attività a prò dei beni etici della vita, e che perciò conviene venga esso ordine a cotal regolo misurato e corrispondentemente costituito.* E per lo stesso motivo della inutilità di quei conati vedrassi come la reazione del diritto e dello stato non può consistere se non in ciò, che gli etici rapporti posti per l'attivazione della vita del popolo, vengano bene ordinati, più accuratamente definiti e recati a chiara conoscenza; e saprassi anco venire agevolato e favorito l'intero sviluppo della vita mercè le forme diseguate in armonia alle condizioni del vivere.

4. Non sono diritto e stato soltanto un'ordine etico, ma eziandio storico, cioè tale da adombrare il carattere ed il genio di un *popolo* nelle sue funzioni ed organi. L'umanità procede organizzandosi fin'anco nell'individuo, formando vari membri intermedi, tra i quali le *nazioni* e le *razze* che quanto più eccellono, tanto maggiormente sono per lo sviluppo del diritto e dello stato, momenti, che recano un'essenziale influenza. Le più grandi nazioni sorte dal vasto collegarsi delle razze portano l'impronta di un genio, che non essendo spiegabile dai soli rapporti esterni di clima, sembra essere una forza innata, una dote suprema divina concessa allo scopo di percorrere agevolmente il cammino della vita, cammino sul quale conviene corrano gli uomini per giungere al loro destino. Questo carattere popolare si rifletterà pure nelle forme del diritto privato e pubblico, e quindi non altrimenti del carattere dell'uomo, dev'essere determinato e svolto da morali influenze superiori.

Per quanto spetta alle *razze* (1), non è per anco scientificamente sta-

(1) Sovra le razze umane in generale, non calcolato l'elemento giuridico politico, il lavoro più ricco di dati storici, sebbene mancante di un esatto principio di divisione, gli è quello di Richard: « Recherches » etc., tradotto in tedesco da R. Wagner sotto il titolo: *Storia naturale del genere umano* Gottingen 1840-1842. Secondo la conformazione del cranio e del corpo enumera quegli 7 classi 1) la caucasiana, 2) la mongolica, 3) l'americana, 4) l'ottentota, 5) la negra, 6) la papua, 7) e quella dell'Australia; oltre a ciò

bilito nè il loro fondamento, nè la loro origine e numero; e rimane in ciò tanto buio malgrado i dati importanti offerti di recente dalla fisiologia comparata, e quelli portati in maggior copia dalla dottrina etnografica ne' suoi raffronti. Ma il certo si è che riscontrasi di molta differenza nella forza creatrice di diritto e di stato delle varie razze, nonchè nell'attitudine loro per le forme più elevate e perfette della vita dello stato. Nel considerare le diversità delle razze giova però aver cura d'evitare due errori. L'uno si è di studiare esse razze indipendentemente dalle loro prime sedi, tenerle tutte per suscettibili di sviluppo in ogni umana cosa, ed egualmente capaci di uniforme progresso giuridico politico. L'altro si è l'opposta veduta per cui hannosi le differenze delle razze per insormontabili ostacoli della natura e dello spirito, onde vengono mille gradi di civiltà, e da cui sono assegnati i limiti e l'estensione al libero sviluppo morale. (1)

Le tre razze principali e che si ponno più agevolmente conoscere, quella dal *viso lungo* (carattere speciale dei Negri, l'altra dal *volto largo* (che precipuamente si riscontra nei Mongoli), e quella della *faccia ovale*

vi hanno genti che non si lasciano classificare ma che si avvicinano a queste razze. Blumenbach distinse, come è noto, 3 sole razze (caucasea, mongolica, etiopica, americana e malese) cui egli tiene in conto di degenerazioni della razza caucasea. Noi accediamo, seguendo Couvier, Heusinger ecc. ad una triplice partizione, facendo osservare come le 3 razze, principali accennate nel testo s'incontrino nella loro natura caratteristica e primitiva in ciascuna delle grandi parti del mondo. Vedi anche Bürmeister, « storia della creazione » 5. ed. 1852.

(1) Intorno al lato giuridico politico della quistione sulle razze e nazionalità, V. la mia filo. del dir. p. 577, e più estesamente la mia dottrina organica dello stato p. 200-220. L'opera anonima, la più recente in tale materia: « Primo esperimento di una scientifica esposizione della etnologia generale per mezzo dell'antropologia, nonchè della filosofia dello stato e del diritto per la etnologia »: in 3 parti, Marburg 1853-1854 (di che non sono stampati per anco che due volumi), la è bensì commendevole per la copia delle osservazioni storiche; ma non devesi tacere come il sistema dell'autore che considera le razze come tipi di natura e di spirito immutabili ed in contrapposizione vicendevole, e che tiene gli incrociamenti fra le razze primitive (contrassegnate con troppa strettezza ed'esclusività di vedute, secondo i 4 temperamenti) per nocivi, sia erroneo nel principio, e spesse fiate in contraddizione alla storia, e sommamente sconfortante là ove, sullo scorcio del 2. vol. a p. 263, esclama essere il regno degli uomini *tuttora un vastissimo campo di ruine*. Per il che diremo servire quest'opera a provare fin dove possa fuorviare una scienza la quale incurante del motto antico: « mens agitat molem » non si dà per intesa dell'influenza riformatrice e vivificante che dalle forze spirituali, religiose e morali si versa sulla vita dei popoli. Ed in vero l'ipotesi del nascere e morire di tutte le nazioni, ritròva una invincibile confutazione in ciò che verun popolo cristiano non spari giammai dalla scena del mondo, dal che giova indurre vi abbia nel cristianesimo un principio vivificatore, ben più possente delle leggi manifestantesi nella vita fisica.

(che è detta caucasea), come si studiano a seconda della loro indole spirituale, non deggiono aversi per tre stipiti primitivi coordinati, aventi privilegi relativamente uguali, ma si hanno a tenere per tre gradi della vita nel regno della umanità. Ed in fatti nelle stirpi appartenenti alla razza caucasea (Indiani, Persiani, Greci, Romani, Germani, Slavi ec.) l'elevato spirito della *ragione* se' germogliare i più bei fiori della umanità ed è in succhio d'altri migliori, e fin qui produsse delle combinazioni di stato relativamente le più pregievoli. Ma i principali tra i nobili rappresentanti della razza dal viso largo, i Chinesi mancanti di un sublime slancio ideale, non si fecero conoscere sino a giorni nostri, se non per la tendenza *intellettuale* nella religione, nella scienza, nell'arte e nella vita di stato. E la razza dei negri nelle sue stirpi finora meglio note, sembra essersi abbandonata esclusivamente ad un'eccessiva *sensualità* per il che, serva delle basse cupidigie, di piaceri grossolani e vili, e soggetta alle passioni più intemperanti e brutali, cadde nella schiavitù, nè le fu dato manco nelle sue schiatte più riguardevoli di giugnere ad una prosperevole formazione di stato. Tuttavia queste razze le non sono nella storia tipi costanti. Questa nello irradiare la civiltà, sospinse e confuse popoli e razze, ed indi trasse novelle e possenti stirpi, come avviene nelle chimiche miscele. Queste fusioni, per quanto ce ne assicura la storia, ebbero luogo per succedersi de' popoli vicendevolmente incalzatisi dalle prische sedi a più acconcie terre, ed avvennero principalmente tra le schiatte della razza caucasea, indi formandosi varie gradazioni tra queste genti. Dal che non ne riesci per nulla un indebolimento di queste, ma invece ne trassero gagliardia, come lo prova l'esempio universalmente addotto del frammischiamento del popolo inglese. Ma se osservasi alla direzione della civiltà la quale or di bel nuovo volgesi all'oriente, dove appena ebbe a toccare i paesi abitati dalla razza mongolica; quando s'avvisi all'essere ancora una gran parte delle terre abitate principalmente dalle stirpi negre, com'è delle regioni africane, chiuse del tutto alla civiltà europea, mentre gli alti-piani di questa parte del mondo par contengan delle stirpi assai suscettibili di incivilimento; non si potrà a meno di non accedere all'opinione, che dopo compiti gli incrociamenti con esito felice fra le diverse famiglie della stessa razza principale, rimanga ancora all'avvenire il destino più vasto e certamente difficilissimo, di avvicinare spiritualmente e fisicamente le schiatte principali, destino che verrà effettuandosi per l'energia dello incivilimento. Avendo l'uomo da signoreggiare mercè lo spirito le forze della natura, e gli elementi ed influenze di essa, tanto più dovrà usare questo suo impero sulla energia fisica lorchè la si manifesta nell'organismo del suo corpo. E la più completa fusione delle razze da eseguirsi collo innalzare le inferiori alle superiori, è richiesta e resa utile dalla unità di natura la quale non riconosce più *d'una specie di uomini*. Di più la stessa cosa è voluta dall'indole comune e ragionevole degli uomini e dalla loro attitudine al progresso, per il che la razza più degradata potrebbe elevarsi a ragio-

nevoli costumanze e ad un ordine giuridico politico, quantunque essa rimanesse nella sua purità, nè altra influenza subisse se non quella dello incivilimento di altre genti. In uno a tal riflessione abbiamo il fatto consolante, essere le stirpi rozze appartenenti al ceppo mongolico ed al negro molto men numerose di individui dell'altre, che son men barbare come lo prova il confronto nelle popolazioni mongoliche ancor nomade, coi Chinesi che sono i più ragguardevoli rappresentanti di questa stirpe; e come probabilmente lo si desumerà dalla più esatta e ormai vicina conoscenza dell'interno d'Africa che renderà possibile raffrontare le popolazioni ivi stanziate cogli altri negri. Dal che ben si scorge venire di molto agevolato l'incrociarsi delle stesse razze. E se sussistesservi genti sì degradate da essere insuscettibili di qualsivoglia maniera di progresso esse sparirebbero innanzi alla marcia della civiltà, come dileguaronsi per la maggior parte gl'Indiani nell'America (1).

Del resto, comunque sia per essere il risultato dello incrociamiento delle razze, emergerà sempre un costantissimo tipo come un carattere non declinabile da quella miscela. Le grandi nazioni, per quanto frammentate, non si scioglieranno giammai nel puro e generico elemento umanitario — il che distruggerebbe qualsiasi organizzazione della umanità —, ma riterranno un colore proprio e manifesteranno la loro specialità in un'armonia più intima colle idee vitali della religione, scienza, arte e diritto, esprimendo anco più evidentemente il proprio carattere della lingua qual forma della complessiva lor vita spirituale è di natura, per quanto il principio assimilatore possa ringagliardire nel futuro. — Intorno a ciò che riguarda le esterne relazioni di natura, compresevi quelle del clima delle quali sulle prime ad imitazione di *Montesquieu* si fece troppo caso, è mestieri ammettere che tra il carattere de' popoli e l'indole naturale dei paesi da loro abitati avvi un palese legame, una specie di armonia prestabilita. Ed in vero fu costume de' popoli di scegliere (quasi mossi da una superiore tendenza) quelle sedi le quali convenissero al loro carattere (2), e veggiamo pur sempre correre tal reciproca influenza

(1) Lo stato de' negri di Haiti, dal quale tanto s'attese in sulla prime, e che mostra un rapido regresso de' negri alla lor pristina selvatichezza e superstizione, non può essere una prova della barbarie morale e politica del negro. Imperocchè, come osservammo nel testo, è forza riflettere appartenere in generale le stirpi negre dell'Africa all'infime schiatte dei negri, e che gli abitanti di Haiti erano prima schiavi cui i loro padroui cristiani non lasciarono apprendere pressochè nulla, onde quegli uomini non si ebbero nè religione cristiana, nè educazione di sorta, per di che lasciavano prontamente le poche sbardellature per riabbandonarsi alle forme tradizionali di lor religione d'incantesimo. Il piccolo stato di una comunità « Liberia » posto sulla costa d'Africa, desta ora novelle speranze; ma sino a che la razza da educarsi — e come tale è a tenersi in generale quella negra — manca di una coltura umana costante, riesciranno infruttuosi ancora molti altri tentativi di educazione morale e di stato.

(2) Intorno a questo vedi più diffusamente la mia dottrina organica dello stato p. 204 e seguenti.

tra cotali estremi, onde l'uomo formerà piuttosto il paese, di quello che il paese non formi l'uomo.

3. Tanto nello sviluppo del diritto e dello stato dei popoli, quanto in quello completo umanitario, ne occorre palese la legge della *continuità* in guisa che ognora succedonsi novelle e svariate foggie di civiltà, che idee sublimi e feconde di conseguenza fondano nuove epoche, e perfino genti recentissime si fanno propugnatrici di idee più elevate. In oltre non appena avvenne il primo impulso per parte del nuovo fattore, l'ultima maglia nella catena della civiltà s'innanella ad altre vecchie, si che si fa luogo ad un processo di fusione tra il vieto ed il nuovo in modo da adoperare i beni della vita anteriormente conquistanti, come forze atte a perfezionare gli ultimi. Provasi eziandio l'unità suprema della umanità da ciò, che quanto di prezioso venne raggiunto da un popolo quand'anco questi sparisse dal teatro del mondo, non va mai perduto; ma passa ad altre genti che camminano nelle vie della civiltà, come un retaggio non già produttivo ma vivificatore d'altre scoperte ed invenzioni. Col succedersi delle età storiche un simile processo unificatore si fe' sempre più ricco ed esteso. I popoli moderni mercè lo spirito del Cristianesimo che abbraccia l'umanità tutta, giunsero ad avere senso ed amore per tutto ciò che avvi d'umano, qualunque siasi il modo ed il sito in cui ebbe origine; e però a tempi nostri veggiamo lo spettacolo dello spirituale risorgimento delle genti tutte tenere di civiltà nonchè del riunirsi di ogni buono elemento; e per scendere ad un particolare, viene, non altrimenti che prima accadde della letteratura greca e romana, accolta anche l'orientale ed anzi va sempre più facendosi importante ed influente sulla nostra coltura. Arrogasi essersi i popoli meglio illuminati mostrati ognor più pronti nello appropriarsi stranieri fattori, dal che però ne viene sommo pericolo che per troppa vaghezza di assimilazione lascino riposare o cadere in letargo la loro forza creatrice. Nel processo di appropriazione de' più utili elementi della vita, ai quali appartiene il diritto, si possono distinguere due epoche, alle quali è mestieri tenga dietro una terza ed ultima più elevata. Nel primo cielo l'elemento straniero di civiltà viene accolto pressochè del tutto *esteriormente* con un metodo quasi esclusivamente riproduttivo e meccanico, e congiunto al nazionale per *sovrapposizione*. Ma la reciproca azione tra i diversi fattori della vita non può rimanersene a lungo celata. Il principio straniero, abbracciato in origine come un beneficio, però che rispondesse ad un bisogno immediato ovvero ad una nuova tendenza spirituale, come in seguito si va svolgendo, lo si ravvisa nella sua differenza e contrapposizione all'elemento indigeno, ond'è facile ne scenda una lotta di partiti fra i fautori della cosa straniera e della nazionale. Tuttavia è forza convincerne, non venire l'elemento estero accolto per nulla come tale solo esternamente, ma dover esso subire una modificazione per l'energia del popolo, quand'anche codesto non si compia con chiara coscienza, riescendo mercè una riforma acconcio ai rapporti na-

zionali; nè potere altrimenti acquistare la sua vera autorità se non sotto tal novella sembianza. Oltre a ciò s'avverta raggiungersi un progresso più elevato adoprando perchè lo spirito scientifico nazionale, rafforzato dalla trattazione del fatto e proprio e straniero nonchè dalla indagine della loro differenza del loro carattere vicendevolmente sussidiandosi, concilii — appoggiato agli elementi chiaramente conosciuti — anche esteriormente i contrapposti mercè una nuova creazione, e collo schiudere allo sviluppo popolare una più agevole via.

Queste tre epoche che possono riscontrarsi in tutte le sfere essenziali della vita, nella filosofia, scienza, arte e letteratura, epoche nelle quali hanno luogo le unioni tra i vari elementi di civiltà dei popoli, offrono anco più chiaramente nello sviluppo del diritto e dello stato, e specialmente negli ultimi tempi ove emersero nello svolgersi del diritto romano e germanico. Il diritto romano il cui risorgimento verso la fine del medio evo si collega intimamente colla nuova tendenza spirituale allora manifestatasi nella filosofia e poscia nel movimento religioso, recò sommo giovamento nei giuridici rapporti alla *personalità* subbiettiva ed alla *libertà*, e venne prontamente accolto nel regno germanico, quantunque per più secoli soltanto esteriormente lo si studiasse, acconciandolo con modificazioni esterne alle relazioni indigene (*usus modernus pandectarum*). Soltanto nell'epoca moderna a motivo delle storiche indagini s'ebbe ad approfondire decisamente il diritto romano ed il tedesco, tanto nella essenza che nelle istituzioni loro, studiandosi eziandio esse due manifestazioni giuridiche nelle loro *contrapposizioni*, per il che partesi la scuola storica stessa per molti aspetti, in romana e giuridica. Del resto siffatti contrasti non lasciarsi per nulla eliminare, ma bensì condurre a dei concetti fondamentali veramente filosofici storici, che servono di base ad entrambi i sistemi di diritto, e finalmente giugnesi a conciliarli del tutto in una idea elevata che abbracci il lato *giuridico* e *filosofico*, lo *storico* e quello immediatamente *pratico* della scienza del diritto, mercè una nuova *codificazione*. Ma il genio popolare soltanto allora ha compiuta la sua missione nello assimilare gli elementi di civiltà stranieri, lorchè essi per nulla più accennano alla loro origine, nè contrappongonsi all' indole nazionale; ma quando mercè l'energia (la si dovesse pure ad estera influenza) dello spirito scientifico ed indigeno, trovansi talmente armoneggiati al carattere del paese, da formare con questo un'unione veramente superiore e formalmente sanzionata tanto nel diritto che nella legislazione. In cotal modo serbasi per tradizione per accoglimento e tradizione la continuità nello sviluppo popolare, senza che per questo s'attribuisca ad una gente e ad un'epoca il diritto di signoreggiare pel fattore di civiltà da essa elaborato, altri popoli ed altre età per sempre (1).

(1) Savigny sist. ecc. vol. 3. p. 337, dice: « Impossibile che noi accordiamo ad una qualche epoca il potere di padroneggiare tutti gli altri tempi futuri

CAPITOLO II.

IDEA DEL DIRITTO E DELLO STATO CONSIDERATA IN SÈ STESSA, SECONDO L'INTERNO SVILUPPO STORICO.

§ 1. Osservazione preliminare.

Le precedenti teorie filosofiche astratte del diritto, e la veduta della scuola storica trovansi circa la nozione giuridica in un contrasto che accenna esservi una essenziale mancanza di questa in entrambi le dottrine. Le prime a motivo del principio meramente formale a cui vorrebbero acconciati tutti i popoli e tutti i tempi, non valgono ad afferrare il vivo sviluppo di diritti e di stato in conformità alla natura, ne possono acconsentire ad ogni grado di civiltà il dovuto diritto. Tuttavia mentre si fatte speculazioni non penetrano nella vita reale, nella storia, e che perciò le furono da questa e dalla vita molte volte sbandite; dal suo lato la scuola storica non arriva a verun concetto del diritto, espone bensì esternamente alcuni importanti momenti dello svolgimento storico giuridico, ma ci lascia completamente al buio sull'intimo principale momento della vita, sulla direzione e meta di tale energia, offrendo solo anche in ciò una prova novella che la storia non si rischiera di per se sola, e che alla chiara conoscenza dei principii umanitari conviene si indaghino i moventi della vita. Ond'è che nell'epoca moderna si avvicinasse questa scuola alla filosofia, come dall'altro lato si facesse sentire il bisogno di porre un freno storico alla speculazione. La superiore conciliazione non venne tuttavia peranco porta dalla scienza. Però la teorica giuridica per noi fondata, mostrasi più che niun'altra atta ad aquetare la filosofica esigenza di un principio ideale, e le pretese storiche, avvegnachè

per mezzo della coscienza di diritto che ad essa è propria. — Lo stesso principio varrà certamente anche pel diritto creato dal popolo romano circa la supremazia che può esercitare in riguardo ad altre genti, principio cui la scuola storica sconosce. Del resto lo stesso Savigny altrove declinò un falso concetto della scuola storica nel seguente passo: « Si travisa e sconosce completamente il concetto storico del diritto, se credesi insegnare quello che la civiltà giuridica formata dal passato, venga elevata a precetto supremo a cui spetta l'immutabile dominio sul presente e sul futuro. Chè invece l'essenza di essa dottrina è riposta in un'uniforme riconoscimento del valore e della indipendenza d'ogni epoca, non insistendo se non sulla necessità di studiare ed ammettere il nesso vivo che unisce il presente al passato, poichè senza una tal cognizione, noi nello stato giuridico presente non conosciamo dell'attualità che l'apparenza esterna senza comprenderne l'intima natura. » Accordasi con tal veduta anco la vera teoria filosofica, ma questa rammenta ad un tempo, doversi investigare l'interna natura del diritto, non solo movendo da principii storici, ma anco per mezzo di concetti giuridici filosofici.

essa assuma il fattore vivente storico per un momento integrale del completo concetto del diritto. E ciò perchè sendo questo ordine realizzabile dalla umana libertà, ossia un regolo di tutti gli umani rapporti del vivere in armonia alle vicendevoli loro condizioni, trovasi essere un principio generale stabilito per mezzo della vita istessa. Siccome poi la vita, quantunque una nel suo fondamento e forza, si perfeziona continuamente secondo leggi immutabili, così anch'esso il principio giuridico svolgesi ognor più completamente nella storia, in guisa che non manchi mai del tutto in qualsivoglia epoca e società, ma acquisti varietà e ricchezza secondo i rapporti della vita, riflettendo l'intera tendenza di un popolo. La nozione del diritto è in base al concetto derivato dalla idea dell'umanità, un elemento essenziale del vivere e del progresso, e condiziona tutti i vitali rapporti che al proprio perfezionamento, richiedono alla lor volta la perenne coltura giuridica.

§ 2. Origine del diritto (1).

L'origine del diritto nella storia convien sia rischiarata dal concetto vitale di esso diritto istesso. Secondo la scuola storica, la genesi giuri-

(1) Vennè non è molto da G. Lenz. « sull'origine storica del diritto » Lipsia 1854, pubblicata un'opera che contiene parecchie osservazioni ragguardevoli, scritta però con eccessiva stima di se stesso, nella qual'opera egli movendo dalle vedute cardinali di Hegel ed aprendo una veemente polemica contro la scuola storica, quantunque a questa esso pure appartenga, si sforza a propugnare un'opinione dalla quale quella scuola per giusto convincimento sempre più s'allontana. Lenz vorrebbe provare che il diritto sendo qualche cosa d'astratto, non potea nascere se non presso un popolo, il quale come il Romano, non era già uno, ma un'amalgama di tutte le genti; e che il *diritto romano* sia un diritto assoluto, atto a porgere all'età nostra sufficiente materia e forma ad una spontanea elaborazione di un diritto mondiale. E prosegue adoprandosi a rivendicare a quella manifestazione giuridica una sì grande importanza, dicendo essere dessa il « *diritto della libertà, la libertà istessa* » nè sapere i liberali che si vogliano quando da tale diritto si dilungano. Lenz non stabilì veramente se non il principio già dimostrato da Ihering nel diritto romano, cioè quello della *sùbiettività, personalità, libertà* com'anco dell'egoismo, come massima assoluta, ma nient'altro fece emergere avvegnachè nulla ei comprendesse della essenza sempre relativa del diritto, o dell'intimo nesso di questo colla morale e con tutti i rapporti della vita riposti nel costume e per la moralità perfezionantisi, ai quali è mestieri si riferisca ognora il diritto. Simultaneamente l'opera di Lenz ne addita fin dove può giugnere, quando si neglimenti, qualsivoglia profonda investigazione filosofica giuridica, lo studio del diritto romano spinto oltre i giusti confini. Ne ci sarà di sorpresa, se Lenz (il quale può bensì apporre taccia di esagerazione alla scuola romano-storica, ma non opporre alcuna fondata confutazione) col suo scritto dedicato « alla gioventù giurista alemanna » a motivo della decadenza d'ogni studio radicale e *metodico* della filosofia, incontrasse del favore e cooperasse di molto a stornare le giovani

dica non altrimenti di tutti i cominciamenti dell'umana civiltà, e specialmente del nascere della lingua colla quale il diritto ha di molta rassomiglianza, perdersi in tenebre (1) difficilmente dissipabili; e solo lo

menti da tutti i più elevati concetti del diritto. — Intorno ai pregi ed alle pecche del dir. rom. vedi innanzi il giudizio sovresso diritto, alla fine della storia giuridica.

(1) Per dire il vero l'oscurità di che la scuola storica credette involte le origini giuridiche, non la è se non quella che essa ritrova nel proprio concepimento della idea del diritto. Colle frasi *spirito del popolo*, *coscienza del popolo*, e *convincimento popolare* e simili predilette parole, nè rischiarasi l'essenza del diritto, nè la si rende intelligibile. Delle quali espressioni molto abusava la scuola storica, illudendosi in guisa da credersi creatrice di una dottrina giuridica più sublime e meglio approfondita, che non producesse la scuola di Hegel colla sua teorica di concepimento e coscienza. Del resto mentre quella scuola adoprò mediante lo sviluppo de' concetti, di porre almeno nella coscienza un contenuto ossia materia essenziale, troppo leggermente andò contenta del vaporoso concetto di coscienza popolare, avvegnachè in se stessa non possa questa offrire alcun saldo criterio del vero, del buono e del giusto. Ma appunto per essersi dato troppo valore a questo elemento di coscienza, a questo fattore subbiettivo del diritto, avvenne che Puchta cui agitava un gagliardo bisogno di trovare più profonde basi filosofiche alla scienza nostra, ritornasse quasi del tutto al punto di veduta subbiettivo della teoria del volere; nel che però, sia nel porre i relativi principi che nello svilupparli, rimase addietro di molto ai predecessori suoi Kant, Fichte ed ai più cospicui loro seguaci. Ed in vero, nella enciclopedia che trovasi nel primo volume del di lui corso d'istituzioni, vien porta una teoria che non esce per nulla da alcune generalità, e che però ne lascia all'oscuro sul concetto, origine e progresso del diritto. Puchta in quell'opera fu schiavo del pregiudizio pel quale si fa poco conto della « ragione »; e la sua dottrina della libertà e del volere non risponde tampoco alle esigenze che la ragione eleva nel riguardare materiale e formale. Le più rimarchevoli sentenze di tal scrittore sono le seguenti: « Il concetto fondamentale del diritto si è la libertà. » Da ciò (?) deduce non potersi giugnere dal concetto della ragione al diritto. — Per la libertà l'uomo è il soggetto del diritto. « La sua libertà è il fondamento del diritto, tutti i rapporti giuridici sono una di lei emanazione. Il diritto è la conferma della libertà che è propria a tutti gli uomini ugualmente, quali soggetti della forza del volere. Esso riceve la materia sua, ovvero il contenuto dalla tendenza dell'uomo di riferire a se stesso quanto ritrovasi fuori di lui; la missione del diritto però è riposta nello applicare ai rapporti nascenti da tale tendenza, il principio della uguaglianza. » — Più innanzi ov'è discorso dell'origine del diritto, al Cap. II leggiamo: « la sussistenza del diritto determina ed ordina le relazioni umane, appoggia sulla coscienza che gli uomini hanno della libertà giuridica. Questi ricevono una siffatta coscienza da Dio, sendo il diritto un'ordine divino, che viene intuito dalla nostra coscienza. » — Il diritto giugne alla coscienza quando pel mezzo sovranaturale della rivelazione, quando pel veicolo naturale di un senso e tendenza inerente allo spirito umano. Per noi non devesi qui ammettere se non questa origine naturale del diritto, nella quale il vero autore si cela (?), e permette appaia il diritto quale creazione dello spirito nostro, non solo, ma che divenga per ulteriore sviluppo e per-

spirito del popolo penetrante negli individui, quantunque questi non avvertano l'opera propria, deve in generale aversi per la fonte primitiva della lingua, del costume e del diritto.

Ma per quanto sia giovevole il sapere che il diritto, qual parte e funzione della vita popolare, si congiunge organicamente con tutte le altre manifestazioni e forze del vivere, e che ha una fonte comune nello spirito, nel carattere e nell'intera tendenza di un popolo; tuttavia con questo non si viene contrassegnando se non l'origine *subbiettiva* ed anzi soltanto *in generale*. Ed in vero in quella concezione non s'avverte manco — il che è pure di somma importanza — la tendenza speciale o il sentimento che è il più vicino movente alla creazione del diritto, com'ebbero a ravvisarlo per tale altre teoriche nell'istinto di associazione (Grozio) o in quello che tiene il mezzo tra l'egoismo e la benevolenza (Warnkönig). Però questa spiegazione soltanto subbiettiva della origine del diritto è insufficiente, sendo mestieri venga cercata essa genesi anco obbiettivamente negli stessi rapporti della vita come questa li va determinando. Ma pel suo carattere prevalentemente obbiettivo non è il diritto nel suo cominciare cinto da tenebre sì misteriose come sostiene la scuola storica. Altri primordi della umana civiltà aventi un carattere più intimo, come sarebbe a dire della religione, scienza, belle arti e lingua, non ricevono spiegazioni se non dalle più profonde aspirazioni della vita spirituale; ma il principiare del diritto, secondo la di lui stessa natura, si lascia indagare e conoscerè anche esternamente. Ovunque trovinsi collegati degli uomini, sia nella famiglia che si è il primo grado della società, ovvero nelle unioni ulteriori ben'anco meno intime, come avviene presso i nomadi negri; lo spirito umano manifestantesi anche nella tendenza ragionevole, sentirà sempre il bisogno di stabilire per la convivenza, comunque sia questa formata, alcune precise *condizioni* le quali abbraccino i membri in rispondenza allo scopo del vincolo sociale, e che sieno diverse secondo viene questo fine concepito ed attuato più o meno moralmente. Per il che qualsivoglia convivere dipende da condizione, cui è mestiere l'adempire anche nelle cose non assolutamente ne-

fezionamento una vera produzione dell'uomo e non già un semplice fenomeno. — Per il che Puchta tentò una doppia spiegazione dell'origine del diritto; ma nè la libertà disgiunta dalla ragione può esserne una, nè la coscienza derivata da Dio offrire l'altro scioglimento. Chè senza una profonda investigazione della essenza de' *rapporti della vita* che formansi per vero nell'atmosfera della libertà, e vengono prodotti con coscienza più o meno chiara sotto l'impulso di varii stimoli — sempre però in vista di scopi ragionevoli —; senza una tale indagine non è dato comprendere il diritto nè nella sua idea; nè nel suo sviluppo. Così la scuola storica per mezzo dei suoi più spettabili rappresentanti che si distinsero di molto nel diritto positivo per acume d'ingegno, prova come nella ricerca della essenza del diritto, si richiegga una filosofia giuridica più profonda, che non sia quella appagantesi di alcune generali riflessioni appartenenti alla subbiettività.

cessarie, se non vuolsi sciolta la consorteria. In cotal guisa in famiglie primitive vengono le condizioni della unione, secondo il modo morale con cui la si concepisce, soddisfatte mercè l'educazione spirituale e fisica, pel vicendevole sussidio, e per la comune subordinazione sotto una stessa norma e potere. Ed ivi la posizione d'ogni membro, quanto ha desso da fare o tralasciare, si manifesta come una condizione variamente determinabile a misura dell'essere più o meno moralmente concepita la natura di questa comunione. Ma fin anco i popoli nomadi, cacciatori e pastori sono stretti a stabilire i modi onde attuare la caccia ed il pascolo in comunella. Impertanto secondo gli scopi della vita e la guisa in cui vengono concepiti, si avranno ad ordinare le condizioni, e queste formeranno ovunque il lato giuridico del vincolo etico degli uomini che trovasi determinato da un fine.

Siccome la famiglia qual legame primitivo, riunisce in se e sommamente avvicina tutti gli scopi della vita, ed è eziandio fonte di tutte le ulteriori conformazioni sociali, così trova il diritto la sua storica origine in quella comunione, per il che il primo diritto si è *quello di famiglia*. A misura poi che gli uomini dilatansi in *stirpe*, e stringonsi a vivere insieme in un luogo, sia questo una sede stabile, oppure continuamente cangiato per nomade costume, anch'esso il diritto si va maggiormente estendendo, e prende un colore tolto a tutte le differenze e rapporti della vita. Il perchè la genesi del diritto si manifesta obbiettivamente in armonia al concetto suo, ed offresi in tutta chiarezza e semplicità, malgrado i motivi ovvero le tendenze, nelle quali riflettonsi gli scopi e per cui costituisconsi le condizioni del vivere, possano cangiare a misura della svariata indole degli individui. Si le tendenze dell'associazione, amore, benevolenza, mutuo soccorso, com'anco quelle dell'egoismo, dello spirito di dominio, nonchè il bisogno di espropriare ad un qualche intento, per quanto è possibile, i membri tutti della riunione, col mezzo di un potere fisico o morale, possono servire di impulsi subbiettivi a formulare il diritto non solo, ma anco a modificare in mille modi gli stessi rapporti giuridici; ma il diritto da loro non nasce, nè può ad essi venir misurato. Però che il diritto trovi il proprio metro e regolo non già in sè stesso, ma bensì negli scopi etici fondati nella natura ragionevole e sensitiva dell'uomo, ne seguirà che *esso nel progredire storico e svilupparsi* debba battere lo stesso cammino, e passare per le uguali epoche e fasi, cui attraversa lo *sviluppo etico complessivo dell'uomo e dei popoli*. La diversità delle istituzioni giuridiche delle schiatte e dei popoli fonda nel vario grado di civiltà loro, nonchè nella principale etica tendenza della vita, determinata dall'indole speciale della stirpe. Nella stessa guisa che suole la volontà dell'uomo essere determinata dalla coltura e carattere a lui proprio, così anco l'energia volitiva de' membri di una comunione dipende da' rapporti giuridici fissati da consuetudini, contratti e leggi, nonchè dalle vedute morali della vita che essi si hanno. Che se in uno studio di civiltà, o presso un popolo, come fu il caso del romano, si acconsentisse nella

sfera del diritto privato il più vasto campo possibile di libera azione alla volontà personale dell'individuo e della massa, in tale arbitrio stesso manifestarassi lo stato del morale incivilimento. Ma allor che trattasi di regolare per leggi i generali rapporti, deve il legislatore, sia desso una persona fisica o morale, tener conto del volere della civiltà e di tutte le costumanze del popolo, intendendo sempre ad un supremo scopo di incivilimento, se pur non vuole che l'opera sua sparisca innanzi alla moralità, e se non brama aprir l'adito alla decadenza morale del popolo.

§ 3. Sviluppo progressivo del diritto in tre periodi principali.

Non altrimenti che fecesi dell'origine, conviene porgere una spiegazione dedotta dalla natura del diritto, del come questo ulteriormente sviluppasse insieme alle leggi generali di civiltà.

Svolgesi il diritto, come avvien di qualsiasi sviluppo, a seconda delle leggi fondamentali sovr'accennate di unità, di contrapposizione e di sintesi armonica, in tre rispondenti *periodi principali*.

I. PRIMO PERIODO PRINCIPALE DELLO SVILUPPO DEL DIRITTO.

Nella prima sua fase manifestossi il diritto in intima *unione* con tutti gli altri elementi essenziali della vita, per quanto essi si lasciano afferrare, ed i due suoi fattori, l'obbiettivo ed il subbiiettivo, non sono dalla coscienza distinti e sviluppati nella lor vicendevole opposizione. Però il punto supremo nel quale tutta la vita dell'uomo s'accoglie viene offerto dalla religione, la congiunzione con Dio sentita nell'animo. Ora siccome il principio della vita e dello sviluppo umano non è possibile si intenda se non per Dio e mercè la forza divina insita ed operosa nell'umanità, quand'anco questa non ne abbia sentore, avvegnachè ad ogni contraria ipotesi ammettente il gradato sollevarsi degli uomini e de'popoli da uno stato rozzo e quasi brutale, occorran insormontabili difficoltà fisiologiche e storiche; così mercè la prima rivelazione di che fu divinamente rischiarata la intelligenza, eccitato il sentimento e la volontà, anch'essa la interna tendenza e senso del diritto si fa attiva sotto l'influenza di tutta l'intima aspirazione della vita e di quella dei rapporti esterni di natura. Per il che le relazioni della vita vengono regolate tra i membri e le riunioni delle famiglie e fra le stirpe, a tenore dei dettami dell'animo e specialmente secondo il modo nel quale si considera la vita in relazione a Dio. L'impulso subbiiettivo che viene dall'animo, dovrà manifestarsi tuttavia incorrotto nel sentimento della parentela, nell'amore e nella benevolenza; e lo stesso precetto giuridico pel quale vengono ordinati i rapporti dei genitori e dei figli, dei coniugi e fratelli, nonchè quelli di stirpe, viene considerato — anco anteriormente all'opera coscienzosa del volere — in modo obbiettivo, come una rivelazione od ispirazione divina, per un vincolo superno strigente la vita degli individui, che nel collegare tutti

i membri fonda ad un tempo i doveri di ciascuno. Ma in questo primo periodo dei primordi della vita e d'ogni elemento di progresso, nella diversità di tendenze degli animi, delle famiglie e stirpi — sia che lascinsi, o no, derivare da un ceppo comune —, vengono posti anche i primi germi delle differenze giuridiche di che regolansi i rapporti della vita tra i membri della comunità, essendochè le situazioni dei coniugi, dei figli e dei consanguinei sieno più o meno svariatemente concepite e giuridicamente ordinate. Tutto questo primo periodo, determinato dal predominante principio *d' unione*, come quello che ne presentava *il vivere di famiglia patriarcale*, non è possibile studiarlo in conformità alle leggi generali della vita se non in alcune linee fondamentali, però che non sia compreso nella storia legittimata dalla critica, nè di esso abbiamo che poche tracce nelle più remote *tradizioni* (1)

II. SECONDO PERIODO PRINCIPALE DELLO SVILUPPO DEL DIRITTO.

Il secondo periodo principale dello svolgersi del diritto e dello stato, coincide colla grand'epoca dello sviluppo dell'umanità, ove per cause spirituali e fisiche (cui ci è impossibile l'esporre storicamente, ma che convien pure credere sieno in armonia colle tradizioni religiose, se pur vogliansi spiegare ragionevolmente le ulteriori conseguenze) venne *sciolta* la comunione intima di vita con Dio, colla natura e cogli uomini, comunione che era un vincolo necessario ed una tutela della vita umana come ritrovavasi nell'infanzia; e manifestò *in se stessa* l'umanità una tendenza predominante, nella quale al sentimento d'indipendenza, si congiunse uno spirito d'egoismo che si fe' a reggere ogni rapporto. Un simile egoismo qualsiasi il nome che gli si ereda addatto, s'è fatto la tendenza che signoreggia nella vita e nella storia umana. Esso stornò da prima sempre maggiormente l'animo umano dal divino, dall'infinito ed eterno, volgendolo al finito, temporale e sensibile; l'ente primitivo ed unico fece sparire nella varietà delle cose, ed in suo luogo pose l'apparenze percepite dai sensi; considerò con astrazione del loro nesso supremo le speciali forze del mondo e della natura, le quali non sono se non la rivelazione della forza divina, e le tenne per sussistenti di per se stesse non solo, ma ebbe finalmente in conto di esseri divini. Ma quando venne meno

(1) Intorno a ciò avvi qualche cosa di più dettagliato nella susseguente storia di diritto orientale. Ma giova avvertire essere un errore di pressochè tutte le nuove esposizioni filosofiche storiche, venute dalla scuola di Schelling e di Hegel, di porre il *principio dell'unione* di tutte le sfere della vita, fra i popoli storici d'oriente, laddove questi figurano già nel secondo periodo principale dello sviluppo indipendente e contrapposto, ed in tal seconda fase apparirebbero pure quand'anche si concepisse l'unità del primo periodo siccome una catena esterna riunente a forza tutti i rapporti della vita, spirituali, religiosi, morali e giuridici politici, catena che venne infranta in una seconda epoca del secondo periodo, in Grecia ed a Roma.

la credenza nell'unione mondiale e della vita, che non può intendersi se non in Dio, e come dominò il politeismo, anch'esso il sentimento dell'unità della vita e della comunione ebbe a languire o, per dir meglio, a spegnersi negli uomini; però che a misura che si sconosce l'unità suprema che sta sopra di noi, più non ravvisasi nemmeno l'unione o fratellanza degli uomini. In questo periodo manifestasi l'egoismo nel suo nascere e progredire per i seguenti importanti fatti.

Con ogni evidenza si fa palese da prima la scissura e la *separazione delle stirpi* che abbandonano le prische sedi. Esse serbano una comune credenza religiosa la quale però non vivificata dai rapporti onde trasse l'origine, mantiensì nella memoria e passa nella tradizione siccome un ricordo, innamorando di se alcuni animi contemplativi, ma in generale languendo sempre più in forme esterne e periture. Le schiatte come si dividono e diffondonsi conservano e costume e lingua, che vengono però modificati in armonia all'interno carattere di ciascuna generazione, ed all'influenza della natura, influenza che è tanto più efficace quanto maggiore è la debolezza spirituale delle genti che la subiscono. E ritengono anche comuni istituzioni giuridiche, le quali però come quelle alla cui formazione è fattore essenziale la volontà, cangiano rapidamente, avvegnachè l'egoismo le uniformi a propri scopi, quand'anco tragga vantaggio dalla forma religiosa, e lasci sempre sussistere un vincolo obbiettivo tra il diritto e la religione.

Da un tal momento continuano le stirpi de' popoli a separarsi tra di esse, e a riscontrarsi poscia in varie guise, per lo più ostili, ciascuna seguendo l'interna prepotente vocazione in una direzione unilaterale ed egoista, senza curare per nulla le altre aspirazioni e forze della vita umana. Così offronsi nella storia vari popoli promotori di civiltà, Alcuni come gli *Indiani* mantengono il *primitivo nesso originario* di tutte le tendenze della vita umana, incarnandolo in un'organismo di immobili caste, sottoposte al potere tradizionale della religione, caste del resto formanti una fredda *istituzione* solò *esteriormente coattiva*. Altri che accconciano tutti gli ordinamenti di Stato sul più antico *tipo della vita* di famiglia, come i *Chinesi*. Popoli agitati da un gagliardo interno bisogno di moto, i quali malgrado si trovassero vivere in varie rozzelotte, si fanno mediatori fra gli abitanti d'Asia, d'Africa e d'Europa, come è a dirsi degli *Assiri*, dei *Medi* e dei *Persiani*. Genti, gli antichi *Egizii*, che presentando in Africa una fisionomia del tutto opposta a quella degli Indiani, sotto l'influenza di una religione reale di natura, fondano copiosi ordinamenti della vita nella saggia amministrazione di stato. Indi veggiamo un popolo l'*Ebreo*, povero di doti spirituali, tenacemente ubbidire alla missione di sostenere la fede in un *sol Dio*, e nella *immediata provvidenza divina* nella vita ecc., fede la quale siccome raggio di luce suprema attraversò la storia delle religioni. Altre genti conciliano i vicendevoli rapporti dei negozi nelle umili sfere materiali, apportando però pel commercio la civiltà ad altri come fecero i *Fenicii* ed i *Cartaginesi*. Finalmente

l'incivilimento progredisce e si sparge mercè de' popoli che emigrando in Europa traggono seco dall'Asia le elevate aspirazioni proprie alle stirpi urali (indo-europee), nonchè alcune credenze fondamentali, popoli i quali pongonsi indi a contatto coll'incivilimento egiziano, e però nelle lor nuove sedi scioglonsi da pristini vincoli orientali inceppanti in varie guise. L'umana libertà, riformano in tutte le sfere della vita le convenzioni originarie, ed iniziano un movimento sempre più libero. Così adoprasi il *popolo greco* a sviluppare liberamente quanto d'umano. L'India e l'Egitto ebbero organato in modo esteriore, per mezzo di caste e gerarchie. E da ultimo il *popolo romano*, nel quale la coscienza della propria esistenza, del proprio potere e volontà si rende perfettamente operosa nella formazione del diritto e dello stato, abbraccia e considera la stessa vita di diritto e di stato come fondata dal valore del popolo, la separa sempre più dai principii obbiettivi e morali, e per questo le prepara anche una sicura soluzione.

Col popolo romano fu forza si chiudesse quest'epoca storica, avvegna- chè l'umana libera determinazione dopo aver spezzata ogni catena ed esser giunta ad un potere illimitato, anche pel soggiogamento di presso che tutte le altre genti, dovette come quella che non era di verun etico valore, cadere esausta nel proprio vuoto. Solo dallo schiudersi della fonte divina della vita pel cristianesimo, venne messo un argine alla rovina; e mercè la propagazione della fede in un solo Dio vivente ed in un'ordine del mondo supremo e morale, cominciò per l'umanità un'epoca novella.

Nell'antichità prima del cristianesimo, prende quindi lo sviluppo del diritto e dello stato una direzione tracciata dal carattere del popolo, dalla missione che questo per mezzo della storia conobbe avere, nonchè dalla prevalenza di alcune facoltà, tendenze e passioni spirituali. Il diritto riceve a tenore della natura di ciascuna gente un'impronta più severa o più mite, dalla quale tuttavia traspare sempre sotto una qualche forma l'egoismo. Questo sulle prime gitta la base all'ordine di famiglia, perchè ivi veggiamo respinto il sesso più debole fuori dalla cerchia dell'uguaglianza e stretto ad un vincolo di subordinazione, indi originando la *poligamia*, poscia anche la relazione di genitori o piuttosto la paterna, assume l'aspetto esclusivo del rapporto di *potere*. Subito dopo veggiamo l'egoismo e lo spirito di dominio animare le famiglie e le generazioni d'una stessa stirpe, però che parte di esse tentino di attribuire ad una famiglia perennemente la superiorità che si ebbe per caso uno de' antenati di questa; oppure manifestasi tal brama di impero nelle schiatte maggiori in quanto adoprano a sommettersi le altre. L'avidità di imperare regola quindi nel seno di una stirpe ovvero nella riunione di schiatte, le condizioni della convivenza conformandosi a vedute egoiste, ed in siffatti ordini possono incontrarsi tutte le forme del sistema politico e civile violato. La stessa sete di comando rivela nell'interno sviluppo di ciascun popolo anco in questo, che le sfere della vita congiunte da

prima in unione suprema, sempre più disgiungonsi e vengono considerate in un modo assoluto, vale a dire *isolatamente*. Per il che affievolisce il vincolo collegante le sfere spirituali, religione, scienza ed arte, a motivo che il libero esame cerca districare dalla tradizione; quindi ancora la vita del diritto e dello stato la si tiene in maggiore indipendenza. Una casta guerresca, da cui per costume esce il dominatore della nazione, succede a quelle sacerdotali; anch'esso il diritto va sciogliendosi dalle norme e forme religiose, e finalmente esso e lo stato segregansi da qualsivoglia principio di vita obbiettivo divino, e tengonsi del tutto dipendenti dal *volere complessivo* o degli *individui*. Con ciò si esprime lo scopo finale di questa egoista tendenza, la quale ebbe a dominare a Roma, ma che era mestieri si spegnesse a motivo dell'essere internamente vuota. Per il che il mondo pagano offre lo spettacolo di una continuata emancipazione degli uomini, delle stirpi, dei popoli e di tutte le sfere umane della vita; ne mostra il prosciogliersi di tutti i superiori legami divini; e ne presenta l'egoismo che guida gli uomini nelle vie dell'illimitato ed individuale amore di se stessi, finché per tal guisa li conduce a perdizione. È ben vero che per le vedute giuridiche romane, ebbe ad essere lumeggiato e riconosciuto un'importante principio della vita, quello della propria determinazione ossia spontaneo volere, nonchè della civile e personale libertà; ma perchè studiato solo sotto un aspetto, a motivo dell'essersi sconosciuto l'ordine morale del mondo, ordine sovrastante all'umano arbitrio, ed al quale convien si sottoponga la libertà se pure ha vaghezza di recar giovamento, non poté esso che accelerare il tramonto della vita romana.

III. TERZO PERIODO. PRINCIPALE DELLO SVILUPPO DEL DIRITTO.

Epoca Cristiana.

Perchè l'umanità risorgesse e fosse salva del tutto, le era necessario un divino sussidio. Per la venuta di *Cristo* l'umanità caduta nell'egoismo si volse a Dio siccome a fonte suprema della vita, e cominciò a tracciare ordinamenti elevati e morali. Ma il cristianesimo non era per nulla il ritorno al passato, nè riponea il principio unilaterale ed esclusivo di obbiettività predominante nel primo periodo: esso rappresentò piuttosto la conciliazione tanto tra l'uomo e Dio; quanto fra l'inalterabile ordine divino e la libera volontà umana. Rivelando quella religione l'unità di Dio, pone con ciò come corollario l'unità della umanità, lumeggiando un tal vero nella *storia*, mostrando in questa una provvidenza divina siccome guida superiore del vivere, e però pone in vicendevole relazione i tempi ed i popoli. Il cristianesimo sorto in oriente e diffuso in occidente, esprime la superiore unione storica dello spirito orientale tendente allo infinito e divino, con quello occidentale vagheggiante la libertà; e di tal guisa rannodando gli elementi di civiltà di quelle due

parti del globo, esso viene collegando fra loro tutte le genti. Nel suo storico rapporto attraversò di molte epoche, dal carattere delle quali riceve determinazione nel tempo cristiano lo svolgersi del diritto e dello stato. Queste età che pur contengono tutte nel tempo cristiano, assumono sembianze diverse, e si lasciano contrassegnare come epoca dell' *unione del contrapposto* (in due tendenze temporanee successive,) ed in quella ancor futura della *suprema conciliazione ed armonia*,

La prima epoca del cristianesimo abbracciante principalmente il tempo dei padri della chiesa, è caratterizzata dalla credenza accolta in tutti gli animi, del ricongiungimento con Dio. Essa la è l'età nella quale l'intera vita umana e tutte le sue manifestazioni vengono vivificate dalla novella forza divina della vita. Ivi si accenna come base d'ogni cosa ad un elemento ancor mancante, alla rigenerazione dello spirito, all'infrenamento del senso (*μετανοησις*), al ricetto del divino nell'animo dell'uomo, alla tendenza morale della volontà. L'uomo con tutte le sue forze convien rivolgasi a Dio e al divino. Per l'opera di infinito amore, ebbe l'umanità ad essere salva dalla completa perdizione; ed il nuovo vincolo della vita e dell'amore stretto con Dio, dovette unire tutti gli uomini come fratelli, come figli del medesimo padre. Con tale spirito religioso e morale, si venne ne' primi tempi ricostruendo il nuovo edificio nella dottrina e nella vita.

Per quanto si rapporta al diritto ed allo stato, le vedute dell'antichità vennero tosto cangiate sin nei loro principii. Avendo il cristianesimo imposto alla vita uno scopo più sublime, conveniva si regolassero in armonia a questo le condizioni nel diritto privato, di stato e delle genti. Diritto e giudizio non sono più il prodotto dell'arbitrio subbieltivo, ma invece un principio derivante da Dio, e tale da signoreggiare la vita dell'uomo e da dirigerne l'esistenza in questo mondo colla luce del soprassensibile. Anch'esso il diritto però era mestieri fosse penetrato dallo spirito cristiano dell'amore, della misericordia, della beneficenza e provvidenza, e prendesse la propria materia o contenuto per mezzo di queste morali virtù. Venne il cristianesimo a soccorrere della sua energia salutare la società fiacca ed inferma. Il nuovo principio religioso della provvidenza assunse fra gli uomini il carattere di una forza di aiuto e salvezza, nonchè di provvidenza per tutti i poveri di spirito ed ammalati di corpo; ed organizzò innanzi ogni cosa una pietosa cura di beneficenza, cui l'antichità non conobbe in verun modo, avvegnachè dessa nel suo egoismo non si avesse manco il concetto del sacrificio, della illimitata rassegnazione e annegazione. Nella stessa guisa che l'uomo considera il rapporto che passa tra esso e Dio, determina pure il proprio contegno verso gli altri. Convien l'amore si sollevi a Dio perchè ritorni come beneficio agli uomini. E la nuova fede si fu appunto quella che distrusse l'egoismo, che dapprima tiranneggiava tutti i rapporti giuridici.

Continuò di certo il diritto romano ad essere la precipua e più vicina fonte al *diritto civile*, ma le aspirazioni umanitarie ingenerate dalla filo-

safia platonica e stoica sullo scorcio della repubblica e nel volgere dei primi secoli dell'impero, ebbero ad essere ringagliardite e spinte molto più innanzi dallo spirito delle dottrine di Cristo. Il *diritto delle persone* lo si informò alle esigenze morali venienti dalla massima della uguaglianza e libertà degli uomini in faccia a Dio, ed ai doveri morali di essi verso i loro simili. Il matrimonio si fu una vera « divini et humani juris comunicatio »; i coniugi ebbero uguale estimazione; i rapporti tra genitori e figli, regolati colla norma di principii morali. Anche il diritto *sui beni* ottenne morale destinazione, però che si raccomandasse l'uso morale della proprietà, come un dovere indeclinabile. L'usura, piaga che deturpò la vita romana dal principio alla fine, svelta fino dalle radici, sendo che l'esigere gli interessi, fosse eziandio giuridicamente cosa vietata.

Lo spirito umano del cristianesimo temperò le durezza del *diritto penale*, tenendosi principalmente la pena per una espiazione e mezzo di migliorare, sì che furono abolite molte maniere di barbare punizioni, insistendo i vescovi nei primi secoli onde si facesse luogo a generale mitigazione.

Il *diritto dello stato* cangiò la sua base. Cessò d'essere lo stato scopo a se stesso, ma lo si tenne come mezzo al fine umano superiore, per una istituzione di Dio, intesa a rendere possibile nella vita esterna e temporale l'attuazione dei nobili destini dell'uomo. Ma siccome ordine di Dio incaricato nella vita passeggera, non è lo stato un prodotto di arbitrio o contratto umano, sendo invece un legame che cinge le parti tutte e le rassoda ed acconcia allo scopo della vita suprema. Di più gli è simultaneamente un'organismo, in cui ogni membro conviene che s'adopri al proprio ufficio, secondo le proprie tendenze e situazione, dovendo ivi tutti servire a tutti, ed ognuno — compreso pure il capo dello stato — essere sommerso e responsabile a Dio.

Quindi sorse pure un nuovo *diritto delle genti*. Chè se tutti gli uomini sono fratelli, fu mestieri si considerassero anco i popoli siccome stretti da vicendevole amicizia, e formanti uno stato cristiano comune ovvero una federazione di popoli. Ed in vero l'idea d'un regno cristiano sorta a poco a poco e realizzatasi più tardi politicamente nell'impero romano-germanico, si fu quella che impresse ai popoli un carattere filantropico, e che anche nelle battaglie fe' che s'applicassero principii umani, onde cessarono le stragi e gli sterminii, e vivificò dello spirito del cristianesimo i più importanti vincoli della pace e della guerra. Finalmente le dottrine cristiane resero possibile un concetto veramente universale dello *sviluppo storico*. L'idea della unità e saggia provvidenza di Dio, fu causa che apparisse l'umanità come un tutto vivente volto ad uno scopo solo; la storia stessa la si ebbe a considerare come un gradato avviamento al regno di Dio, regno il quale benchè in continua lotta colle fondazioni elevate dall'egoismo, avrebbe pure a sorgere in tutta la sua maestà.

In tal guisa lo spirito sublime del cristianesimo penetrò nella prima epoca tutti rapporti della vita. Si fu questo un tempo di preparazione, di creazione spirituale morale, di illimitato sacrificio ad onoranza della verità divina. Con libero movimento spirituale venne condotto a termine nella vita l'edificio della nuova verità. L'uomo rinato si ritrovò, qual libero propugnatore ed istrumento della verità divina e dell'amore, essere un solo con Dio.

Ma anch'essa la sublime religione ebbe a subire le sorti di molti altri veri divini, cioè di venire limitata a caduche apparenze, e a motivo di influenze contrastanti della vita, d'essere ristretta ad una manifestazione unilaterale ed esclusiva, nonchè intorbidita dalle passioni. Per il che specialmente dopo che Costantino elevolla a religione di stato, venne stretta e quasi soffocata nelle spire delle convulsioni umane e politiche. Dal lorolato i rapporti esterni esigevano esteriori manifestazioni. Nel prosciogliersi dell'impero occidentale per l'emigrazione dei popoli, il cristianesimo ebbe mestieri di un saldo organismo esterno. Ed un siffatto bisogno originato dalla storia, produsse pel cristianesimo in mezzo al disordine un'organizzazione evidentemente sociale nella chiesa, occasionando però molte quistioni intorno alla podestà e dominio della chiesa tanto nei suoi interni rapporti, che in quelli verso lo stato; e siffatte quistioni occuparono gli animi pel corso di parecchi secoli. Nel decidersi quelle controversie, Roma non venne meno a se stessa e die' luminose prove dello spirito pratico proprio di lei, sì che afferrò giustamente la norma offerta dagli accidentali rapporti storici, studiandosi essa ad un tempo di conservare il dominio il cui conquisto erale legittimato dagli eventi dell'epoca, nonchè di realizzarlo più estesamente che le fosse concesso. Come andò in isfacelo il romano impero, e ne sursero desolanti conseguenze, gli animi rifuggivano sconfortati dallo stato, volgendosi al regno celeste, siccome al solo vero. Agostino considerando la temporale apparenza, insegnò avere lo stato mondano soltanto le sue radici nella natura corrotta, e come quello che derivava la propria necessità unicamente dal peccato originale, doverlosi sommettere allo stato di Dio. A misura che andava declinando lo splendore dello stato, aumentava la dignità della chiesa e dell'autorità ecclesiastica. Eppure in questo vi avea un errore teorico e storico. Storico imperocchè una posizione condizionata e giustificata da modi temporanei e storici, dovea servire di norma indeclinabile per tutti gli ulteriori rapporti emessi nella storia. Teoretico, in quanto che confondevasi l'idea coll'attualità la quale è sempre più ristretta. E bensì la religione una divina idea, esprime un rapporto durevole di vita tra Dio e l'uomo; ma anch'esso il diritto e la giustizia sono una divina idea, in quanto che trovansi fondati nell'ordine mondiale superno, nella coesistenza e reciprocità degli esseri liberi che vicendevolmente si condizionano. Ebbe la religione, mercè il cristianesimo, un'organo assoluto nella chiesa; ma alla sua volta lo stato per la stessa dottrina celeste apprese ad aversi in conto di ordine supremo;

ed il vero concetto giuridico sublimerà vie maggiormente quest' alta posizione. Tuttavia entrambi la chiesa e lo stato sono manifestazioni temporanee, le quali trovansi imperfette per molti casuali momenti, per parecchie pecche e mancanze venienti dall' immoralità degli uomini, nonchè dalle lotte delle passioni. Ne può la chiesa aspirare ad essere di per se sola una speciale direzione divina, avvegnacchè la provvidenza suprema abbracci la vita umana *intera*, giudicando gli Stati a tenore del diritto, e la chiesa, secondo l' amore divino umano, sicchè la vita è spinta più innanzi sul sentiero della giustizia e dell' amore da questi due elementi consociati, di quello che non le avverrebbe se soltanto l' ultimo la movesse. Si la chiesa che lo stato le sono istituzioni divine, aventi a rappresentanti degli uomini, li quali però che sono finiti, possono declinare dal retto sentiero, e trovarsi impastoiati nelle fallacie e confusioni della vita degli uomini e dei popoli. Per il che i due ordini non dovranno per nulla identificare la loro imperfetta realtà col proprio ideale. Né l' una istituzione può porsi al disopra dell' altra, ed in vece deggiono entrambe nella loro vicendevole *indipendenza*, ma però unite *organicamente*, adoprarsi all' intento ad esse comune, quello dell' umanità. Erano perciò biasimevoli i conati pei quali il potere ecclesiastico sforzavasi a dominare quello dello stato, e da essi originò nel medio evo la lotta che ebbe a durare parecchi secoli; lotta che trascinò e chiesa e corporazioni e membri suoi in una perenne contesa e nei vizj d' una vita mondana, causando di tal guisa que' molteplici mali, che resero univernale il dimando d' una riforma dal capo alle infime parti.

La *second' epoca* del cristianesimo, il medio evo, sanzionò il principio della divisione in membri, vale a dire dell' organizzazione, e spinse a ritroso la libertà, la quale trovavasi nella prim' epoca operosa nell' unità dell' animo ricolmo della verità divina e dell' amore. Chiesa e stato s' ordinarono in rispondente parallelismo, quella nella gerarchia, questo nell' essenza della vita, entrambi sulle basi della fedeltà e di norme fondanti per tutti i membri, vicendevoli obblighi e diritti. Ciascuna grand' epoca sociale viene però dominata da un' unità principale. Ed il medio evo s' argomenta di incarnare una tale unità secondo il carattere che gli è proprio, esternamente in forma sociale. Ma come che sieno porle di già le due partizioni di essa forma, così l' uno degli organismi s' attenda dominare l' altro. Era specialmente la chiesa che aspirava alla supremazia, cercando sostenerla per false analogie (anima e corpo, sole e luna). Anco nella teoria acquista maggiore importanza la *forma*, e produce nella *scotistica* il formale organismo scientifico. Il diritto sovra il quale il cristianesimo fin da principio influenzò di molto, manifestasi diritto *ecclesiastico* di costituzione e d' amministrazione; e dal suo canto il diritto canonico (la cui compilazione comincia principalmente con Dionigi il piccolo — 536 dopo Cristo — e finisce colle Clementine — 1313 —, qual *corpus juris canonici clausum*) fissa in ispecial modo le condizioni della vita ecclesiastica, e s' impadronisce del diritto privato, specialmente del

matrimonio e della famiglia, base d'ogni società umana e civile, e cōi all'intento di ravalorare maggiormente le forme. Il vero e prisco spirito del cristianesimo ebbe ad affievolirsi oltre ogni credere per gli sforzi incessanti di dominio e di esterno organismo; forme esterne e vincoli d'ogni natura strinsero e soffocarono il libero moto nelle sfere della scienza, della religione e dello stato; per la foggia, onde conformossi la chiesa e lo stato nel medio evo, la personalità umana e civile, nonchè la libertà, perdettero i loro diritti; e alla chiesa declinante alle cose esclusivamente terrestri non fu dato di moralizzare la vita dello stato. Per il che, onde riscaturissero le fonti della vita; per rianimare la religione collo spirito del cristianesimo, e muovere lo stato per una tendenza interna e giusta, era mestieri far ritorno ad un principio più intimo. E questo rivelossi nella sfera ecclesiastica, quando cadde defusa l'aspettativa nel capo e nei membri, ed apparve colla *riforma*; ma esso convien lo si concepisca più generalmente, avvegnacchè sia un concetto nuovo che signoreggia la vita umana in tutte le sfere, e fonda una terza epoca dell'era cristiana.

La *terza epoca* viene determinata dal nuovo principio che di costume distingue si col nome di *subbieltività*, il quale fa emergere il momento della *personalità* umana compresa nel vasto spirito del cristianesimo, come pure l'altro della *libertà* spirituale, morale e civile politica che appoggiasi alla persona, perocchè il medio evo si sforzasse a rappresentare la base dell'ordine e dell'organizzazione formale. Ma la nuova massima ritrovasi concepita ed attuata sotto un solo ed esclusivo aspetto, di guisa che questa terza epoca ed il medio evo riescono entrambi unilaterali, quantunque esposizioni esatte di principj stretti intimamente nella prima epoca del cristianesimo; principj i quali nella loro primitiva unione manifestarono la forza creatrice e la somma energia del cristianesimo, e che sono destinati, come ritroveransi in una novella unione perfezionata e meglio compresa che formerà una quarta epoca, a diffondere la benedizione del vero spirito cristiano sulla umanità.

Il principio della nuova epoca era preparato da un movimento più libero e filosofico nei secoli XII e XIII. Esso, mercè il contemporaneo risorgimento o propagazione del *diritto romano* che pone a somma norma la libertà subbieltiva, avea ritrovato un pratico ritegno. Di più, avea fatto suo prò dello studio della filosofia e letteratura greca, cui agevolava la presa di Costantinopoli, e la fuga di molti dotti Greci. Finalmente, esso principio, mercè un più profondo studio delle fonti, manifestossi nel campo religioso ed ecclesiastico, tanto per la coscienza di una maggior libertà spirituale, quanto per la tendenza all'investigazione propria dello spirito primitivo del cristianesimo, e penetrò anco nel dominio della vita civile e politica. Questo nuovo spirito si fe' ad animare l'intima natura dell'uomo, della sua personalità e libertà, e si volse eziandio ad indagare la essenza propria di ciascuna dottrina e di ogni pratica istituzione religiosa ecclesiastica, nonchè giuridica e di stato.

Così fatta indagine sulla base ed origine, sull' *idea ed essenza*, fin da principio si ebbe una direzione unilaterale, avvegnachè in tutte le istituzioni della vita non si curasse del significato della forma, dell' organizzazione ed ordine esterno. Impertanto nella sfera ecclesiastica venne eliminato gran parte d' esterno e formale, ma lo stesso concetto d' organizzazione ecclesiastica spari; e siccome nulla possa sussistere nella vita senza forma e figura, nè sendo dato alle confessioni recentemente costituite d' cercarsela di per se, ne seguiva che le fossero costrette attenersi all' organizzazione vigorosa dello stato, il quale ne' paesi professanti la nuova fede, non accordò solo diritto di tutela, ma anzi arrogossi la suprema direzione di tutti gli affari religiosi ecclesiastici. Dal che ne fu avviluppato in mille guise lo sviluppo religioso nel dogma e nel culto, intrecciandosi colle passeggiere opinioni dei capi dello stato; quantunque però a motivo della libertà di indagine e di scienza si ritrovasse scosso da qualsiasi spirituale movimento; la qual cosa non tornava di gran beneficio ad esso sviluppo perchè mancando di un unico appoggio principale esterno ed interno, era sempre più in balia alle ulteriori dissenzioni e finalmente allo stesso subbiettivismo individuale. *Nell' ordine del diritto e dello stato* penetrava un po' più tardi il nuovo principio della personalità, il quale s' adoprò con ogni sua possa ad investigare *di per se, in se*, e da ultimo *fuori di se* stesso le più profonde basi della verità in tutte le sfere pratiche; e questo avvenne lorquando ebbe desso trovato un saldo punto d' appoggio in un nuovo metodo filosofico per la tendenza della filosofia iniziata da *Bacone* e soprattutto da *Cartesio*. Da prima l' ordine giuridico e di stato ebbe ad acquistare non solo nei paesi protestanti, ma a motivo della novella direzione spirituale, anco nei cattolici, una maggiore indipendenza in confronto della chiesa, e simultaneamente palesò un carattere più esterno anche la scienza del diritto naturale la quale assumendo nuova forma, servi ad infrenare scientificamente quella nuova tendenza. Ma dopo la separazione cominciata da *Ugo Grozio* e condotta a termine dai seguaci suoi fino a *Thomasius*, della scienza filosofica del diritto, non solo dalla autorità ecclesiastica, ma dalla stessa religione e perfino dalla morale, fu pur mestieri che diritto e stato assumessero un carattere sempre più esterno ed esclusivamente formale. Il che venne essenzialmente favorito in generale dalla *antica* maniera di considerare lo stato, risorta collo studio della filosofia greca e romana; per la quale lo si teneva in conto di un essere isolato e sufficiente a se stesso; ed in particolare nell' impero germanico da ciò che il diritto *romano* vi acquistava forza di legge universale, per il che nel diritto privato fu sacro il pieno e sovrano potere dell' individuo, e nello stato il principio della perfezione inerente all' autorità di questo, staccandosi quindi tali due rami dai beni della vita ed in gran parte dalla stessa morale. A ciò tenne dietro un grandioso avvenimento. la *rivoluzione inglese*, la quale fondò larghissime teorie di libertà, e mosse le prime emigrazioni nel nord dell' America. Si aggiunga la nuova tendenza spirituale, che cercava cono-

scere nel dominio della pura indagine nonchè per entro le istituzioni pratiche della vita, la essenza ed idea, e che specialmente più tardo ingenerò e alimentò nel diritto pubblico l'opinione, avere i principii ideali appunto perchè tali un diritto assoluto alla realizzazione, nè potersi invece giustificare in niuna guisa le forme sussistenti. Indi oscuratasi nelle menti la nozione d'ogni contenuto obbiettivo della vita, tutto fu soggetto all'arbitrio subbiettivo. Di tal guisa non sendo più possibile che i beni del vivere fondati nella natura umana divina, sieno abbracciati nella comune considerazione della vita, siccome scopi acconci anche a questa, e trovandosi ogni cosa abbandonata all'opinione ed arbitrio dell'individuo, perciò anco le singole persone vengonò collocate soltanto in un'ordine esterno e congiunte da meri vincoli formali allo scopo della coesistenza. Quindi ebbesi a studiare l'individuo, non altrimenti che se movesse per entro una chiusa cerchia della vita e del diritto, ed essa cerchia si curò non incrociasse con altre colle quali solo la si congiunse esternamente. Onde oscurò e dileguossi del tutto il concetto di una comunione di vita già fondata nella natura della umanità e non dipendente dal volere subbiettivo; comunione la quale rinchiude in se giuridicamente non solo la coesistenza, ma eziandio la mutua assistenza ed i provvedimenti socialmente ordinati, comunione cui è forza all'intento di attuare queste esigenze, organizzare in una rete di corporazioni organicamente congiunte; ed in luogo dell'organizzazione vivente fu collocato ovunque un formale meccanismo. Di tal guisa progredironò ben tosto nel diritto privato, il romano ed il naturale l'un l'altro sussidiantisi, fondando entrambi sugli stessi principii fondamentali della indipendenza individuale, per opprimere e sciogliere a poco a poco le organizzazioni giuridiche porte dal diritto germanico, nelle quali nulla era esteriormente diviso dalle corporazioni fino ai rapporti di proprietà, ma invece concepito il tutto in reciproca condizione. A ciò tenne dietro lo studio di un'economja nazionale basata sovra simili principii, i quali nuovi principii riuniti impressero alla rivoluzione francese occasionata da vizii fondamentali interni, la tendenza che ringagliardita malgrado i forti ostacoli, venne ad essere sanzionata nel codice di Napoleone e nell'interno ordine economico sociale. Indi innanzi, ogni privato ottenne per la sua persona e pei bei beni suoi, una maggiore libertà che tornò certamente di profitto all'aumento de' beni, ma con ciò ebbesi a sciogliere l'individuo da qualsiasi vincolo organico ed etico, ed a promuovere l'egoismo nonchè lo sminuzzamento delle forze e dei beni. A tenore di questo nuovo principio lo stato sociale è soltanto una massa tenuta insieme con esterni legami, e composta di privati, ciascuno dei quali a motivo della libertà propria è fatto centro e meta delle di lui opere. Ogni vincolo etico della consorteria è prosciolto. Gli individui come quelli che rappresentano gli atomi della società, è d'uopo riunirli per esteriori forze meccaniche in un corpo di stato, al quale intento immaginaronsi varie forme di meccanismo, in cui quando conviene prevalga il volere di uno solo, quando quello della massa, oppure dominerà

un corpo mediatore (rappresentanza), sia che si ritrovi puro d'ogni altro elemento, o con questo combinato. Di tal guisa tutta la vita dello stato riesce formale e meccanica, e senza riguardo alla qualità degli essenziali principii etici, viene ad essere determinata da' rapporti di quantità della forza e del potere. In altre parole, gli è il materialismo il quale malgrado fosse — specialmente in Francia — applicato con varie modificazioni alla vita di stato, ebbe ad essere condotto al suo necessario sviluppo nel socialismo di Stato francese (1); materialismo che sfiduciato delle vuote quistioni politiche di forma, avvisò di trovare il talismano della salvezza collo studiarli di elevare lo stato ad istituto di immediato soddisfacimento del benessere materiale. Negli stati tedeschi lo spirito germanico avverso al meccanismo ed atomismo nella vita e nel diritto, fece per dire il vero sino agli ultimi tempi resistenza a tale decomposizione de' rapporti della vita, e ciò specialmente nel diritto privato, nonchè alla astratta e logica trattazione delle importanti istituzioni giuridiche, giovando a tale resistenza la scuola germanica di diritto. Ma però è mestieri confessare che per anco non si conobbe, come si deve, la natura relativa delle precedenti storiche antitesi della vita e del suo sviluppo, nè come debbano quelle contraddizioni conciliarsi se non per superiori principii filosofici, morali e giuridici, nella fondazione di nuovi provvedimenti della vita e del diritto. Chiunque non sia al buio totalmente sulle condizioni spirituali e morali dell'attualità, non potrà nascondere a se stesso, essere le forze interne e le molle dell'ordine sociale in parte paralizzate ed in parte infrante, e non potersi i vincoli essenziali sorreggere in vario rapporto, se non mediante una gagliarda esterna coazione. Ed in simil modo è certo che verun ordine non può a lungo mantenersi. Quindi scendono delle esigenze alle quali non si potrà rispondere con fiacchi tentativi di conciliazione e per esterni lenimenti, ma solo collo schiudere e ravvivare le superiori fonti della vita. Ed ormai tutti vengono nella credenza, che la direzione subbiettiva che mosse tre secoli innanzi e venne introdotta in tutte le sfere della vita a cagione degli ultimi sconvolgimenti, sia per cessare; che ora trattasi non di iniziare novellamente una semplice opposizione od un'altra tendenza unilaterale, ma bensì di togliere mercè principii supremi etici ed organici, le antitesi che ebbero fin' ora ad emergere; di più convenga corroborare tutti gli elementi che trovansi essere ancora internamente sani, nonchè le forme del passato e del presente; finalmente che debbasi per una più profonda conoscenza di tutti gli umani principii della vita, incominciare più solida formazione de' rapporti sociali. Ma tal missione la è propria di una quarta epoca.

La *quarta epoca*, la quale sta per nascere nello sviluppo dei rapporti sociali e di stato, dovrà andare distinta pel suo carattere *etico* ed *orga-*

(1) Intorno al materialismo qual causa del socialismo di stato, veggasi la mia *filos. del diritto* 4.^a ed. pag. 142.

nico. La storia in tutta la sua manifestazione ha dimostrato formarsi sempre tutte le dottrine di diritto, di stato e di società, sotto l'influenza del complessivo concetto etico della vita e della tendenza spirituale di un'epoca. Diritto e stato vedemmo non essere sussistenze assolute, nè aventi a scopo se stessi, ma ordinare soltanto i rapporti della vita che reciprocamente si condizionano, e ciò nel modo e misura in cui il fine della vita umana viene compreso in una data epoca. Scopo, senso e significato della vita umana congiungonsi intimamente col concetto religioso e morale, non altrimenti che dalla religione e morale si determinano le forze e le molle dell'attività della vita.

Per il che la prima essenziale riforma giuridica e di stato nella dottrina e nella vita, è per niuna guisa possibile, si compia se non per l'intima unione collo spirito sublime religioso e morale, ravvalorato e reso puro. E qui ne si offre il cristianesimo quale potenza di vita, che salvò prima l'umanità dalla più larga rovina, e la guidò al meglio sul sentiero del progresso mercè l'aiuto delle forze spirituali da lui deste, e che manifesterà nell'avvenire la forza divina in un grado più elevato e fors'anco supremo. Lo spirito del cristianesimo che si mantenne sempre puro al di sopra le differenze e lotte delle confessioni, queste ognor più andrà purificando, e novellamente della fede ed operoso amore vivificherà le sfere della vita. Appunto l'epoca nostra in cui l'egoismo andava vie maggiormente scomponendo i vincoli morali e fiaccando interamente gli uomini; si è quella che ha mestieri d'una siffatta influenza religiosa e morale dello amore, quale esercitolla il cristianesimo contro l'egoismo pagano, contrapponendo ad ogni vizio e piaga, delle istituzioni di salvezza (1). Il che è forza favorire col ravvalorare la credenza, essere il diritto e lo stato non soltanto sfere astratte di libertà, ma bensì istituzioni etiche agevolanti il benessere di tutti i membri in qualsivoglia bene e sfera della vita, e dovere l'attività dello stato camminare parallela alla privata affine di recarle protezione e sussidio.

Lo spirito elevato di religione e morale ha innanzi tutto mestieri della *indagine*, scientifica e veramente filosofica, avvegnachè nell'animo umano la conoscenza e persuasione acquistata con sua fatica, la condizione essenziale di stabilità interna e d'esterna operosa energia.

Per dire il vero, la filosofia in quest'ultimi tempi traviò in vari rapporti; ma quanto essa erroneamente espose e di cui va biasimata, non può venire emendato che da lei stessa. La vera filosofia porgendo una riprova alla nota sentenza di Bacone, guiderà sempre più lo spirito umano a Dio, non solo come all'anima dell'universo, ma come alla *provi-*

(1) Sovra questo ne porge cenni pregevoli, lo scritto: « *Povertà e Cristianesimo*, cenni sul comunismo e socialismo cristiano » del diacono P. E. Merz, libreria Colta 1349. L'autore non ha che il torto d'aver collocato il cristianesimo non già nel contenuto o materia, ma invece in due astrazioni — come appare anche dal titolo — provenienti da caratteri esterni, le quali non sono nulla più di immagini che distruggono alcune felici vedute.

denza coscienziosa e direttrice perenne della vita umana, e di più preserverà alla vita degli uomini una tendenza morale in conformità a tutte le relazioni, tendenza che trova la sua regola nella religione, qual vincolo personale della vita con Dio e che trovasi accolto nell'animo nostro. Il perchè non potrà mai avvenire che la vera filosofia ritrovisi in contraddizione con alcuna fede, la quale appoggi alla suprèma rivelazione di Dio nella storia. Filosofia e credenza religiosa si reintegrano e sussidiano vicendevolmente. Del resto la saggia indagine filosofica trovasi essere di somma utilità, avvegnachè la direzione della vita già da tre secoli venga tracciata evidentemente dalla conoscenza, sapienza e convincimento. Ad ammettere una credenza vuolsi ora un'ésatta prova scientifica, o per lo meno che la prima non si ritrovi in contraddizione con quanto è posto evidentemente dalla ragione. In armonia a questa elevata tendenza filosofica, converrà fondare una *filosofia giuridica* la quale non possa essere sobbarcata da verun'altra speculazione che mostri il diritto in intima relazione con tutti i rapporti etici della vita, e che sviluppi i principii di una progressiva organica legislazione.

E conviene che il nuovo spirito sia l'anima del non lontano organizzazione della legislazione nella sfera del diritto privato e pubblico, affinchè si arresti il continuo decomporre dei rapporti della vita. In molte sfere è mestieri porre a norma, delle massime giuridiche più elevate, per cui l'elemento della *libertà personale* emerso nel diritto romano, sendo congiunto coll'*organizzazione* di tutti i rapporti formanti la base del diritto germanico, venga ad essere equiparato il principio della *subbieltività* proprio dell'epoca moderna, con quello dell'*obbieltività* inerente alla scorsa epoca. Per tutti le funzioni ed i rapporti della società non appartenenti immediatamente alla operosa energia dello stato, e che non hanno ad essere da lui protetti e sostenuti, specialmente nel ramo sì importante dei mestieri e commercio, e per l'incarnazione de' fini morali di umanità e beneficenza, deve formarsi, ad esempio delle antiche corporazioni nelle quali l'elemento industriale ed il morale andavano congiunti, un *organismo di consorzierie* il quale nel tendere ad uno scopo uguale desterà in tutti il *senso comune* — che ognor più intorpidisce —, il sentimento della solidarietà, e la coscienza che ognuno qual membro di ceto onorevole debba condurre una vita giuridicamente morale.

Deve lo stato conoscere la natura del proprio etico scopo di diritto, nè per niuna guisa può identificarsi colla società. Il cristianesimo che pel primo pose l'uomo al di sopra del cittadino, impresse pure allo stato come ad una società civile un diverso carattere in confronto alla società umana intesa a tutti gli scopi umanitari. Ma non deve per nulla lo stato limitarsi esclusivamente alla esterna tutela, sendo invece ufficio suo il dirigere in generale tutti i rapporti della vita reciprocamente condizionanti, e ciò allo scopo di favorirli. Di più deve ordinarli a recar loro beneficio di sussidio e difesa, ed ove occorre restringerli nei giusti confini, curando però in tutte le sfere sociali la libertà giuridica e morale,

che converrà rispetti ognora le condizioni della convivenza e libertà senza la quale non è possibile verun progresso scientifico o pratico, nè moralità di sorta. Dovrà ben' anco lo stato col progredire delle istituzioni, rinunziare a quanto in principio siccome tutore giuridico amministrava esso stesso nelle sfere della vita e della società. Le quali cure sarà suo dovere il cedere ad altri consorzi più acconci, corporazioni, organi sociali, e quindi consacrare l'indipendenza di tutti i membri per il prosperamento della massa. Ciò malgrado, esso rimarrà sempre la potestà sociale giuridicamente tutoria, ordinatrice, limitante ed intesa al benessere per mezzo dell'attività che gli si compete.

E mestieri si sviluppi la società umana sempre più in un'organismo etico complessivo, nel quale hannovi organiche istituzioni per tutti gli scopi comuni della vita, ciascuna relativamente assoluta, e tutte vincolate per ogni parte. Ed in questo organizzamento verranno conciliate le primitive antitesi, cioè l'ordine obbiettivo e la libertà subbiettiva. Nelle comunità dello stato e della chiesa, nei consorzi della vita e della oposità scientifica, artistica ed industriale, il principio di un'ordine creato da Dio ed inerente agli stessi rapporti, deve congiungere intimamente con quello della libertà che è pure di fondazione divina, e della personalità cui conviene guarentire con saggie forme. La collettiva vita sociale assumerà forme più nobili a misura che dalle libere forze dello spirito internamente ringagliardite, schiuderannosi più largamente nell'animo degli individui e del popolo le fonti supreme della vita, cioè la religione, la morale, il diritto, le scienze e l'arti, fonti le quali però terrannosi per unite intimamente.

SECONDA SEZIONE.

*Storia del diritto e dello stato dei principali popoli inciviliti;
in particolare dei Romani e Tedeschi.*

PROEMIO.

La storia del diritto non adempie al compito suo, se non quando estendesi ad una storia giuridica universale. Quantunque il diritto di certi popoli civili, a motivo de' suoi pregi interni e per la sua pratica espressione nell'attualità, meriti uno studio più profondo, tuttavia vuolsi esporne la materia che è oggetto de' nostri studi, dai primordi del suo sviluppo, e ciò non solo per risponderè al concetto della storia, ma eziandio perchè la è in generale un'esigenza umanitaria, che un'idea come quella del diritto e dello stato cotanto attinente alla vita dei popoli, venga come un fattore di civiltà esposta e studiata tanto in sè stessa, quanto in continua

relazione col complessivo sviluppo delle genti (1). Da simile storia giuridica non si possono escludere i popoli dell'oriente. Per vero presso di essi non elevasi il diritto ad una posizione sociale indipendente; ma appunto per essere esso a' tempi nostri coltivato in un modo del tutto opposto, vale a dire astrattamente ed isolato, tornerà opportuno di soffermare la scienza allo studio di quelle civiltà, nelle quali il diritto si manifesta intimamente unito con tutto l'ordine morale della vita de' popoli. Al quale intento occorre di stabilire qual fosse presso i popoli orientali la *posizione* del diritto nel *complesso* della civiltà morale, e di mostrare ch'esso sia un prodotto di questa. Sarebbe di certo a desiderarsi che venissero più profondamente investigate e descritte le speciali istituzioni giuridiche di quella regione; ma pur troppo ne torna impossibile un simile assunto perchè manchiamo finora quasi del tutto di singole elaborazioni, che sulla base della civiltà di questi popoli soltanto ora studiata con profondità, ne porgono una storia del loro diritto, non già staccata dalla tendenza di vita di un popolo, ma bensì intimamente con essa congiunta.

Per il che in questo prospetto enciclopedico ne converrà esporre il concetto giuridico dei popoli orientali, soltanto come un *prodotto* del modo con cui essi concepirono in senso etico la vita; mentre all'incontro svolgeremo diffusamente la storia del diritto romano e germanico, porgendone ad un tempo i tratti caratteristici, ed il carattere fondamentale.

(1) Ciò che dice Schiller nella sua prolusione: « Cosa significa ed a che scopo si studia la storia universale? » vale essenzialmente anche per lo studio della storia universale del diritto. La prima opera degna d'encomio, e distinta per dottrina ed elevatezza di concetto, si è quella di Pastoret (che per quanto io mi sappia salì pel primo l'unica cattedra eretta in Europa per l'*histoire comparée de la législation au collège de France*): « *Histoire de la législation* » in 11 volumi 1817-1857; la qual opera non comprende però se non le legislazioni dei principali popoli dell'Asia, Africa, Grecia, Sicilia ed Etruria. Nelle trattazioni parziali di questa materia, emerge sopra ogni altr'opera, quella di: E. Gans, « il diritto di eredità nel suo sviluppo storico universale » 4 vol. Berlino 1829-30, che si è il primo buon saggio, malgrado alcune mancanze, di una trattazione filosofica nella materia positiva. Poscia lo scritto premiato dall'Accademie des inscriptions, si è quello di Laboulaye: « *Histoire de la propriété en Occident* » 1839; e « *de la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours* » 1843; « il matrimonio nel suo sviluppo storico » di Unger, Vienna 1850; Laurent « *Histoire du droit des gens* » Gand 1850, 5 vol. in cui non è trattata se non l'antichità; l'opera di Pouhaër: « *Essai sur l'histoire générale du droit*, 1849, viene ritenuta da Warnkönig per poco soddisfacente.

PARTE PRIMA.

Breve prospetto del concetto giuridico presso i popoli orientali, considerato nella connessione colla loro civiltà spirituale e normale.

CAPITOLO I.

SULLO SVILUPPO DELLA CIVILTÀ DEI POPOLI ORIENTALI IN GENERALE (1).

Tra i popoli dell'Oriente emergono quali propugnatori della civiltà umana, due soltanto. Quelli i quali secondo la lingua la quale accehna più da vicino all'affinità, appartengono etnograficamente alla così detta stirpe *indo-europea* (arica), come gli Indiani, i Battri, i Medi, i Persiani, i Germani, i Greci, i Romani, gli Slavi, e probabilmente anco i Celti (difficilmente gli antichi Iberi). E le altre genti che sono comprese nella stirpe etnografica *semitica*, quali sono i Babilonesi, i Siri, i Fenici, i Cartaginesi, gli Arabi, i Lydii, probabilmente anche gli antichi Assiri ed Egiziani. Entrambi queste schiatte si diffusero dalle loro sedi, incrociandosi e confondendosi in Asia, Africa ed Europa, e furono i promotori della civiltà. All'incontro i *Mongoli* ad eccezione dei *Chinesi* (i quali se pure appartengono a quel ceppo, trovansi però ad un grado più elevato) fondarono esclusivamente, quali orde guerriere, dominii più o meno passeggeri. I *Negri*, che hanno cotante diversità nella loro razza, dagli infimi Etiopi sino ai così detti Bianchi-Negri, e che offrono sensibilissimi gradi di attitudine ad incivilitare, e sui quali il continuo schiudersi dell'interno dell'Africa dovrebbe gittare di molta luce, non hanno esercitato nella storia per noi conosciuta, alcuna influenza sul progresso umano. Per il che non ne spetta di considerare se non i principali popoli della stirpe indo-europea e della semitica, nonchè i Chinesi.

E forza credere che le genti indo-europee, le cui lingue hanno tra di loro cotanta affinità da doverlesi tenere per figlie d'una madre lingua (2) non più sussistente, abbiano originariamente convissuto in sedi comuni. Gli scrittori più antichi degli Indiani e del popolo di Zend designano per

(1) Tra le opere nelle quali si espone particolarmente la civiltà dell'occidente sono da annoverarsi: Wachsmuth « storia dell'incivillimento » 4. vol. 1830; Loebell « schizzi di storia universale » 1846 (di cui abbiamo a lamentare la mancata continuazione); ed in particolare Max Dunker « storia dell'antichità, 2 vol. 1831-55, in cui vien conseguito il progresso passo passo. Le opere intorno agli speciali popoli, verranno citate a loro tempo.

(2) Vedi in proposito, l'opera di Popp « grammatica comparativa del sanscrito, zend, greco ecc. 1833-1839, 6 vol.; e l'altra di Pott: « indagini etimologiche nel dominio delle lingue indo-germaniche » 1853, 2 vol.; nonchè il di lui articolo nella enciclopedia di Ersch e Gruber, II, 17.

quei luoghi le pendici occidentali dell' Himalaya, dove assunsero que' popoli il nome di Arii (1) comune a tutta la loro razza, e donde emigrarono forse per il soverchio incremento della popolazione, ed anche — come espressamente leggesi negli scritti del Zend — pel clima fattosi di troppo rigido su quelle alture, ed eziandio a motivo delle interne discordie. Una stirpe degli Arii volse all'oriente ed occupò l'ubertosa valle dell' Indo (Sindh, cioè il torrente) e dei suoi cinque confluenti (Pendjab); più tardi si sparse lungo il Gange superiore e di mezzo, piegando da ultimo al sud (Dekan). Un'altra schiatta, l'antico popolo di Zend, si diresse a poco a poco all'occidente verso Battria, Media e Persia. In Europa vennero da varie direzioni (non calcolati gli Iberi), ed i Celti — col loro culto di Druidi — che furono poscia confinati verso la Brettagna, la Gallia e la Spagna nella quale ultima terra ebbero a frammischiarci cogli Iberi ivi già stanziati; e gli antichi Itali ed i Greci; poscia i Germani e gli Slavi.

Difficile gli è il determinare qual fosse la sede primitiva dei popoli *semitici*; se posta in Armenia, in Arabia od in Egitto, è incerto; comunque sia la cosa, furono questi paesi le stanze principali di siffatte prische stirpi.

I più antichi popoli della famiglia arica e semitica, erano fin da quando si fecero conoscere, altamente addottrinati in alcuni rami dello scibile umano. Del che riesce per nulla appagante la spiegazione, per cui vorrebbe fidersi quei popoli innalzati gradatamente da un rozzo stato primitivo e persino selvaggio ad una elevata civiltà. Tale sentenza sostenuta parecchie fiato in tutta la sua esagerazione, ed ancora presentemente difesa, però alquanto modificata, ritrovasi in contrasto colla natura dell'uomo e colla storia. Avvegnachè sia constatato indubbiamente come le stirpi rozze, la cui sussistenza non può spiegarsi se non per le diversità delle razze, e pel continuo loro isolamento e separazione dall'insieme delle genti marcianti per loro natura alla civiltà, non si elevassero giammai di per se sole, ma venissero condotte a qualche miglioramento, soltanto per l'unione con popoli già inciviliti (2). All'inecontro si possono osservare nella storia molti regressi spirituali e morali. Ed in vero vi avea presso i più antichi popoli arici e semitici una civiltà più elevata che presentemente non abbiano. Lo stesso dicasi degli Indi e dell'antico popolo di Zend, nonchè degli Egizii, Babilonesi ed Assiri. Simili furono le sorti dei Tolteki (3) anteriori agli Agtelli di cui gli attuali.

(1) Su questo nome, come quello che anco presentemente gli è il più acconcio ai così detti popoli indo-europei, ovvero indo-germanici, veggasi l'articolo di M. Haug « Sul nome il più antico dei così detti Indo-Germani, ed intorno al prisco Dio della loro razza » Arja significa: signore; e suona anche: onorevole.

(2) Un'opinione simile vien' espressa anco da Loebell, pag. 51 e seguenti.

(3) Secondo le nuove scoperte di Tiedemann, i Tolteki sarebbero stati preceduti da una stirpe ancor più antica ed assai colta, la Maia, fondatrice delle città nell' Imakan.

Indiani nel Messico sono una stirpe già conosciuta. Per quanto si voglia sostenere essere il monoteismo, cui la narrazione biblica conosce fin dai più remoti tempi, la religione più antica; la storia però riscontra presso tutte le genti antiche, ad eccezione degli Ebrei, un politeismo ognor più particolarizzato. La poligamia non era conosciuta dalle stirpi antiche nei primi tempi, siccome coi loro libri sacri che ancor ne rimangono è dato provare; come non erano manco note le altre posteriori aberrazioni. Il nascere della prima civiltà è collegato con quello della lingua, (1) e delle lingue della civiltà. Sendo la lingua una espressione immediata di tutta la vita dell'animo, e trovandosi essere parecchie le lingue delle stirpi, secondo è questa energia dello spirito più o meno sviluppata, così ebbe ad armonizzare nella sua origine anche la civiltà colla forza divina, inerente allo spirito umano, progredendo sotto l'influenza di superiori forze di natura e di spirito.

Il carattere dell'Oriente, quale lo manifesta la letteratura e la storia, viene molto variamente disegnato. Ma quello che è un errore ormai manifesto, come osservammo addietro, si è il ravvisare in questo Oriente storico l'epoca della unione, cioè quella in cui trovavansi congiunte e confuse tutte le tendenze della vita interne ed esterne, la religione, il diritto, lo stato, la scienza e l'arte. Una tale età non viene registrata dalla storia. Soltanto la tradizione ebraica ed indiana accenna ad un simile stato primitivo. Tuttavia la è una esatta veduta: quella per cui si ravvisa predominare tuttora nel mondo orientale il principio del collegamento di tutte le sfere della vita e della aspirazione ad uno scopo comune cui da un popolo venne tenuto per supremo. Ma questa colleganza la è piuttosto esterna, formale, derivata a questo cielo dalla prima epoca, e tale che restringe tutta la vita in un vincolo esteriore, onde sostituire agli interni fondamenti già scomparsi, delle esteriori e coattive istituzioni. Il mondo orientale nel suo storico sviluppo manifesta è vero di degenerare sempre maggiormente; ma ivi occorrono però dei *riformatori* i quali movendo da credenze originali e dalle tradizioni del popolo, cercano migliorare per una dottrina più acconcia e più gagliarda su Dio e sopra il suo rapporto cogli uomini, le basi morali e giuridiche della società. Così fu Buddha riformatore del brahmismo, Zoroastro della religione di Zend nella Persia, Confucio in China, Mosè tra gli Ebrei. La religione ebraica fu poi il punto onde mossero due altre religioni, il cristianesimo universale; e l'islamismo che rifiutando l'isolamento nazio-

(1) Guglielmo di Humboldt (sulla lingua dei Kawis, un dialetto della lingua sanscrita parlato nell'isola di Giava, — 1. vol. introd. pag. XXI) espone le seguenti parole: « La lingua viene dall'intima natura umana, nè si lascia per niun modo considerare per una creazione dei popoli. Essa è dotata d'un'energia a noi manifestantesi evidentemente sebbene sia inesplicabile, e mentre non si deve tenerla per un prodotto della riflessione, è forza conoscerla per una involontaria emanazione dello spirito, per una dote toccata alle nazioni onde compiano i loro destini. »

nale ebraico, si rese di giovamento a molte stirpi inferiori; la maggior parte africane, quali furono incapaci di far progredire la dottrina di Maometto ed innazarla all'altezza del cristianesimo. La luce religiosa venne dall'Oriente e l'Oriente serbò pure fino a' giorni nostri un carattere eminentemente religioso che signoreggia tutte le altre sfere della vita. Ma desso gli è un mondo che cadde nel letargo delle forme, nè potrà altrimenti venire ravvivato se non per le forze che con più l'era tendenza si spiegano in Occidente.

Missione dell'Occidente si è quella di incarnare mercè la forza e libertà inerente all'uomo, quanto avvi di umano e divino. Avvegnachè in una emigrazione vengano spezzati de' vincoli che troppo stringono nella madre patria, e si attuino più liberi ordinamenti; così ebbe ad avvenire lo stesso anche presso le stirpi emigranti dall'Oriente, i Celti, gli antichi Itali, i Greci, i Germani e per ultimi gli Slavi, e ciò fors'anco durante il loro pellegrinaggio, ed in armonia all'indole popolare ognor più emergente, alle aspirazioni interne, ed alle forze. Ma la raggiunta civiltà ebbe a reagire sempre sull'Oriente, ed in vero la storia dimostra come lorchè in qualsiasi luogo manifestavasi della floridezza, si tentò sempre congiungerla all'Oriente. Di tal guisa quando la vita greca era salita al punto massimo di sua grandezza, Alessandro servi d'anello d'unione tra l'Oriente e l'Occidente occasionando un importantissimo commercio spirituale; ed in seguito a quest'epoca si videro farsi più vive le relazioni tra i popoli occidentali ed orientali. Lo spirito cristiano esteso fino alla Persia (Manes); le crociate; più tardi l'animatissimo commercio e le conquiste, specialmente degli Olandesi ed Inglesi; e negli ultimi tempi la conoscenza della vasta letteratura indiana; nonchè de' più vetusti monumenti dell'Egitto e della Mesopotamia (Babilonia, Ninive); tutti questi fatti provano farsi sempre gagliarda la tendenza e reazione della civiltà occidentale sull'Oriente. I più antichi recessi dell'incivilimento vengono scrutati; i popoli che da oltre mille anni si cinsero d'isolamento, convien si destino alla luce dell'Occidente, solo una simile influenza non scuote peranco l'Africa, la quale forse nel suo interno cela de' germogli di civiltà. Come la riunione esterna di tutte le stirpi sarà un fatto, dovrà alla sua volta in ogni tendenza farsi luogo all'influenza spirituale ed alla vera educazione umana. Nel che somma è la missione de' popoli romani, germanici e slavi, le aspirazioni de' quali or vanno sempre più volgendosi all'Oriente. Che s'anco a questo sono mossi da bramosia di dominio e di interesse; ne verrà tuttavia per necessaria conseguenza la diffusione della civiltà. Ma per ridestare dal loro letargo questi popoli orientali; fa mestieri scuoterli collo impiegare tutte le molle dello incivilimento, religione, filosofia, scienza, arte, industria e commercio, chè in tal guisa verrà dato istrapparli ad una vita ristretta ad un'unica e parziale tendenza, e sostituire una forza gagliarda alla forma avvizzita. L'Inghilterra negli ultimi tempi si pose a dirozzare con educazione veramente umanitaria la stirpe arica degli Indi, i quali malgrado sieno forniti di molte doti, trovansi decaduti

di molto e già da tanti secoli in una immobilità di torpore; e la rigenerazione di questo popolo dovrebbe attestare decisamente in favore dell'attitudine al progresso proprio degli Orientali.

Con questo popolo primitivo comincerà la nostra storia particolare del diritto.

§ 1. *Gli Indiani e lo sviluppo della loro civiltà in generale.*

Lo svolgimento storico della civiltà degli Indiani (1) fattone sempre maggiormente palese dalle recenti indagini, ne porge più che nol possa la storia di qualunque altro popolo, il sommo ed esclusivo vantaggio, di potersi ormai con sufficiente certezza seguire gli stadii del progresso dallo stato primitivo, sino alle più tarde dottrine ed istituzioni. È ben vero che ivi la cronologia trovasi più incerta che presso gli altri Orientali; ma in quella vece la reale successione, *interna* de' periodi di civiltà ne si offre chiaramente più che altrove non avvenga. Avvegnachè ora, trovisi in Oriente il diritto in intima unione coll'intero costume popolare, ne viene che ne sia dato seguire anche presso gli Indi fin dalle sue origini lo sviluppo giuridico, per il che conviene qui esporre — quantunque solo in modo di prospetto — il cammino della civiltà di questo popolo; prima in generale e poscia nella sfera del diritto, il quale non è, come già osservammo, a tenersi se non per un solo membro dell'umano incivilimento.

I. SULLO SVILUPPO STORICO DELLA CIVILTÀ INDIANA IN GENERALE.

Lo svolgimento della civiltà degli Indi si collega essenzialmente alla mutazione ed estensione delle loro sedi. Essi abitavano ne' primi tempi insieme alle altre stirpi ariache; in un secondo periodo, con cui ha principio la vera storia, occuparono partendosi dal West, il territorio degli Indi e dei cinque fiumi (Pendjab); il terzo ciclo principia dal lato di est collo estendersi nella valle del Gange, e da meriggio con la occupazione dell'Indo fino alle pendici occidentali del Vindhja, ove fiorì verso la metà del secolo VI innanzi Cristo un vasto regno indiano (2). Que-

(1) L'opera principale recentissima è: Cr. Lassen « Notizie sulle antichità indiane »: di che non sono per anco usciti se non due volumi, 1847. — Lassen promette pure l'esposizione dello spirito indiano nello stato e nella famiglia. Prima ebbimo l'opere di Heeren: « Idee sulla politica ecc. » 1° vol.; di Bohlen « L'India antica con riguardo all'Egitto; T. Bensley nell'enciclopedia di Ersch e Gruber, sez. II, vol. 17, 1849 (l'articolo ragionato empirie quasi l'intero volume); Roth. « della letteratura e storia del Veda » 1845; Weber; « lezioni sulla storia della letteratura indiana » 1852.

(2) Di già verso il mille avanti Cristo era occupata la costa occidentale del Dekan in parte dagli Arii indiani. Che l'antico Ophir, col quale a' tempi di Salomone avea luogo un vivo commercio fenicio-ebraico, debba cercarsi su di una costa dell'India, venne provato con buoni argomenti da Bensley e da Lassen, 1853, il quale ultimo colloca quel luogo sulla costa di Abhira.

st'epoca si è quella delle lotte cogli antichi popoli appartenenti ad una razza, non arica ma per la maggior parte negra, cioè coi Tschandala al Gange, coi Negri Sudras all'Indo, coi Gondas al monte Vindkja (ove abitano tuttora nelle grotte). A questo tempo rimonta nel paese del Gange il sistema di caste colla relativa letteratura, e nello scorcio di un tal periodo avvenne la riforma recata dal buddismo. Nel quarto ciclo si dilungarono gli Indiani verso il Dekan a meridione, ove innanzi tutto soggiogarono gli indigeni Parias, ed abitarono l'isola di Ceylan intorno al 543, che alla metà del terzo secolo innanzi Cristo divenne la sede principale del buddismo espulso dalle Indie.

Intorno a' prischi tempi ovvero sul *primo periodo* trovansi soltanto pochi cenni nei più antichi scritti dei Veda (luogo di stirpe *Ved*, dal che il latino *videre*); ma è a notarsi che i canti di Ritsch-Veda, il più vecchio dei quattro Veda (Ritsch-Veda, Samar-Veda, Jagur-Veda e Atharvana-Veda) contengono delle meditazioni religiose comuni all'antico popolo di Zend, ai Greci, agl'Itali ed ai Germani, le quali devono essere state in uso fra questi ceppi nelle sedi primitive innanzi che essi si separassero. Così dicasi del modo con cui vien concepito e adombrato il padre cielo *Dyaushpitar* Ζηνς, *Diespiter*, dal quale origina l'infinita atmosfera o cielo che circonda l'universo: *Varuna*, Ουρανος; la madre terra; i raggi del sole, quali vacche al pascolo; il Dio possente che scaglia il lampo e la saetta; la metamorfosi dell'anima in aria, cui il vento sulle sue ali quel fedel cane di guardia che segue, trasporta al luogo del destino; come ciò vien provato dalla identità di *Sarameya* e di « Εσμειζς. » (1). In queste primitive età nelle quali le stirpi ariche aveano tali credenze comuni fondamentali, viene la divinità considerata come influente sovra le apparizioni naturali e nel mondo di natura, ma però da questa non è distinta nè con essa identificata. L'espressione di tale antichissima veduta pare sia quella santificata di *Om* ed anche *Aum*, con cui più tardi era ingiunto si incominciasse qualunque preghiera, che viene sempre adoperata per denotare l'ente primo, come uno, supremo ed integro, com'anco il cielo, l'atmosfera e terra, e che poscia indicò l'unità nella trimurti (2).

Nel *secondo periodo* in cui il popolo indiano prese stabile dimora nel territorio dei cinque fiumi, furono senz'altro compilati i più vecchi inni e canti di Ritsch-Veda, sebbene la redazione attuale appartenga ad un periodo posteriore. Noi abbiamo però da essi de' schiarimenti importanti intorno alla manifestazione della vita in quest'epoca (3). I punti princi-

(1) Consulta Weber, p. 57.

(2) Vedi il codice di Manu, II 74-77; Benfey a p. 149 sviluppa le ragioni per le quali convien credere che in quei primi tempi avessero gli Indi un concetto dell'unità di Dio, e che quindi fosse posteriore il culto politeistico di natura.

(3) Weber al luogo sovrandicato, p. 57, così si esprime: « I più antichi canti del Ritsch-Veda ne presentano il popolo indiano stabilitosi lungo le rive dell'Indo; diviso in piccole tribù le quali reciprocamente sfidandosi, con-

pali sono i seguenti: La divinità viene specialmente venerata — secondo il concetto persiano di ente luminoso — nelle tre apparizioni della luce, Dio del fuoco, *Agni*; del tuono e del lampo, *Indra*; e del sole, *Surya*. Non sussiste ancora il sistema delle caste; il popolo è diviso in molte piccole stirpi conducenti una vita agricola e pastorale, e più volte combattenti. La requisizione delle vacche viene citata ne' primi tempi come larga sorgente di contese. Il matrimonio regolato coi principii della monogamia; la donna rispettata secondo l'interna vocazione, e partecipa alla poesia religiosa. Non avvi per anco un special ceto di sacerdoti, ma bensì famiglie di cantori nelle quali e passa l'arte nonchè la conoscenza degli inni, e si ha l'origine alle famiglie dei sacerdoti. Alla testa d'ogni piccola comunità è posto un re, il quale trovasi essere ad un tempo il sacerdote comune per i sacrificii collettivi, ed il signore nella propria casa. Finalmente avvi la credenza dell'immortalità dell'anima, ma non già nella trasmigrazione la qual dottrina gli è un posteriore insegnamento dei Brahmini (1). In queste sedi, specialmente negli ultimi tempi, veggiamo

ducono una vita agricola patriarcale e nomade, abitano isolate in piccole comunità, e nelle pugne vengono rappresentate tra loro da proprii re, ed innanzi a Dio per mezzo di comuni sacrificii. Ciascun padre di famiglia è sacerdote nella sua casa, accende di per sè solo il fuoco sacro e compie le cerimonie domestiche, porgendo omaggio di lodi e preghiere agli Dei. Soltanto pe' maggiori sacrificii comuni, che siolean tenere per feste di stirpe celebrate dal re, vengono designati sacerdoti appositi, che si distinguono per vasta cognizione de' riti necessari e per scienza, e fra i quali sorge una maniera di rivalità, a misura che una schiatta appone la propria felicità ai sacrificii. — Oltre i sacrificii non estendesi ne' tempi antichi l'influenza di questi sacerdoti regali, non conosconsi per anco le caste, il popolo tutto gli è tuttavia uno solo, e porta unico nome, quello di *Vic* — coloni —, titolo che si conservò ancora nella Lituania. Rimarchevole la è poi la posizione delle donne in quell'età; e noi troviamo distintissime canzoni che si attribuiscono a poetesse ed a regine. — Ma nello amore l'elemento tenero ideale vi ha poca espressione, ed ivi scorgesi piuttosto il carattere di una preta sensualità naturale. Però sacro è il matrimonio, e uomo e donna sono entrambi padroni della casa (*Dampati*) e porgono agli Dei precii in comune. — Tuttavia la gratitudine pia verso gli Dei è ignorata del tutto all'Indo. « Dammi tu, che io ti darò » dice l'indiano, e di tal modo accenna pretendere l'ajuto divino come un contraccambio, nè chiederlo per una grazia. In questo stadio di libera forza, in tale vigorosa coscienza di se stessi, ne si offre di certo un più virile e nobile ritratto dell'Indiano di quello che ne venga fatto di riscontrare nelle epoche posteriori ».

(1) Negli inni dei Veda è indicato il cielo più alto per la dimora delle anime. « Ove trovasi la luce imperitura — dice un'invocazione di *Rischt-Veda* — dove abita lo splendore del sole, là portami, o sole, nel mondo immortale indestruttibile. Ove il figlio di *Vivasvat* (il fratello di *Manù*, il primo uomo) domina come re, ove giace la più riposta parte del cielo, ove hanno sede le grandi acque, ove soggiornano il desiderio e la brama intensa, ov'è beatitudine e contentezza, ove gaudio e piacere, ove voluttà ed estasi: colà tu mi lascia essere immortale ». — Vedi *Roth* nel periodico della società te-

il popolo essere dedito di molto all'ubbraiezza ed al giuoco: — immoralità proprie a molti ceppi arici, come la lussuria e la conseguente crudeltà è caratteristica a parecchi semitici. — All'incontro negli altri tratti fondamentali, specialmente nella venerazione del matrimonio e rispetto per le donne, ponnosì ravvisare quelle virtù che veggiamo emergere nelle origini greche e romane, nonchè presso i Germani e gli Slavi, virtù che appo queste stirpi servirono di fondamento ad un nobile ordine sociale.

Nel *terzo periodo* veggiamo essersi gli Indiani diffusi nella parte superiore dell'*Hindostan* ed in quella superiore e media del *Gange*. Incerto rimane se a cotali terre si recassero attrattivi dalla bellezza dei luoghi, oppure per necessità veniente da troppo condensata popolazione. Ma queste regioni non ebbero ad essere conquistate se non per continue guerre colle razze selvaggie indigene. Indi cominciarono lotte incessanti fra i primi entrativi e le orde successivamente irrompenti; e finalmente scoppiò per il supremo dominio nella nuova patria, una guerra sanguinosissima tra i preti ed i duci dell'emigrazione, formanti a motivo del continuo stato bellicoso un ceto potente e compatto. Il popolo se' che la vittoria fosse de' sacerdoti riuniti anch'essi in caste, avvegnachè in loro scorgesse gli intermediarii tra esso e gli Dei largitori di forza e felicità, nonchè i conservatori delle sue più care memorie. Quinci ebbe a svilupparsi un novello ordinamento, sanzionato da un diverso sistema sacerdotale che modificava essenzialmente le prische dottrine ed istituzioni, ed era ad un tempo metafisico religioso e sociale. La vita dello spirito veniva fiaccata e presso che spenta nel popolo. Le lunghe guerre che finiscono sempre collo ingenerare la signoria della forza, distrussero le prische libere comunali istituzioni delle stirpi, e concentrarono il vero potere nelle mani della nobiltà guerriera e del ceto sacerdotale. Il rimanente del popolo si gettò all'agricoltura, da esso poscia segregaronsi gli operai ed i commercianti. Questa condizione di fatto ricevette poscia sanzione da un sistema, il quale traacciava pure lo stato dei soggetti indigeni in faccia ai loro nuovi signori. Si fu tale *sistema di caste* che a poco a poco dal ritrovarsi messo in pratica si elevò a sistema, e questo venne preparato dalle collezioni, annotamenti, e riforme fatte dal sacerdozio sui Veda esciti nel periodo precedente. Per il che l'antichissimo Ritscht-Veda e l'Atharvana-Veda sorto specialmente in questo periodo, sono animati da uno spirito del tutto diverso; in quello un caldo amore per la natura; nell'altro un vano timore degli spiriti maligni e delle loro forze incantatrici. Sulle prime viene riformata la vecchia religione nel culto di *Brahma*, colla *Trimurtis* di Brahma, Vischnu e Siva, le tre rivelazioni del supremo Brahm (espresso come neutro). Invece soltanto in questo cielo si forma la cre-

desca-orientale IV, 427; e Duncker. 2. vol. p. 26. — La credenza che le anime degli avi errassero per l'aria bisognevoli anche di nutrimento, pare sia stata un' impulso essenziale a stabilire i sacrifici a beneficio dei defunti.

denza della *trasmigrazione delle anime*, originando dalla miscela delle dottrine insegnanti avervi una gerarchia di esseri, una graduata elevazione morale degli spiriti, un giro delle cose, trovarsi svariatissimo lo stato delle cose oltre il sepolcro, avervi un cielo ed un inferno, il quale ultimo viene dipinto con terribili colori, e le cui pene si mostrano sulla terra di nuovo specialmente nel ritorno alla vita. Finalmente il sistema delle caste appoggia sulla metafisica e religione. Hannovi quattro caste e rappresentano i gradi della creazione che vengono da Brahma. Dalla bocca di Brahma escirono i *Brahmini* (sacerdoti, sapienti, impiegati di stato); dal braccio, i guerrieri, *Kschatrija*, ai quali il re appartiene per nascita; dalla coscia, i *Vaisja's* (la casta esercitante l'agricoltura, i mestieri ed il commercio); dai talloni, i *Sudra's* (servitori, schiavi). Le prime caste appartenevano alla razza arica, e (per la religione) diconsi quelli nati due volte, *Devidja's*; in queste caste pare venissero accolti i vinti indigeni abbraccianti la religione dei vincitori. Tra queste quattro caste si trovavano pure i *Tschandala's*, composti di abitanti primitivi rimasti saldi alla propria fede, e di quelli che nascevano da unione vietata delle altre caste. Un tale nuovo ordine sociale di caste, nonchè la dottrina religiosa, morale e giuridica che vi si riferisce, venne stabilito dal codice di *Manu*, che ebbe a subire molteplici cangiamenti.

In siffatta epoca di pace secolare, videro la luce i più rimarchevoli componimenti etici, il *Maha-Bharata*, al quale servi d'argomento la pugna tra i popoli arici e gl'indigeni dell'Hindostan, e celebre specialmente pel sublime episodio di Bhagavad-Gita (1), il quale può tenersi come un'enciclopedia mitologica, filosofica, poetica e storica, nonchè per quello di *Ramajana*, vera epopea la quale sembra ne' suoi canti alludere alla diffusione della civiltà arica nel sud (Dekan), e specialmente nel Ceylan.

In cotale età ebbe a svilupparsi in guisa tale la *speculazione filosofica*, da poter noi tenere per certo essere la filosofia indiana passata da tutte le possibili fasi cui è concesso allo spirito umano di attraversare. Tra questi sistemi principali (2) gli uni vengono indicati come ortodossi, gli altri come eterodossi. Il *Sankya* (ponderazione) di *Kapila*, che era annoverato fra gli eterodossi, ed il quale propugna uno spiritualismo ideale, servi di punto di partenza alla riforma religiosa del buddhismo, col quale comincia un quarto periodo.

(1) G. di Humboldt ne porse nella trattazione storica filosofica dell'accademia di Berlino, 1832, intorno al Bhagavad-Gita, una esposizione chiara e dettagliata. La compilazione di quelle epopee, ritiene esso avvenuta prima del 1000 avanti Cristo, la qual data pare per le recenti indagini debba modificarsi non poco.

(2) Sovra i sistemi filosofici abbiamo anche lo scritto pregievole di Colebroocke « les Asiatiques reseherches » tradotto in francese da G. Pauthier sotto il titolo: « Essai sur la philosophie des Hindous »; dopo è specialmente rimarchevole la esposizione di Benfey a p. 283; indi, Windischmann, la filosofia nel progresso della storia universale.

La quarta epoca ha principio colla riforma religiosa e politica del brahminismo e delle caste, operatasi dal *Buddhismo*. Intorno alla venuta di Buddha (l'illuminato) le tradizioni della setta istessa ondeggiavano tra il 2422 ed il 543 avanti Cristo, col qual ultimo tempo (a cui molti accedono, malgrado lo stimino troppo recente) i Buddhisti del sud incominciano la loro epoca. Quel riformatore institui colla dottrina così detta di Sankhya, un pantéismo ideale, in cui il primo Ente ebbe ad essere così distinto da ogni attributo, che in esso non si volle scorgere se non un nulla ateistico. Buddha vuol soltanto salvare lo spirito dal perenne cangiamento di nascita e di destini, coll'unirlo all'Ente primitivo nella beatitudine Nirevana. A questo stato guidano le sei virtù, dell'elemosina, moralità, scienza, solerzia, pazienza ed amor del prossimo. Tutti i sacrificii cruenti furono aboliti; distrutto il politeismo brahminico ed il sistema delle caste. Il Buddhismo, forse a cagione di sua severa morale, incontrò poco favore nell'Indostan fra il molle popolo, le cui tendenze sensuali vennero anche attualmente accarezzate da Brahmini per il nuovo e splendido culto del Krischna e delle divinità femminili. Perciò dopo una lunga e sanguinosa lotta coi Brahmini venne il Buddhismo bandito, ma si diffuse però nell'antica sede, nel Pendjab, ove il sistema delle caste non fu giammai, manco al presente, adottato; com'anche nel Thibet; 200 anni circa avanti Cristo nella China; e 240 avanti Cristo in Ceylan (1). Più tardi decadde il Buddhismo nel Thibet ove conserva tuttora la sua sede centrale, e degenerò in un grande sistema gerarchico, avente alla testa il Dalai-Lama.

Una posteriore riforma, ma circoscritta al territorio del Pendjab, si operò nel secolo XV di Cristo dalla dottrina di *Manaka* fondatore della setta dei *Sikhs*, per la quale veniva ingiunta la adorazione di un Dio ma senza cerimonie, ed imposta una morale assai dolce che ebbe presto a tralignare. Quella innovazione seguì al tentativo di conciliare la più antica credenza religiosa coll'Islam, il quale perseguì duramente il Brahminismo senza però riescire a distruggerlo.

Il più recente tentativo di ricondurre il sistema religioso e politico di Brahma, mercè interno impulso e scientifica reazione, alla prisca dottrina dei Veda, venne fatto dal dottissimo Brahmino Rammohun-Roy (2) il quale

(1) Il Buddhismo è divenuto, dopo il Cristianesimo, la religione maggiormente diffusa, però che abbia 192 e secondo altri 295 milioni di seguaci. Dietro il calcolo più accurato e possibile si contano: 260 milioni di Cristiani; 240 milioni di Buddhisti; 153 milioni di Moslem (Musulmani); 117 milioni di Brahmini; 5 milioni di Ebrei.

(2) Intorno a *Rammohun-Roy* che morì a Londra nel 1833 durante un viaggio scientifico in Europa, vedi un articolo di G. Pauthier nella « Revue encyclopedique » Paris, dicembre p. 694-706; ed un più recente articolo inserito nel « Magazzino di letteratura estera » ove dice: Tra queste varie discordie si fecero sempre più numerosi i suoi seguaci; essi formarono una riunione di Brahma, e si radunarono in giorni fissati nei quali leggevasi i Veda, tenendosi sermoni spirituali nella lingua del Bengala. Cantici composti dallo stesso Rammohun-Roy ponevano fine per costume a questo culto mo-

a codesto s'adoprerò mostrando come l'antica fede declinasse ne' tempi posteriori; animati di certo dallo spirito religioso e morale del Cristianesimo (malgrado che lottasse co' missionarii inglesi); e per ciò venne sparso un seme ch'ora fruttifica con molta, buona fortuna. Da molti dati possiamo indurre, come la gran stirpe indo-arica, che è pur sempre vigorosa di spirito e di corpo malgrado la decadenza sua, debba per disegno provvidenziale risorgere a novella vita, mercè la civiltà sussidiatrice de' suoi consorti di stirpe europei, nonchè per gli attuali ordinamenti inglesi, sempre più volti a favorire il vero incivilimento.

§ 2. *Il diritto indiano secondo le sue fonti ed il suo carattere.*

Nell'India il diritto considerato in connessione intima coll'esposto svolgimento di civiltà e colle modificazioni sue, si offre nelle sue fonti a chi brama conoscerlo e seguirlo nelle fasi a lui proprie, molto più precisamente che non avvenga presso altri popoli orientali (1).

1. Le più antiche opere sul diritto e costume appartengono alla letteratura dei Veda; quindi al secondo periodo, e portano il titolo di *Smartasutra*, cioè basate sovra gli *Smiriti*. Smiriti significa memoria e quanto può essere materia od oggetto di essa. Per il che vedesi come la più remota fonte del diritto fosse quello che sussisteva nella memoria, nella tradizione (2), non altrimenti degli oracoli giuridici della Germania (proverbi, sapienti). Solo nella terza epoca, quando si fece più stringente il

noteistico. La giovane comunità fondò una propria stamperia, cercando far proseliti per mezzo di fogli volanti scritti nella lingua del Bengala, ovvero per la edizione di opere sulla Vedanta (sistema filosofico che fondasi sui Veda). A questa riunione di Brahma si contrappose ben presto quella di Dharma, ossia della legge. E di tal guisa fu posto il fermento nella più ottusa parte degli abitanti indiani, fermento che potrebbe dopo un tempo conveniente dilatarsi a tutto l'Indostan e risollevarlo l'infelice popolo ad una nuova esistenza bella e morale. — Per quanto ne viene comunicato dalla società asiatica, attualmente s'interessano i dotti indiani alle ricerche delle antichità dell'India; nel che dovrà poscia spiegare la sua energia lo spirito di indagine europeo. Un tedesco non può che difficilmente pensare all'India, senza rammentare le parole di Giusto Möser: « che un capitano alemanno comanderebbe al Gange, se l'Impero tedesco si fosse trovato sufficientemente forte o propenso a sostenere i diritti degli antichi *Hansu*. » Possa almeno la scienza tedesca prendervi parte nelle conquiste della civiltà, eziandio a beneficio del popolo indiano.

(1) Sul diritto indiano, vedi innanzi tutti *Spangenberg* « periodo di legislazioni estere » vol. IV, p. 64; *Gildemeister* « biblioteca sanscrita » 1847; *Weber*, « lezioni sulla letteratura indiana » 1852. — Intorno agli speciali rami giuridici, vedi: *Colebrooke*: « Two treatises on the hindu law of inheritance » Calcutta 1810; *Gans* nel suo « diritto ereditario » vo. 1; *Stenzler* « Specimen juris criminalis Indor. » 1842; *Kalthof* « Ius matrimonii veterum Ind. » etc. 1829; *Klemm* « Storia della civiltà » vo. 7. p. 374-407.

(2) Confronta *Weber* a p. 16; torna strano che *Warnkönig* non ricordi questa fonte importantissima.

pericolo di smarrire per sempre le care rimembranze e tradizioni, ebbesi a raccomandare il diritto alle scritture. Del resto non si può sconoscere l'influenza che esercitarono i Brahmini nella redazione di quelle leggi. In esse noi troviamo un ricco tesoro di antichissime vedute, ed avvi ancora di molta differenza dal posterior codice di Manu, specialmente per un concetto assai più puro che in questo, del rapporto de' conjugii e dei genitori.

2. La second' opera che viene stimata un capolavoro, gli è il codice di *Manu* (1) (Manava=Dharma=Sartra, cioè collezioni di leggi di Manu) il quale venne in luce dopo la vittoria del sistema brahminico, ebbe a subire di molte modificazioni, e venne a compimento soltanto verso il 600 avanti Cristo. Quest' opera contiene collegate tra loro le norme per l'intero ordine di vita etico, religioso, morale e giuridico, alla violazione delle quali trovasi sempre contrapposto un castigo, quando solamente religioso e morale, quando esterno e giuridico. Per cotai legge vincolante sino i più minuti ed inconcludenti atti della vita interna ed esterna, si tolse al popolo indiano ogni maniera di libero movimento. Il codice stesso ebbe ad essere variamente modificato nel corso dei secoli per consuetudini originate dai rapporti, modificazioni delle quali alcune furono un vero peggioramento, p. e. l'abbruciarsi delle donne; malgrado ciò lo spirito rimase sempre tirannico ed opprimente.

Dalla emissione del codice di Manu in poi, il diritto indiano grado grado essenzialmente cangiò. Come asserisce G. Jones nella nota alla fine della sua traduzione inglese, opinano i dotti Indi, essere stato quel codice di utile applicazione soltanto per le tre prime età del mondo; ed essere me-

(1) *Manu* non è persona storica, ma il primo uomo emanato da Brahma, ed è quegli che pone in luce e coordina ragionevolmente (manas-mens in tedesco: Mensch-uomo) i rapporti della vita con quanto avvi di divino. Gli Indiani appongono il nome di Manu a 14 persone, di cui ciascuna precede un ciclo. Fin qui apparvero di già 7 Manu, ed il Codice si riferisce al primo di loro. *Bhrigu*, che è pur esso soltanto una persona mitica, raccolse e coordinò quelle leggi. *Chezy* fa risalire l'origine di queste al 1500 avanti Cristo, avvegnachè il codice del Buddhismo, che vuolsi uscito il 1000 avanti Cristo, non le conoscesse per nulla. I motivi per attenersi all'epoca indicata nel testo, ce lo porge *Dunker*, 2 vol. p. 93. Il codice di Manu venne tradotto in inglese da Jones, Calcutta 1796, e da *Colebrooke*, Londra 1801; in francese da *Loiseleur des Longchamps*, Paris 1833; e venne questa traduzione ristampata nei « livres sacrés de l'Orient » da *G. Pauthier* 1840. L'opera si divide in 21 libri, ogni libro in *stokas* ovvero stanze di due versi. I 12 libri trattano: 1) la creazione; 2) i sacramenti ed il noviziato, 3) il matrimonio, e i doveri del capo di famiglia; 4) i mezzi di guadagno; 5) le regole d'astinenza; 6) la purificazione delle donne; 7) il contegno dei re e de' guerrieri; 8) i doveri dei giudici e le leggi civili e criminali; 9) la continuazione delle leggi civili e criminali, nonchè i doveri degli agricoltori, industriali, servi, e specialmente gli obblighi dei conjugii ed il diritto di successione; 10) le classi miste, e i tempi della carestia; 11) la penitenza ed espiazione; 12) la trasmigrazione delle anime e la beatitudine finale.

stieri che nella presente età, Kuli=Yuga, in cui si sfaccò il sentimento spirituale e morale degli uomini, si faccia luogo a novelli ordinamenti in parecchie istituzioni, cioè nel sistema delle caste, nella famiglia, nel diritto ereditario. Il che traducendolo nel nostro linguaggio, suona aversi bisogno di mitigare la troppa severità e di stabilire migliori provvedimenti; e tali aspirazioni sono da opporsi in parte all'influenza dell'Islam. e negli ultimi tempi, a quella del Cristianesimo. Impertanto il codice di Manu pose la base ed il punto di partenza ad una letteratura giuridica, di cui parte è dettata in sanscrito, ed il resto nella moderna lingua indiana. In essa letteratura emerge l'opera scritta tra il secolo 2. e 3. avanti Cristo, da *Yajnavalky*, la quale rappresenta il primo svolgersi delle lettere dopo Manu (1) ed in essa insegnasi i documenti sulle *donazioni* di terreno doverosi inscrivere in lamine di metallo, e di più vengono stabiliti i chiostri (cose che non occorrono in Manu). L'opera è compilata in 3 libri contenenti di molta materia, ed esprime un progresso e per maggiore acutezza e precisione.

Più tardo cominciò una *dottrina giuridica* moderna, per cui furono compilate vaste collezioni, la maggiore parte nel Dekhan, alle quali servirono di impulso, varii principi e re, ed il pratico bisogno. Conquistato nel 1765 (pel trattato di Allahabab) il primo territorio sovrano dagli Inglesi, sendo questi venuti nella determinazione di reggere gli Indiani secondo le loro proprie leggi, Warren *Hastings* (a que' tempi governatore generale) fece che si compilasse da 11 Brahmini un sunto de' più importanti codici delle leggi, sunto che tradotto in persiano e da questo in inglese, esci nel 1776 sotto il titolo (2): *Code of gento law* » a Londra. E da quell'epoca originano gli studi sanscritti. Per il che ove vogliasi ottenere un ritratto storico della vita giuridica e morale degli Indiani, alla quale si riferiscono pure le varie fonti del diritto (3), è forza partirne in diversi periodi. Ma qui noi non porgeremo se non i tratti fondamentali dell'ordine del vivere degli Indi, secondo il codice di Manu.

I caratteri fondamentali sono:

Il *sistema di caste* quantunque eretto sovra basi metafisiche e religiose dai Brahmini, ed all'intento del loro speciale interesse, tuttavia lo tro-

(1) Quest'opera venne edita in sanscrito ed in traduzione tedesca di Stenzler 1849. Nella prefazione viene segnato il rapporto di quest'opera col codice di Manu; vedi pure Weber, « lezioni » ecc. p. 245 e seguenti.

(2) L'opera stessa venne tradotta in tedesco da *Raspe*, sotto il titolo: « Codice ovvero collezione delle leggi dei *Pundit*, cioè dei dotti giureconsulti indiani. » Amburgo 1773.

(3) Avvegnachè la norma etica della vita indiana non abbia per noi che un interesse storico, dovremo solo per quanto è concesso porre in luce le principali differenze che si riscontrano ne' rapporti giuridici della vita nei principali periodi, il che è quanto fin qui non venne fatto. Ma i rapporti giuridici non possono profondamente comprendersi senza gli *interni fondamenti* etici della vita. *Gans* solo ne porse l'iniziativa a quest'ultime indagini, nella sua opera sul diritto ereditario.

viamo sufficientemente moderato in quanto essi per tali ordini non trasero a sè l'immediato dominio. Quel sistema riconosce espressamente il re quantunque appartenente soltanto alla seconda casta, pel vero signore dello stato, ed a lui trovansi soggetti anco i Brahmini nel riguardo sociale e giuridico. La superiorità della casta de' Brahmini la è di natura soltanto religiosa e morale, e le viene assicurato il rispetto da mere prescrizioni religiose, come sono minacce di pene infernali, e tormentosi ed orribili rinascimenti. Questo stato indiano non è quindi uno stato sacerdotale. Siffatta maniera di divisione del potere, nonchè l'equilibrio serbato fra la casta de' Brahmini e l'esterno potere sociale, hanno senza dubbio cooperato alla lunga durata di questo ordinamento.

Suprema norma direttiva e primo dovere del re, viene indicato essere la *giustizia*. Ma questa non la si vide altrimenti nella sua essenziale unità, ma apparve rifranta nel prisma del *diritto delle caste*. E questo andrà più o meno modificando la persona giuridica, il matrimonio, il diritto di eredità, quello sovra i beni, e specialmente il penale. Avvi in oltre nelle caste una *essenziale contrapposizione* fra i nati due volte, *Dwidja's*, componenti le prime tre caste, e gli altri i *Sundra's*, ristretti alla quarta.

La fisonomia caratteristica di tutta la legislazione di Manu appare in questo; che la complessiva vita indiana ne' suoi essenziali rapporti si congiunge e si fa una colla esistenza *oltre la tomba*, nè in se stessa ovvero nella sua fase terrestre, riscontra scopo o materia di sorta. Avvegnachè cerchi innanzi tutto la filosofia indiana, riunire lo spirito individuale all'assoluto, a Dio; così la legge coordina le relazioni della vita a fini oltre sensibili; e lo stesso elemento divino, cui l'Indiano ravvisa panteisticamente nell'universo, non santifica per nulla la vita e le sue più nobili istituzioni, p. e. il matrimonio, ma promuove soltanto degli sforzi ad un'intima unione, od assorbimento nell'Unità primitiva. Tuttavia questa tendenza era ben lungi dallo animare la prisca vita popolare indiana, ma venne impressa e costantemente serbata gagliarda, dal sistema religioso dei Brahmini, e per quanto la si possa tenere per una esatta esposizione dell'elevato sentire del popolo indiano, non cessa però d'essere barriera al progresso, ed inceppamento di qualsiasi libertà.

Quantunque il matrimonio sia stato ordinato a poligamia, pure da molti passi del codice possiamo essere condotti a credere, che una tale istituzione in origine avesse assunta la forma della monogamia; certo essendo che questa esclusivamente fosse giudicata perfetta. « Soltanto quell'uomo — dice il passo, è perfetto, il quale abbraccia tre persone, sua moglie, lui stesso, e suo figlio. » Indi la sentenza dei Brahmini che « l'uomo forma con sua moglie un'unica persona » (1). Ma la poligamia è consentita con de' limiti, pe' quali l'uomo non può scegliere la sua *prima* moglie che dalla casta sua, e l'altre dalle inferiori; onde al Sudra non si

(1) Manu 9, 45.

concede avere dalla propria casta che una sol donna (1). Veruno non può giammai anelare a femmina di casta superiore, chè altrimenti ne sarebbe punito per severi gastighi; ed i nati da simili amori, non sono accolti in alcuna casta, e gittati fra i Tschandulas ed i Parias. Lo scopo del matrimonio non è immediatamente riposto in esso stesso, si bene nella conservazione del genere umano, e principalmente nella procreazione di un figlio, avvegnachè questi solo possa consumare il *sacrificio dei defunti*, mercè il quale il morto viene innalzato ad un cielo superiore, o liberato dall'inferno. L'uso estesissimo dei sacrificii pei morti, condusse alla costumanza, più tardi abolita, per cui il marito permetteva che colla propria moglie da cui non avea prole, giacesse il fratello di lui od un altro parente (Sapinda) (2), all'intento di avere un figlio.

La *conclusione* del matrimonio può effettuarsi in 8 forme (3), la cui molteplicità è in parte resa necessaria dalla differenza delle caste, ciascuna delle quali rende valido giuridicamente il matrimonio, malgrado che alcune di quelle vengano rigettate dalla religione e dalla morale.

Il contegno dell'uomo verso la donna dev'essere decoroso. Quantunque il codice parli della femmina men nobilmente di quanto se ne pensasse nei primi tempi, ai quali offronsi donne venerate e poetesse sacre (4),

(1) Ma. 3. 15. — Che un tal divieto fosse antichissimo, parmi lo si possa provare anche coi versetti 9, 67 in cui è detto del re *Vena*, « il quale una volta riuni l'intero mondo terraqueo sotto il suo dominio, che avendo lo spirito allacciato da sensuali appetiti, avesse permesso il frammischiare delle caste. » — Ma da quel tempo cessò secondo quei versetti 9. 68, il matrimonio dei Sapinda, reso inutile dalla poligamia, dalla antichissima sussistenza del quale è pur forza conchiudere che dominasse la monogamia.

(2) Ma 9. 39. Confronta anche la nota alla fine del codice di G. Jones 3, Smriti, 1.

(3) Queste 8 forme sono: 1) il matrimonio di Brahma, per cui il padre veste la figlia di un semplice vestito, e la consegna al dotto nei sacri riti, cioè al Brahmino, cui egli invitò ed accolse; 2) il matrimonio degli Dei, lorchè il padre dopo avere adorna la figlia, la affida al sacerdote che compì il sacrificio; 3) il matrimonio dei santi, quando il padre ha destinato per la cerimonia religiosa, o per la stessa figlia, due vacche; 4) quello delle creature, in cui il padre marita la figlia, porgendo segni d'onore agli sposi e dicendo: Esercitate entrambi i prescritti doveri; 5) quello degli spiriti maligni, che avviene quando lo sposo presenta ai genitori della fidanzata ed anche a questa, dei doni secondo il suo stato (specie di compera riprovata dalla stesso Manu); 6) l'altro dei musci celesti, se il matrimonio ha luogo per reciproca promessa (matrimonio che per essere proveniente dalla simpatia e volto alle dolcezze dell'amore viene anch'esso biasimato); 7) quello dei giganti, avente luogo coll'essere la sposa tratta a forza; 8) il matrimonio esecrato dei vampiri, ove un amante s'impadronisca d'una donna dormiente, ubbriaca, o che ha smarriti i sensi. Vedi Manu 3, 27-37. Secondo Manu 3, 28, non si avrebbero giammai a stringere matrimoni di spiriti maligni e di vampiri; a tenore d'altra opinione 3, 24, era permesso il matrimonio degli spiriti maligni, presso le due infime caste.

(4) Ma. 9, 17.

pure così si esprime (1): « Dove le donne sono tenute in onoranza, là trovano gli Dei la loro compiacenza; ed ove no 'l sono, tutte le pie opere riescono inefficaci »:... « e (2) ad ogni famiglia in cui l'uomo si compiace della donna, e questa dell'uomo, è assicurata perenne felicità. »

Ed è a rimarcarsi, come la poligamia, la quale più tardi varcava gli stessi confini posti dal codice, nell'India giammai trasmodasse col crescere del potere regale, come avvenne presso altri popoli asiatici, animati da elementi popolari semitici. Le donne conservarono sempre anche nella vita esteriore più libero movimento.

Ma esse per le disposizioni del codice non sono giammai *indipendenti*. Ed è scritto (3) che stieno sotto la tutela del padre loro nella infanzia, sottoposte a quella del marito nella gioventù, ovvero (se vedove) nella vecchiaia è mestieri si assoggettino alla protezione dei loro figli (cioè del primogenito, oppure di colui, che in vece sua gli è il capo della famiglia). Ogni guadagno di esse, dei fanciulli, e schiavi, è somnesso al padre di famiglia, ma tuttavia e donne e fanciulli ponno possedere un bene separato (4).

I *divorzii* (5) sono permessi ad entrambe le parti per molti varii motivi (6); però ad alcuni di essi vanno congiunte delle perdite pecuniarie.

Il *diritto ereditario*, non altrimenti del matrimonio, ha la sua base fondamentale nei *sacrificii pei defunti* (7). Ma sendo pure uno degli scopi del matrimonio, il perpetuare la famiglia, così anch'esse le leggi sulla eredità tendono a serbare unito il patrimonio delle famiglie. Questo diritto è per lo più devoluto ab intestato, ma però si concede al padre il dividere in certi casi la sostanza da lui acquistata, tuttavia in generale sempre fra i chiamati a succedere. Che se il genitore defunto, mentre visse non divise i proprii beni, i figli finchè vive la madre non si distribuiranno la sostanza paterna. Il figlio maggiore subentra al posto del padre, e tiene la madre stessa sotto la sua protezione. Ma come la madre è morta, può quegli, *quando sia pregevole per molte virtù*, prendere possesso di tutta la facoltà, ed a fratellii è forza vivere sotto la sua tutela, non altrimenti che se fosse il padre. Tuttavia qualora questi desiderino esercitare separatamente i loro pii doveri, ponno pretendere la divisione de' beni (8).

(1) Ma. 3, 86.

(2) Ma. 3, 60.

(3) Ma. 9, 3.

(4) Ma. 9, 194; 9, 208.

(5) Ma. 9, 3, 2.

(6) Ma. 9, 194; 9, 208.

(7) Ma. 9, 72.

(8) *Gans*, nel diritto ereditario T. I. p. 281 e seguenti, chiama il diritto di successione degli Indi, un diritto ereditario dei *sacrificii pei defunti*. Nella sfera di ciascuno dei due diritti di successione, dice *Gans*, si ritrova la stessa partizione che viene accennata come una serie necessaria di gradi nei sacrificii pei defunti. Innanzi tutto, succedono gli adoratori e quelli che cele-

Per la divisione vi hanno due prescrizioni; a maniera che sussistono soltanto figli della *stessa* madre, ovvero se ne ritrovano dei nati da femmine di varie castè (1). Incapaci d'ereditare sono: gli eunuchi, i reietti, i ciechi e sordi tali dalla nascita; i mentecatti ecc.: essi hanno però diritto agli alimenti ed al vestito per tutta la lor vita, ma i loro figli non incapaci; succedono come eredi (2).

Intorno al *diritto sulle cose*, veggiamo potersi acquistare la proprietà, e come che non vi abbia alcuna restrizione nel codice, anche la proprietà fondiaria, e ciò da qualsiasi casta. Gli è bensì vero dirsi de' Brahmini, essere padroni di quanto avvi in India; e del re, aver desso la signoria del terreno (3), ma ciò viene asserito sol quando trattasi della divisione d'un ritrovato tesoro. I modi d'acquisto della proprietà, in parte sono generali, come il diritto di eredità, caccia, divisione e ritrovamento di cose non aventi padrone; in parte speciali alle varie caste, come per i Brahmini la donazione e l'elemosina, per il guerriero la preda e la conquista, per il Vaisja e Sudra il lucro tratto dall'agricoltura, i mestieri ed il commercio. La *prescrizione* può far cessare la proprietà. Se un proprietario permette, quindi conoscendo la cosa, pel decorso di dieci anni che un bene proprio sia usufruito da un'altro, perde sovra di esso ogni diritto (4).

Il *diritto sugli obblighi* non venne largamente sviluppato; tuttavia non mancano le disposizioni essenziali sovra il concludersi dei contratti, intorno al mutuo, al pegno, alla garanzia, al deposito, alla compera e vendita, locazione, società e pretese di indennizzo. I contratti stretti da un briaco, mentecatto, minorenne, dipendente del tutto, o vecchio decrepito, come da chi senza mandato trattò per un'altro, sono invalidi. E non altrimenti avviene di qualsiasi convenzione nella quale abbia avuto luogo la violenza o l'inganno. Nulli sono pure i patti che trattano di cose contrarie alle leggi, ovvero a consuetudini inviolabili (5).

Nel mutuo è permesso, quando non sia dato alcun pegno, percepire

brano i principali sacrificii pei morti, però i successori sino al pronipote. E qui ha vigore il principio di rappresentanza, avvegnachè tra i veneratori non vi abbia alcuno che possa escludere il più lontano. Indi seguono coloro per cui vennero generati gli adoratori, cioè le mogli e le figlie. Nè esse ereditano per proprio diritto o dignità, come membri della famiglia e prossime parenti, ma solo per essere il mezzo onde il defunto si avesse veneratori. — Ultimi vengono gli eredi in terzo grado, cioè quelli che si contengono verso il defunto, come consorti nella comune venerazione. — Però ove non si danno più i sacrificii pei defunti, cessa pure ogni diritto di eredità; ed in tal caso succedono gli offrenti sacrificii d'acqua, ossia i lettori dei Veda, i Brahmini. Ultimo succede il re. (Ma. 9, 139).

(1) Ma. 9, 103.

(2) Ma. 9, 111.

(3) Ma. 9, 201-203.

(4) Ma. 8, 37 e 38.

(5) Ma. 8, 163, 164.

secondo le carte il 2, 3, 4, 5 per cento; quindi il 2 da un Brahmino, da un Sudra il 5 per 100 al mese. Non consentiti gli interessi degli interessi; e gli interessi non devono superare la somma del capitale. Che se il creditore riceve il pegno con diritto di usarne, in tal caso non percepirà altrimenti i frutti del proprio capitale (1):

Il compratore o venditore di cose non consumabili tosto coll'uso (non fungibili), come è a dirsi del terreno, del metallo ecc., può entro 10 giorni annullare il contratto; ma chi tentasse codesto, scorso un tale tempo, incorrerebbe in multa pecuniaria (2). Chi vende beni altrui, commette un furto. Colui il quale acquistò in un pubblico mercato in presenza di varie persone, un bene qualunque sia, e ne pagò il prezzo, e può citarne il venditore, consegue legalmente la proprietà di tal cosa. Che se non gli fosse possibile indicare il venditore, sarebbe tenuto a restituire l'oggetto al vero padrone, con diritto di farsi risarcire a metà del prezzo di compra (3).

Giuoco e scommesse, vietati e tenuti in conto di furto (4). Tuttavia intorno a simile argomento ben poco versa il codice di Manu.

Avvi una guarentigia per la *comparsa* ed il *pagamento* del debitore. In ambo i casi il mallevadore risponde colle proprie facoltà. Se questi riceve danari in corrispettivo della fideiussione, e lascia sostanze sufficienti, sono degli obblighi suoi risponsabili anco gli eredi (5).

Copiosi i provvedimenti sulle *lesioni* d'onore, di proprietà, del corpo, e sovra gli attacchi alla vita; e minacciate relative e proporzionate pene pecuniarie, di capitali, d'onore e libertà, diverse secondo le caste. In molti castighi ravvisasi il principio della riparazione; in altri, della indennità; ed in tutti, quello della tutela del popolo (6). Ma un Brahmino non può giammai venire punito nel corpo e nella vita, e solamente può essere scacciato dal territorio (7).

Permessa è la necessaria difesa in molti casi, e la si estende fino all'uccisione dell'aggressore; chè se questi fosse un Brahmino, e da lui non si avesse nessun modo di fuggire, sarebbe lecito ammazzarlo (2).

Nell'organismo giudiziario, nulla divisione tra casi civili e criminali; ed in ambo le serie, pressochè simile la procedura. Vi avea una maniera di prove per testimoni, rare volte per giuramento; e quando non vi era alcuno argomento umano, si faceva luogo ai giudizi divini (8) (Ordali).

(1) Ma. 8, 140-148.

(2) Ma. 8, 122.

(3) Ma. 8, 201, 202.

(4) Ma. 9, 221.

(5) Ma. 8, 158-162.

(6) M. 252-263. Warnkönig nell'enciclopedia a p. 142, mostra e giustamente come il diritto indiano nulla di comune si avesse coll'antico germanico; nè conoscesse alcun odio di famiglia o relativo componimento fra le parti, malgrado le precise determinazioni intorno alle multe pecuniarie espiatorie.

(7) Ma. 6, 241.

(8) Ma. 349-351.

La legge di Manu sanziona anche lo schiavaggio (che però nell' Indie vi è mite), i di cui modi d'origine si indicano, nella cattività di guerra; nella rinunzia alla libertà, col vendere se stesso per impotenza di pagare una multa pecuniaria. Il Sudra non è per sè stesso uno schiavo, ma può venire astretto a servigi di tal natura (1).

Il sistema giuridico di Manu, come sopra osservammo ebbe a venire ulteriormente svolto e modificato. Il dominio maomettano, quantunque non toccasse il diritto degli Indi nella sua essenza, peggiorò di molto la procedura, in quanto che nelle corti provinciali fondate dai conquistatori, non fosse giudicato secondo il diritto, ma come allestava la corruzione. All'incontro gli Inglesi devono andare vantati, e per avere coordinato il diritto come presentemente ha forza nell' India, e per una saggia organizzazione giudiziaria. Il sistema delle caste ricevette gradatamente, ed in parte anco avanti Cristo, di molte modificazioni. Pressochè completamente estinta si è la casta dei guerrieri; la terza casta si confuse coi Sudra's; soltanto quella dei Brahmini serbossi distinta fino ai giorni nostri.

Il rimanente del popolo si compose in un sistema di corporazioni, le quali per variare secondo le molte maniere di mestieri e modi di occuparsi, sono copiosissime.

§ 3 *L'antico popolo di Zend, ovvero i Battri, i Medi ed i Persi.*

Gli antichi Aarii ed Irani (3) parlanti principalmente la lingua di Zend, dopo essersi separati dalla stirpe indo-arica, ed abbandonata come riferiscono i libri di Zend; la patria loro, Airjamen-Vaego per la rigidità del verno, condotti da *Djemschid*, re mitico, volsero maggiormente all'ovest ed a meriggio, occupando a poco a poco Battriana, Sogdiana, Media e finalmente Persia. Già antichissimamente, almeno così sembra, cransi riuniti in un regno d' *Irano* o *battro*. La religion loro era simile a quella degli antichi Indi, come in parte lo si può desumere dagli scritti del

(1) Manu nel suo codice non ne accenna se non tre: il toccare il fuoco colla mano; la sommersione nell'acqua, ed il toccare il capo della moglie e dei figli; M. 3, 114, 115. Più tardi vennero introdotti altri giudizi divini; della bilancia; del veleno; dell'acqua benedetta; del riso; dell'olio bollente; del ferro arroventato; e delle immagini. Intorno a ciò, vedi Benfey, p. 230.

(2) Ma. 3, 415

(3) L'opere principali sovra questa schiatta, oltre la prima traduzione francese alquanto difettosa del Zen-Avesta fatta da *Anquetil-Duperron* 1771, e l'altra in tedesco di *Kleuker* 2 vol. 1786, sono: quella di *I. G. Rhode* « La sacra tradizione ed il complessivo sistema religioso degli antichi Battri, Medi e Persi, ovvero del popolo di Zend 1820; (si noti come per recenti indagini si faccia distinzione tra la lingua di Zend e l'antico persiano, comunque appartengano entrambi allo stesso ramo); *Lassen*, nell'enciclopedia di Ersch e Gruber, p. 3 vol. 17; *Burnouf* in varii scritti, (commentaire sur le Jaçna, *Löbell* p. 152; il più esteso scritto di *Dunker*, 2 vol.; *Klemm*, vol. 7.

Zend-Avesta pervenuti fino a noi; ed il diritto di essi popoli, forse perchè prestissimo soggiogati, non ottenne uno sviluppo esteso, e poca conoscenza ne abbiamo.

La più antica religione di questa stirpe popolare, la è ancor più semplice che la non sia quella dei posteriori Veda indiani. Il caratteristico di cotale gente si è che dessi non tendano a sviluppare la scienza e tanto meno ad abbandonarsi alla contemplazione, mentre invece si rendono distinti per energia di *volere* ed *operosità*. Il dio luce *Ormutzd* (in *Zend Ahuramazda*, in antico persiano *Auramazda*, cioè la gran sapienza vivente) rivelantesi primieramente per mezzo di *Hom*, è fonte d'ogni bene e signore del cielo e della terra. Siccome nelle più antiche parti del Veda viene presentata la lotta tra luce e tenebre, così un tal combattimento è trasportato sulla terra in mezzo agli uomini; le tenebre sono tenute per un'essere, *Ahriman*, ossia il principio del male, il quale però non è altrimenti eterno, ma creato e tale cui novellamente avrà ad essere vinto mercè indefessa cooperazione degli uomini virtuosi. Questa maniera di dualismo religioso e di dottrina della lotta pare si diparta dal fatto storico, sovr' accennato; dell' essersi gli Irani com' anco gli Indi nella loro diffusione scontrati con una razza d' uomini; probabilmente mongolica, vivente nell' estrema rozzezza, razza cui più volte si indicò siccome di popoli impuri dell' *Ahriman*. Simile religione degenerò ben presto, e Zoroastro (*Zarathustra*) presentossi non già come fondatore, ma siccome persona il cui intento non è che di riformare quanto sussiste, e ciò indubbiamente prima del 1000 avanti Cristo (1).

La religione di *Zend* divise le sorti delle stirpi che la professarono. Lorquando i Medi, la schiatta predominante dopo i Battri, furono nel secolo XIII avanti Cristo sommessi agli Assiri, sotto il qual giogo visser di molti secoli, la religione de' primi ebbe a confondersi di molto colle credenze proprie a quest'ultimo popolo semitico. Se non che come i Medi si sottrassero a tale dominio, e novellamente il regno loro venne distrutto dopo 150 anni per opera di *Kyros*, 538 avanti Cristo, sendo sorto uno stato persiano, anch'essa l'antica religione ritornò alla prima dignità. Tuttavia le costumanze del popolo, per essersi già saldamente attaccate alle vedute religiose e vitali dei conquistatori semitici, non subirono un'acconcia riforma. Del resto alla sua volta la religione di *Zend* avea influito gagliardamente sulle credenze religiose dei vincitori, e per per tal guisa li ebbe avvicinati ai vinti.

Anche l'ordine *sociale* e di *stato* offrivasi meno avvolto nei libri di

(1) Erroneamente si avvisò quasi fino ad ora (*Wachsmuth*, p. 87), che *Vistaspas* menzionato nei libri di *Zend*, cui Zoroastro rivelò la legge, fosse lo stesso *Dario Hystaspes*. Confronta *Dunker* il quale pone Zoroastro tra il 1500 e il 1250 avanti Cristo, 2 vol. p. 514. — La redazione ed il coordinamento de' frammenti dei libri sacri del *Zend-Avesta*, giunti sino a noi, ebbe luogo sul principiare del dominio dei Sassanidi, che cercavano fondare il loro dominio sull'antica religione ristabilita.

Zend, di quello che non fosse presso gli Indi; ed è posto in luce dal *Vendidad*, che però non si deve tenere per opera di Zoroastro, ma piuttosto conviene averla per una collezione di tradizioni, la quale non altrimenti dello Zend-Avesta, venne scritta assai tardi, e sotto i Sassanidi (280 dopo Cristo). Ma per venire in una sufficiente conoscenza dell'ordine etico della vita delle genti che andiamo studiando, fa mestieri rivolgerne in generale ai frammenti dello Zend-Avesta (1) che attualmente rimangono.

I libri di Zend non conoscono il *sistema di caste*, ma bensì (secondo *Firdusi*) tre o quattro ceti: i sacerdoti, fra i quali si annovera il re ed i giudici: i guerrieri: gli agricoltori ed industriali, nella quale ultima categoria sono posti anche i commercianti. Il principio ereditario scende naturalissimo dalla natura delle occupazioni che si trasmettono nelle famiglie di padre in figlio, nonchè nella semplicità dei rapporti tuttora sussistenti. Il matrimonio foggiato a monogamia, e lo Zend-Avesta, meglio di qualsiasi altra legge orientale, vieta severamente il commercio carnale fuori del matrimonio (2). Sol quando avvenga che la moglie dopo 9 anni di matrimonio non abbia ancora verun figlio, il quale anche per queste credenze deve schiudere al defunto il cielo, è concesso al marito persiano di togliersi in moglie un'altra donna oltre la prima. Anche nello Zend-Avesta scorgiamo non essere il matrimonio ordinato a trovare lo scopo in se stesso, ma volto a giovare all'esistenza oltremondiale. Tuttavia non è del tutto mancante d'un fine conseguibile sulla terra; e questo si è quello di render l'uomo buono e puro, e di agevolare il lavoro collo assumervi e consociarvi i figli. E qui ne occorrono erronei principii. Trascurandosi in tale istituzione completamente e per progetto, l'elemento sensuale e di natura, ne segue che le nozze tra prossimi congiunti (*Kethuda*) (3) non che non essere consentite, le sono anzi specialmente e come pregevoli raccomandate. — La posizione della donna è più indipendente e decorosa che non sia nell'India. Moderata, l'autorità paterna. Il diritto ereditario pare fosse stabilito esclusivamente ab inte-

(1) Lo Zend-Avesta consisteva originariamente in 21 libri, e secondo una narrazione a cui devesi prestare poca fede, venne distrutto da Alessandro e dalla dinastia greca, coll'abbruciarlo. Quando la Persia ritornò sotto il comando d'una dinastia indigena (i Sassanidi 220-651 dopo Cristo), fu convocato un gran concilio di sacerdoti spettanti alla dottrina di Zoroastro, i quali giudicarono autentici 3 libri salvati, versanti specialmante intorno alla liturgia. Ma come che non fosse più a conoscenza comune l'antico dialetto persiano dei primitivi scritti, essi libri si tradussero, o per meglio dire si parafrasarono nel Pehlwi, lingua dei dotti di quei tempi. Come poi i saggi persiani fuggirono la dominazione dell'Islam, si ridussero all'India ove recarono i 3 libri, facendone una traduzione sanscrita. L'antica originale traduzione in Pehlwi, venne ora novellamente toccata da molti dotti, *Olshausen*, *Burnouf*, *Brockhaus* e *Spigel*, in ispecial modo il *Vendidad Sade*.

(2) Gans, diritto ereditario, I, 261.

(3) Gans, I, 262.

stato. Del resto poco n'è dato sapere intorno agli altri rami giuridici risguardanti la proprietà, e le vicendevoli relazioni di affari. Però veggiamo predominare sempre un sentimento morale sì della vita che dei vitali rapporti; e come che la moralità sia proposta non solo come scopo da conseguirsi oltre le tombe, ma anche attualmente, abbiamo in ciò un progresso in confronto delle dottrine indiane. Ma l'incarnazione d'un tal principio, la si scorge subito tornare assai malagevole. Avvegnachè per quanto sia nobile ed util cosa il proporre la morale nella sua purezza e sublimità, a meta del vivere; è però sommo il pericolo che viene dal confondere i mezzi morali e le forze che occorrono per compiere sì elevata missione, cogli argomenti cui il diritto e le istituzioni sue ponno offerire. Per il che ebbe a farsi luogo ad un'illimitato despotismo. Oltre a questo dobbiamo pur far noto come sotto molti riguardi, la legislazione morale sia inferiore a quella di *Manu*. Perocchè non si tosto nella dottrina religiosa si fa luogo a mature riflessioni, anco nella legislazione — che è ben lungi dall'aver la perfezione di quella — manifestasi la tendenza di adoprare la coazione e la violenza all'intento che si rispettino ed incarnino le prescrizioni morali. Del resto anco nella storia, apparvero i popoli di *Zend*, siccome gente operosa e lottante, frammischiantesi in molti modi con altre nazioni, e sommamente influente sulla marcia umana.

§ 4. La China.

La China (1) gli è una terra chiusa in se stessa, per nulla congiunta allo sviluppo civile degli altri popoli, e s'argomenta fosse in principio abitata da stirpi di popoli rozzi, i quali però ebbero ad essere soggiogati in guisa da una razza scesa dalle montagne di nord-ovest, da fondersi ben tosto completamente con essa. A qual ceppo primitivo appartenga la stirpe conquistatrice, è incerto. Vi ha chi vuole averla per arica, onde spiegare per la unione col ceppo mongolico, la svariatissima civiltà de' popoli a quest'ultimo appartenenti, nonchè la inclinazione de' Chinesi alla agricoltura (2). Il codice di *Manu* accenna ai *Tschina's* siccome ad

(1) Intorno alla China ed alla civiltà sua, v. Abbè *Grosier* « description générale de la Chine » 3 ediz. 1818, 7 vol.; la prima ediz. fu voltata in tedesco, Lipsia 1769; I. H. *Plath* « storia dell'Asia orientale » 1851; I. F. *Davis* (che fu già sovrintendente della fattoria inglese), « La Chine, traduit de l'anglais par Pichard et Bazin » Paris 1841; *Gützlaff* « storia del regno cinese » edita da K. Er. *Neumann*. 1847 (quasi tutta storia estera); *Pauthier* « Livres sacrés de l'Orient » (contiene anco una estesa introduzione della letteratura cinese); *Klemm*, 6 vol.

(2) Così l'autore dell'etnologia, 2 sez. p. 839, il cui sistema trovasi però in aperta contraddizione con quanto sussiste presso i Chinesi. Perocchè se anco sono d'origine mongolica, certamente il carattere attuale loro non è

arii emigrati. Si la più antica dottrina religiosa di Dio, che del cielo, la quale informa anche le posteriori credenze, armonizza colle prime vedute dei Veda. Ma per giungere alla certezza, mancano dati sufficienti.

Quanto i Chinesi riferiscono di vetuste dinastie, di un imperatore *Hoangti*, 2698 avanti Cristo ecc., non viene per la prima volta confermato che nei libri di Confucio (551 avanti Cristo). Un punto d'appoggio più sicuro avvi per la dominante dinastia di *Hia*, 2207. La prima famiglia regnante colla sua serie di re, cui la storia pone senza dubbiezza, si è quella di *Tosheou*, 1122-248 avanti Cristo.

Nella China i sistemi di religione, considerati secondo l'epoca in cui si propagorono, sono i seguenti:

1. La dottrina probabilmente diffusasi dal Thibet, e recata con sè dagli emigrati della stirpe più colta, dottrina antichissima del cielo (-Varuna-*वसुदेव*; presso gli Aarii-) ovvero della ragione primitiva, religione che si attribuisce al fondatore dell'ordine di stato nella China, al mitico *Fohi*, e che trovasi contenuta specialmente nei libri sacri dei cinque King, cui soltanto Confucio diede l'ordine e la forma che serbano ancora.

2. Il sistema di *Lao-Tse*, che abbiamo molte ragioni per crederlo sorto 40-50 anni prima di Confucio, sistema che impresse all'antica credenza un carattere più metafisico e panteistico, e ciò fors'anco per l'influenza degli insegnamenti indiani: Esso è contenuto nell'opera *Toa-te-king*.

3. La dottrina di *Confucio* ovvero *Khounge-Tseu* (551 a Cr.) il quale cercò purificare e rendere semplici le antiche credenze, nonchè sviluppare una teorica razionale sovra i costumi e doveri e per tutti i rapporti della vita, fondandola sull'*intimo convincimento* d'ogni persona, e ciò all'intento di perfezionare l'uomo.

4. Il Buddhismo, penetrato in China 200 anni a Cr., e quivi diffuso sotto il nome di dottrina di *Foë*, ed attualmente anco nel Thibet colla forma del *Dalai-Lamismo*, la religione del popolo; mentre nella China, quantunque favoritovi di molto il Buddhismo dal dominio mongolino, la dottrina di Confucio rimase predominante presso gli impiegati superiori dello Stato.

I Mongoli s'impadronirono (1260 d. Cr.) del regno e fondarono (1280) una nuova dinastia, alla quale novellamente ne successe un'altra indigena, quella dei *Ming*. I *Mantschu-Tartari* sconfissero (1644) la dinastia dei *Ming*, e fondarono quella dei *Thai-Tsing*, tuttora regnante, ma però minacciata da molti lati.

L'ordine sociale e di stato cinese (1) è basato sul tipo della famiglia,

quello della stirpe mongola; e se fu una stirpe arica che introdusse la civiltà, ne verrebbe ché per l'incrociamiento di due schiatte tra se stesse essenzialmente diverse, possa nascere un ordine di stato atto a sussistere.

(1) Il codice civile dei Chinesi, abbraccia 200 vol. circa. Intorno a questo ordine sociale e di stato, veggasi specialmente: *Grosier*; *Davis*; *Gans*; *Unger*; e *Warkönig* il quale nell'Encip. p. 119, diffondesi molto sovra tali argomenti.

sulla forma primitiva della comunità morale. In China predomina l'elemento psicologico dell'acutezza intellettuale, analizzatrice che tutto afferra all'interno, e di nuovo come in una macchina riunisce esteriormente. Ivi l'intelligenza appare bensì rischiarata da alcune idee elevate della ragione (1), ma sovra tutto volgesi agli speciali rapporti della vita, e li ordina con prudenza, ma però sempre secondo lo spirito dell'egoismo, il quale gli è la più salda base interna e che manifestasi sotto tutte le forme. Costà tentossi pure di guidare il popolo senza alcuna profonda dottrina religiosa, ma con una semplice morale d'intelletto; e l'intelletto pratico ritrovò parecchie buone istituzioni sociali, e dalla felice natura del paese trasse argomento per soddisfare alle esigenze della vita, per mezzo dell'agricoltura e della industria. Coloro i quali pongono la salvezza dell'umanità, ed ogni benessere in siffatti ordini esterni e materiali, ponno stringersi agli ammiratori — che non furon pochi — di questa filosofia morale. Ma chi non s'acconcia in simili angustie, ed aspira a soddisfare tutte le aspirazioni umane, conoscerà come la mancanza d'ogni slancio e superiore tendenza presso il popolo cinese, pone le mille difficoltà alla rigenerazione, sì necessaria, di questa gente.

Lo spirito di famiglia da cui vpiolsi esclusivamente mosso lo stato, mena ad un despotismo vestito delle placide forme della vita patriarcale, despotismo il quale benchè in teoria si proponga ognora il *benessere* del popolo, tuttavia in pratica non è più d'un pretto dominio di forza, che dal capo dello stato, dal figlio del cielo e padre del popolo, passa di grado in grado ad incarnarsi fino nel capo di famiglia, che alla sua volta è despota verso la sua donna ed i suoi figli. Per il che può tenersi per acutissima l'osservazione che ne mostra come ivi i diritti sieno regolati dal basso all'alto, e non viceversa, cioè che il tipo umile

(1) A comprendere esattamente questo punto, e quindi l'indole Chinese, giova avvertire la psicologica differenza fatta dall'autore tra ragione ed intelletto — La ragione è il senso interno, la facoltà di *intuire* il soprasensibile, ciò per cui percepiamo immediatamente quanto avvi di immutabile. Così abbiamo la voce latina *Ratio* che deriva da *ratum* cioè il costante, l'invariabile; la voce greca *koyos* usata da Platone per accennare allo immediato afferrarsi del vero, all'intuito (Repub. lib. II.) — L'intelletto invece si è la facoltà che elabora i veri pòrti dalla ragione, che li combina, che deduce, in somma la forza rappresentativa. Anche Bossuet prende l'intelletto in questo senso, ove dice che spetta all'intelletto di condurre dalle sensazioni le conseguenze necessarie (De la connoissance de Dieu et de soi même, ch. I, VII.) — Tuttavia è ben lungi dall'essere comunemente quelle due parole intese nel senso ora esposto. Così S. Agostino dice: » Quamquam non nihil interesse non nulli voluerunt, ut intelligibilis sit res ipsa, quæ solo intellectu percipiat et non etiam percipi possit. Esse autem rem, quæ intellectu percipiat et non etiam percipi possit. » (De Gen. ad lit., XII, 21). E S. Tommaso dice che l'intelletto può considerarsi in due modi » secundum quod intellectus est apprehensivus *Entis et Veri Universalis* » ovvero secondo è una special potenza avente un atto determinato (S. I, LXXXII, IV.) — Nota dei traduttori.

della più piccola società quale si è la famiglia, credesi poterlosi proporre allo stato, e non vicendevolmente. Tal sistema ha bensì il merito d'aver mantenuto in questo vasto regno popolato da più di 300 milioni d'abitanti, l'ordine esterno, al che contribui pure il senso del popolo intelligente di molto ed assai intento a' propri interessi; ma la vita spirituale e morale venne annientata, in guisa che attualmente, forse più che non sia in verun' altro paese, sieno la menzogna e la frode, i modi d'operare del raffinato egoismo.

L'interno ordine sociale nella China va distinto dall'indiano e perso essenzialmente in ciò, che in principal modo è diretto al bene della vita, attuale; e per quanto nelle leggi e nella religione si parli « del cielo », tuttavia non ponno essere più gagliardi i rapporti terrestri. Per il che tutte le relazioni vestono un carattere esterno, aspro e persino rozzo. Il che manifestasi nel matrimonio, il quale le maggior volte conchiudesi colla forma esecrata dal codice indiano, la *compera*. La monogamia la è bensì il fondamento del matrimonio, ed in cotal senso le relazioni dei viaggiatori ne porgono il matrimonio in quella nazione; tuttavolta può il Chinese sposarsi a tre altre donne in secondarie nozze, ed i figli indovenienti sono equiparati a quelli della prima legittima unione. Il rapporto coniugale manca di ogni gentil riguardo. Le donne sono quasi sempre tenute rinchiuso. Estesissimo il potere del padre di famiglia; i figli possono ben' anco venir da lui venduti; ed in alcune città è vivissimo il commercio di fanciulle allevate appositamente pel concubinato. Il padre, senza alcuna responsabilità, può far battere sino a morte, il figlio. Lo scopo principale del matrimonio si è la procreazione de' figli, ond'è che avvengono frequenti adozioni. Avvi pure costà una religione pel defunto, la quale assume però un carattere opposto a quella dei sacrificii pei morti indiani, prendendo una forma più esterna e terrestre, quale si è quella del *tutto* e delle *cerimonie*, intorno alle quali hannovi di molte dettagliate prescrizioni. Il *diritto ereditario* tende precipuamente alla conservazione della unità di famiglia. Esso acquistasi per lo più ab intestato. L'erronea opinione che soventi siate si riscontra, avere il padre di famiglia in China, un potere di testare quasi illimitato, viene da ciò che quegli tanto costà quanto nell'India, possa ordinare la divisione de' suoi beni; divisione che per altro non deve essere opposta al modo di succedere legittimo (1).

La proprietà privata è guarentita da molti argomenti. I rapporti della proprietà fondiaria furono varii secondo le diverse epoche (2). Prima

(1) Vedi intorno a ciò, Gans, *dirit. ered.* I. p. 112.

(2) Qui segue *Warkönig*, encicl. p. 121, avvengnachè non mi sieno portigli scritti a tale argomento relativi. Intorno alla distribuzione, sarebbero desiderabili maggiori schiarimenti. Klemm, *storia della civiltà* » c. vol. pag. 436) che si appoggia sulla encicl. del chinese *Ma-touan-lin*. (13 anni a Cr.), dietro la notice de *Klaproth* dans le *journal asiatique*, 2. serie, t. X. dice alquanto confusamente; » Gli antichi imperatori e re non si arrogarono

della metà del III secolo av. Cr., l'imperatore era l'unico signore e possessore delle terre nel regno, e distribuivale fra privati in guisa, che di ogni special parte ne coltivassero 9 porzioni per sè, e la decima per lui. Più tardi vennero date a' luogotenenti le provincie in modo feudale; e finalmente venne alienata ai privati dallo imperatore la maggior parte del suolo come libera proprietà, coll'obbligo però a quelli di prestare la decima nonchè i feudali servigi.

Siccome nel codice cinese non è fatta alcuna distinzione tra pena ed indennizzo; ed il riscatto per danaro concesso in alcuni casi, avendo solo aspetto d'un favore; nè trovandosi inteso ad altro il principio supremo di quella legislazione, se non al gastigo (però che la persona punita sia astretta a porgere ringraziamenti per la punizione); ne segue che dessa legislazione non sia altro che un'ordinamento penale (1). Distinguesi dalla legislazione indiana in ciò, che nell'Indie il codice minaccia a molti reati soltanto una pena nell'altra vita, come sarebbe a dire di castighi orribili apposti ad ogni speciale mancamento, quali sono i rinascimenti in peggiori condizioni; mentre in China non si fa alcun caso della vita futura, E non poteva altrimenti avvenire presso un popolo sviluppato esclusivamente nell'intelligenza pratica, il quale però fa succedere immediatamente al reato la pena, e nel commisurar questa al crimine ha riguardo — come in generale suole costumarsi presso i popoli orientali — piuttosto al carattere del reato preso in se, di quello che all'intenzione del malfattore. La tortura (ora raramente applicata) era un mezzo principale del processo.

Nel rimanente la legislazione cinese si avvicina ai nostri tempi in parecchi riguardi per la dominante pratica intelligenza, che tenendosi lontana da ogni esagerazione, fa distinguere con somma accuratezza l'elemento religioso dal civile. Tuttavia nè nei principii suoi, nè per gli effetti, non merita essa le molte lodi che le vennero tributate.

giammai la proprietà del regno (?), ma la distribuirono in vari principati e signorie. L'imperatore trattene per se unicamente un territorio di 1000 quadrati. I ministri e consiglieri nonchè ciascun' impiegato si ebbero in modo vitalizio un pezzo di terreno per le loro famiglie, alle quali poi rimase passando di generazione a generazione. Per il che lo stato era il proprietario di tutte le terre; il popolo le ricevea da esso, le coltivava, pagando i tributi con de' prodotti. — Su tali principii si basa l'amministrazione delle tre prime famiglie regnanti della China. Il primo imperatore dei Toin (235, av. Cr.) distrusse quest'ordine di cose, e si fece possessore di tutti i domini feudali del regno.

(1) Così dice pure Gans. div. cred. I, p. 67: « L'intero codice, considerato pure nelle disposizioni civili, gli è essenzialmente un codice criminale. Il piccolo ed il grande bambù si agita perpetuamente in tutte le controversie. Il debitore che non paga a debito tempo, il figlio minore che continua a portare i titoli del padre ecc., soffrono una pena di colpi di bambù quasi maggiore di quella inflitta al ladro ed al falso monetario.

§ 4. *L'Egitto.*

L'Egitto gli è tuttora un' enigma che attende la soluzione. La sua civiltà, la quale sappiamo essere antichissima, e per le più accreditate istorie, e pei sublimi monumenti che stanno tuttora, la non è però conosciuta nella origine. Incerto gli è a qual stirpe di popoli e ceppo etnografico appartenessero gli antichi egizii; ma quanto puossi asserire, si è che vi avesse qui pure una popolazione di Negri, la quale ebbe ad essere fin da' suoi principii, soggiogata da una famiglia a lei superiore la quale si fu la promotrice d'ogni inciviltamento (1).

La scienza nella sua condizione attuale non ci offre sufficienti mezzi per decidere di molte quistioni, quali sono se in origine vi avesse un legame tra l'antica civiltà babilonese (caldaica) e quella dell'Egitto; se questa derivasse da quella le sue fondamentali istituzioni, ovvero — come sostenevano i prischi sacerdoti egiziani — Babilonia non fosse che una fondazione egizia; se come ad alcuni pare probabile, lo spirito di civiltà seguendo il corso del Nilo, si fosse dipartito dall'Etiopia (Egitto superiore), o viceversa (sendosi negli ultimi tempi manifestata una reazione); se in fine l'Etiopia sia stata dirozzata dagli Indiani, in essa recatisi varcando il mare o traversando l'Arabia (intorno alla qual cosa non si avrebbero se non imperfette prove di alcune esterne analogie), o in vece in Etiopia sorgesse originariamente e spontanea la civiltà in armonia alle condizioni della vita spirituale e di natura (il che sembra più verosimile). Che se ne poniamo a studiare la civiltà egiziana secondo il suo carattere interno, vedremo agevolmente come non la sia un prodotto primitivo di una stirpe semitica, o di un'altra a questa molto somigliante.

(1) Oltre le opere generali sull'Oriente, e gli antichi scrittori Erodoto C. II, e Diodoro Siculo C. I, vedi sull'Egitto: *Bunsen*, posizione dell'Egitto nella storia universale, 3 vol. 1843; *Klemm*, storia dell'inciviltamento, 3 vol.; *Ritter*, geografia I p.; *Bökh*, ricerche meteorologiche; *de Prokesch — Osten*, memorie d'Egitto, 3, vol.; le opere di *Champollion*; *Salvolini*, *Bosellini*, *Wilkinson*, *Bezoni*, *Lepsius* (cronologia), *Letronne*, ecc. Anche l'opera di *Röth*, la dottrina della fede egiziana e di Zoroastro quali fonti le più remote delle nostre idee speculative, 1846, quantunque offra tesi troppo ardite; ed esageri l'influenza egiziana; ne porge però delle importanti notizie ed una esatta conoscenza di dottrine e rapporti storici. Da *Bunsen*, il quale crede abbiano storicamente esistito le dinastie, e che tiene esattissima la lista regale di Eralostene e necessaria alla conoscenza di quel periodo; rileviamo le seguenti storiche disposizioni, per le quali viene ridotta di molto la misura che *Bökh* desunse dai numeri d'Africano, onde computare gli antichissimi tempi. Primo anno di Menes 3643 (*Bökh* 3702); principio della 1.ª dinastia (delle piramidi) 3229 (*Bökh* 3333); fine dell'antico regno; principio dei Hyksos, 2868 (*B.* 2607) fine delle dinastie di Hyksos (principio del regno XVIII e del nuovo) 1639 (*B.* 1638); cominciamento della dinastia XIX, 1400 (*B.* 1326); fine della stessa 1298 (*B.* 1183.); termine della dinastia XXI, 983 (*B.* 954); cessazione della dinastia XXV, 688 (*B.* 679).

Del tutto diverso gli è il modo di concepire Dio, il mondo e la vita, presso le schiatte ariche d'Asia (1), e le egiziane. Perocchè laddove fra quelle predomina la tendenza al *mondo dello spirito*, ed un soffio *ideale* anima tutta la vita sì che la *natura* è sommersa al pensiero; nell'Egitto all'incontro ogni forza vitale, sia che manifestisi nelle speculazione filosofiche o nell'opere, volgesi direttamente alla *natura*, alla realtà, ond'è che ivi salissero ad un'alto grado di perfezione tutte le arti e scienze riferentesi alla vita sensibile. Il perchè cotali due indoli offronsi per antitesi, le quali quantunque conciliabili in una società fondata sovra basi larghissime, non ebbero che ad avvicinarsi se non nel trascorrimento ad eccessi.

Intorno all'antico regno etiopico di Meroè, ben poco sappiamo. Ma però possiamo tenere quasi per certo che fosse desso uno *stato di sacerdoti*, quale non vi ebbe mai altrove. Veniva il re scelto da sacerdoti che lo traevano dal proprio ceto, e quando non avesse regnato secondo loro talentava, conveniva si uccidesse di proprio pugno, come imponeva la sentenza dell'oracolo. Tra Meroè e l'Egitto, comunque fosse anteriore l'uno o l'altro inciviltà, passarono prestissimo di molte relazioni (2).

L'antico regno egiziano, la cui capitale ne' tempi di floridezza e posanza era Tebe, che desta ancora colle sue ruine la più profonda impressione (3), gli era uno *stato di caste sacerdotali*, il quale s'accorda coll'indiano in quanto i sacerdoti ed i guerrieri formavano le più nobili caste, ma che non trovavasi organizzato ne' modi grossolani di quest'ultimo, ed appoggia sovra ben diversi fondamenti religiosi. Le altre caste trovansi variamente designate dagli scrittori. Mentre Strabone strigne tutto il rimanente popolo in una sola sezione, lo divide Erodoto in cinque, e Diodoro in tre classi (pastori, agricoltori ed operai). Gli è poi molto probabile (4) che l'inferiore razza dei negri, ivi si ritrovasse accolta in una sola categoria. Variamente divisa era la casta sacerdotale, in superiore ed inferiore, ed arco secondo le diverse divinità al culto delle quali era intesa, nonchè a norma delle occupazioni; di guisa che sotto cotale aspetto comprendeva eziandio gli impiegati di stato superiori, i giudici, letterati;

(1) Sulla religione e teogonia degli Egiziani, si consulti Röh, p. 153, e Segu. — Il sommo nume gli era una divinità primitiva, *Amun* (nascosto), dalla quale sviluppossi il mondo, che da prima ebbe soltanto 4 elementi, lo *spirito* (Kneph), la *materia* (Meith), il tempo (Sevek), e lo spazio (Pascht). In un secondo ciclo di creazione sorsero Re (sole), Io-h (luna), Sate (spazio universale illuminato), e Kator (oscurità). Incarnaronsi sulla terra queste 8 divinità siccome Dei terrestri aventi gran somiglianza con quelli della Grecia.

(2) Vedi Wachsmatch, storia della civiltà, I, p. 122.

(3) Vedi Prokesch, I vol. p. 310.

(4) Ritengo con Wachsmuth, p. 127, che il culto degli animali nato in Egitto, fosse la religione primitiva che indi ebbe a diffondersi sempre più lungamente fra questa razza inferiore. Intorno a ciò, vedi le varie ipotesi di Loebell, p. 316 - 319.

medici, architetti, in breve tutta la parte intelligente del popolo. A tal casta non era acconsentita la poligamia.

Ereditario il regno. Estinta tutta la dinastia dominante, il nuovo re veniva eletto tra le caste sacerdotali, o da quella de' guerrieri; ma in quest'ultimo caso era mestieri che il nominato fosse accolto nella casta dei sacerdoti, e da essi consacrato. In quanto spetta alle ulteriori disposizioni, l'Egitto (come saggiamente osserva Wachsmuth a p. 303) ne si offre come modello di quello *stato di polizia*, in cui tutto fino alle più lievi bisogna era sottoposto a formalità. Il lavoro distribuito per caste; ad ognuno spettava di palesare d'onde traesse i modi dell'esistenza. In ciascuna casta variamente assegnati e divisi i mestieri e le arti a speciali generazioni, presso cui l'occupazione ereditaria la era piuttosto un fatto spontaneo, di quello che un'ingiunzione di legge esterna. Siffatta partizione del lavoro si fu una pastoia nelle nobili professioni (secondo Erodoto, ogni medico non potea curare più d'una sol parte del corpo) inceppando quindi il progresso, mentre ne' bassi mestieri s'elevò a causa di sommi miglioramenti.

Molto si provvide alla coltivazione de' campi. Il terreno era proprietà dei sacerdoti (meglio dei templi) e dei guerrieri; gli agricoltori non erano se non fittaiuoli. Tuttavia avvi qualche ragion di credere che anche alcuni cittadini possedessero dei fondi proprii. (1).

Le leggi attinenti al commercio pare contenessero disposizioni sufficientemente precise. Severa l'amministrazione della giustizia. Rimarchevole è la disposizione per cui il debitore non rispondea, pei debiti, colla persona, ma soltanto colla propria facoltà (2). Gli interessi maturati non poteano essere superiori alla somma del capitale. Bizzarrissima e senza esempio la tolleranza de' ladri, che formavano una corporazione, dalla quale il derubato avea diritto ripetere la cosa rubata, corrispondendo però la quarta parte del valore di essa (3).

Il matrimonio ordinato a poligamia in quanto che, eccettuati i sacerdoti i quali non poteano menare in moglie se non una sola donna, era concesso tenere oltre la sposa principale, delle altre secondarie. Il matrimonio permesso fin tra consanguinei e fratelli; la forma con cui stringevalosi, la era un'atto religioso, e non altrimenti una compera. Il matrimonio del *Levirato* sembra essere stato trasmesso dagli Egiziani ai Giudei. Al padre correva l'obbligo di dare un tesoro alla sposa (cioè di costituire la dote). L'istinto sessuale, spinto all'eccesso dalla venerazione della potenza produttiva di natura; non ebbe confini presso gli Egiziani (4).

Non può non ammettersi una influenza della civiltà egizia sulla europea e specialmente greca, quantunque riesca malagevole determinarne il grado ed i modi speciali.

(1) Loebell, p. 123

(2) Wachsmuth, p. 125.

(3) Loebell, p. 303.

(4) Wachsmuth, p. 127.

§ 5. *I popoli semitici in generale (1), e particolarmente gli Ebrei.*

I popoli semitici, in principal guisa i Babilonesi, e verosimilmente gli Assiri, come pure i Siri, i Canaaniti, *Ebrei*, Armeni, Fenici, Arabi, Lidi, Cartaginesi, e fors'anco gli Egiziani ed altri, sortirono nella storia la missione da essi pure compiuta, di porre in rapporto e mescolare fra loro i varii popoli e le diverse civiltà. Le principali sedi di siffatti popoli, è lungo i fiumi Eufrate e Tigri, e nelle terre serrate ne' rami di queste acque, e sui litorali dell'Asia minore e dell'Africa, erano sussidio naturale sommamente acconcio alla incarnazione di tal loro destino. Fatta astrazione dell'Egitto, i regni più antichi di questi popoli offrivano (il che è difficile determinarsi dalla cronologia) l'antico babilonese; quello babilonese-assiro, prima diviso e poi congiunto; il nuovo-babilonese; quello antico degli Himjariti nell'Arabia, avente per capitale Saba; in oltre gli stati degli Ebrei, Fenici e Cartaginesi (2).

Le antiche credenze religiose comuni a questi popoli, sono, ad eccezione delle ebee, ben difficili a conoscersi. Secondo le tradizioni storiche veggiamo come la maggior parte di essi divinizzassero nella natura, i due opposti termini sessuali, e però si avessero una naturale Divinità maschia, *Baal*, Dio del sole, *Osiris*; ed una diva pur naturale, accoglitrice, *Baalit*, Mylitta Isis onde l'istinto del sesso sviluppatissimo fra cotale gente, venne esagerato oltre ogni credere. Tuttavia simili religiose vedute devono tenersi pel frutto di posteriori aberrazioni spirituali. Del resto presso gli Ebrei, popoli affini di stirpe a quelli ora studiati, ritroviamo una dottrina etica e religiosa della vita ben diversa, ed ora noi passiamo ad esporla

Gli Ebrei ed il loro diritto (3).

Fra i popoli semitici emerge l'ebraico per la suprema missione storica

(1) Vedi in parte Erodoto I vol, e Diodoro vol. II; Movers, i Fenici; Dunker, I. vol.

(2) *I. D. Gumpach* declinando dalle precedenti ipotesi, tenta porre una nuova cronologia negli: » Schizzi della storia babilonese -- assira, esposta sulla base della storia asiatica di *Nawlinson*, in seguito alle iscrizioni scoperte da *Lagard* a Ninive » Mannheim, 1834. L'autore colloca l'antico regno babilonese tra il 2800 -- 1274; il babilonese -- assiro, fondato da Nimrod, fra il 1274 -- 748; quello separato babilonese ed assiro, 747 -- 620: la riunione, 620 -- 607; il nuovo babilonese 607 -- 538, in cui lo stato babilonese si sciolse nel dominio mondiale persiano.

(3) *Léo*, storia dello stato ebraico; *Iost*, compendio della storia universale del popolo israel.; *Ewald*, storia del popolo d'Israele 2. ed. 1831; *Lepsius*, cronologia; *Dunker*, *Loebell* e *Wachsmuth*, -- Intorno al solo diritto: l'opera principale di *Michaelis*, diritto mosaico, 6 parti, 2. ed 1793; *Salvador*, histoire des institutions de Moïse, 1829; *Saalschütz*, il diritto mosaico, 2. ed 1839; *Fassel*, il diritto civile mosaico rabbinico, Vienna 1832.

che gli fu affidata dalla divina provvidenza. In questo popolo si mantenne più puramente che presso qualunque altra schiatta, la primitiva religiosa credenza propria alla razza semitica. Ed in vero nè Abramo, nè Mosè crearono una religione, come quelli che si limitarono a porre il loro popolo, perchè eletto, sotto la special cura del sommo Dio.

In tutte le altre religioni orientali non ritrovasi per nulla la nozione e dottrina di un Dio vivente, il quale come provvidenza guida la vita dell'uomo, e con cura speciale quella del popolo eletto. Il concetto della provvidenza, di un dominio universale divino, d'un vincolo personale tenuto per *alleanza* tra Dio ed il popolo eletto, non fu di certo improntato da altre genti (eccettuate alcune cerimonie derivate dall'Egitto, e più tardi dalla schiavitù babilonese), ed argomentano ad una originale credenza primitiva, cui Mosè non fece se non ridestare e ringagliardire. Nessun' altro uomo era più dell'Ebreo acconcio a serbare e diffondere una tradizione religiosa. Tenero delle credenze nazionali, tenace fino all'ostinazione, men d'ogn'altro orientale soggetto alla fantasia, semplice ed intelligente, gli era il più adatto a ricevere da Dio una dottrina pura e a conservarla. Ebbero di certo a lottare di molto i condottieri spirituali di questo popolo, contro la sua tendenza all'idolatria, fomentata in Egitto ma non accadde mai una completa diserzione.

Scorrendo brevemente la storia di questo popolo, ne offre innanzi tutto la vita dei primi padri, un quadro sì caratteristico e piacente della semplicità di costumi, da non trovarsi nulla di somiglievole, se non qualche punto ne' tempi antichissimi delle stirpi ariche. *Abramo*, capo di pacifici nomadi, emigra intorno al 2136 av. Cr., dalla Mesopotamia nella Palestina. Suo figlio *Giacobbe* verso il 1921 av. Cr. passò in Egitto, ove il popolo ebreo rimase sino al 1491 av. Cr., *Mosè* cui la tradizione vuole iniziato in tutti i misteri della dottrina egiziana, non è già un propugnatore di questa, ma purifica e rassoda la prima dottrina ebraica.

Mosè elevossi a legislatore del popolo suo, nel che fu più sublime di *Manu* e *Zoroastro*, avanzandoli eziandio nella conoscenza della vita e dei rapporti umani.

Base a questa legislazione si è il *monoteismo*, ristretto certamente al solo popolo d'Israele, introdotto alla scopo di isolare questa gente da tutte le altre *politeiste*.

Quelle leggi ne offrono l'elemento religioso in intima unione con quello giuridico politico; il principio regolatore dello stato si ritrova essere la *teocrazia*, non per questo il dominio sacerdotale, come avvenne altrove, siccome erroneamente e per confusione venne spesse volte opinato. Avvegnachè *Dio* stesso, *Jehova*, sia l'invisibile potenza direttiva. È bensì vero che fra le 12 stirpi di Israele, quella di *Levi* venne posta alla cima, come ereditaria sacerdotale. Ma questa tribù, priva di dottrine segrete (esoteriche) non avea se non una limitatissima influenza nell'amministrazione dello stato. La credenza d'aver a guida suprema Iddio, si manifesta nella convinzione che *Jehova* ove occorresse susciterebbe un con-

dottiero e profeta; e la *potenza profetica*, a roborar la quale Samuele più tardi fondò apposite scuole, si fu la principal forza motrice nel sistema della teocrazia ebraica. Il popolo che fino a tal momento s'era abbandonato alla vita nomade, dovette acconciarsi ai costumi agricoli; e qui pure si fa luogo alla relazione religiosa con Jeohva. Imperciocchè consideravasi Iddio per l'unico padrone della terra conquistata, la quale per suo precetto venne distribuita alle famiglie delle tribù (ad eccezione della tribù di Levi cui fu assegnata la decima). Ciascuna parte così distribuita, conviene che a testimoniare il volere dell'Eterno spetti alla famiglia in guisa, che la vendita ed il pignoramento non possano aver luogo se non per un determinato tempo, onde dopo il 50 anno, l'anno di giubilo, il possesso fondiario di ciascuna famiglia debba ritornare ai membri chiamativi per diritto di successione. Ugualmente col 7 anno dovèansi rimettere i debiti; e l'Israelita caduto in schiavitù, ricoprava la sua libertà. Se questa disposizione dell'anno giubilare per cui Mosè volle fondare un vigoroso ceto agricolo e recare solidità ne' rapporti, venisse posta in esecuzione, è forza dubitarne altamente; comunque sia gli è certo che, come avvien d'ogni altra istituzione, non sarebbe rimasta in vigore a lungo.

Nota è l'etica legislazione di Mosè. Che se nella maggior parte dei precetti veggiamo impressa al popolo una suprema direzione, tuttavia molte leggi ne accennano come il legislatore tenesse il popolo in conto di rozzo, come specialmente scorgesi negli ordini del matrimonio e nelle sanzioni punitive.

Ed in vero è consentita la poligamia, e le schiave ovvero ancelle delle donne poteano essere assunte a concubine; ma legittimi sono tutti i figli ed idonei a succedere. Tuttavia al gran sacerdote non era permessa più d'una donna (1), come pure vietavasi al futuro re d'Israele l'aver di molte femmine (2). Contraevasi il matrimonio per compera. Nelle nozze non erano gli sposi che liberamente sceglievansi, sendo invece designati dai genitori. Imposta una maniera di matrimonio, quella del *levirato*, il quale gli è il seguente. Se taluno muore senza lasciare maschi, in tal caso la vedova deve sposare il fratello, ed il primo figlio nato da queste seconde nozze convien porti il nome del defunto di cui ottiene le facoltà. Del resto vietato il matrimonio tra affini in ugual grado che fra parenti di sangue. Il diritto di separazione del matrimonio, spetta soltanto all'uomo. Dell'infedeltà non può farsi rea che la donna, la quale viene punita in un coll'adultero, colla morte per lapidazione. La *potestà paterna* sì grande, che al padre era concesso di scacciare il figlio, e vendere le figlie come schiave. Ab intestato, il *diritto d'eredità*. Che se quivi pure incontrasi, come presso gli altri popoli orientali il diritto proprio al padre di fami-

(1) Codesto lo si può dedurre dal diritto eredi di Gans, I, p. 150, e dall'argomento a contrario di Leo, XXI, 13.

(2) Tale disposizione trovasi appena nel Deuter. XVII, cui devesi tenere per diritto stabilito ai tempi del re Giosuè.

glia, della divisione ereditaria, codesto non potea avvenire fuori della famiglia, per il che tale facoltà non devesse per nulla confondere col diritto di testare (1). Al primogenito spettava una quota doppia; le figlie escludevano i più lontani parenti fossero pur maschi. Non prescritti pei contratti *forme speciali*. Il percepire l'interesse, proibito fra gli Ebrei; imposto invece ad essi in confronto a stranieri. Nell'antico *diritto penale* avea forza di legge il crudele principio dello indennizzo, principio però mitigato da Mosè, il quale s'oppose anco alla vendetta di sangue. Convien notare specialmente lo spirito di beneficenza e di soccorso nelle sventure, armonizzante colla idea di Dio fonte d'amore e di misericordia, spirito per cui gli Ebrei e gli Indi trovansi distinti da altri popoli e specialmente dai Greci e Romani. Per il che fu assai mite la schiavitù presso gli Ebrei.

Dopo il ritorno dalla schiavitù di Babilonia, la vita assunse un carattere moralmente più severo. Allora anche la monogamia predominò; si smise del tutto la compera delle donne, e cessarono i matrimoni di levirato.

Col sorgere del Cristianesimo era compiuta la missione storica degli israeliti.

Dopo la distruzione di Gerusalemme avvenuta per opera dei Romani, gli Ebrei furono da' vincitori considerati per una comunità religiosa e civile che potea regolarsi col proprio diritto, ed in tal condizione si mantennero fino a quando furono soppressi i loro patriareati, circa l'anno 429. A que'tempi si ingenerò un diritto alquanto diverso dal mosaico, fondato in parte sovra principii romani, il quale venne perfezionato dai *Rabbi*, maestri della religione e del diritto. In Palestina e lungo l'Eufrate sorsero scuole di Rabbini, ufficio principale de' quali era di porre in iscritto le tradizioni *verbali* apposte a Mosè ed a' successori suoi; ed il complesso di tali credenze fu chiamato *Mischna*, ovvero la seconda legge. Una collezione coordinata di simili dottrine ebbe luogo verso il 220 per cura di *Jehuda Hakadosch* (maestro tenuto in molta onoranza nella scuola di Tiberias). Crebbe a tal segno la fama di siffatta raccolta che fu detta per eccellenza *Mischna*, e conseguì in pratica, forza di legge. La *Mischna* di *Jehuda* ricevette da una serie di interpreti, delle spiegazioni ed aggiunte, le quali furono poscia raccolte a Gerusalemme (350) ed a Sura presso Babilonia (321) sotto il nome di *Gemara* (cioè dottrina). La *Gemara* unitamente all'*a Mischna* forma poi il *Talmud* (il libro della settimana), del quale distinguonsi le due redazioni quella di Gerusalemme e l'altra di Babilonia. Il *Talmud* rimase fino al presente il libro di religione e di diritto degli Ebrei. Un novello coordinamento, riferentesi in ispecial modo alla *giuridica*, venne compiuto dal distinto filosofo spagnuolo (1205) *Moses Maimonides*, che fu più fiate attaccato a motivo delle sue massime.

(1) Intorno a questo vidi il dir. cred. di Gans, I, p. 149, ove è contrario all'opinione di Michaelis che ritiene il diritto ab intestato.

Sali in molta fama un libro didascalico assai comodo, compilato nel secolo XVI, avente il titolo di *Schulchan Aruch* (la tavola coperta), ed un estratto ne fu porto da *Moses Mendelsoh*, 1778. Le più recenti esposizioni del diritto mosaico-rabbinico, sono quelle di Saalschütz e Fassel (1).

§ 6. *L'Islam ed il diritto moslemitico* (2).

La religione ebraica la è il punto di partenza di due religioni, principalissimo pel Cristianesimo, e secondario per l'Islamismo, che secondo il suo carattere interno spetta all'Oriente.

Maometto (nato 571) promulgò (609) in connessione al mosaismo, ed abbracciando alcune buone prescrizioni morali del cristianesimo, l'*Islam* (la salvezza) sulla base d'un *monoteismo* semplice sì, ma osservato con tutta severità; religione che sciolta dalle strettezze nazionali ebraiche, dovea essere professata da tutti i popoli, ed ove ne fosse mestieri, imposta eziandio colla forza. Questa dottrina, che favorisce pochissimo l'indagine filosofica religiosa (3) non trovò alcun favore presso i popoli inciviliti. Fin' anco agli Indiani caduti nel politeismo ma però fecondi di spirito, ed i Persi, come pure ad alcune popolazioni schiave fra le quali il cristianesimo non erasi sufficientemente inoltrato, non potè imporsi se non colla forza, e come una potenza esterna non atta a mettere radice nell'animo umano. Soltanto appo le stirpi mongoliche presso alcune semitiche e negre, potè diffondersi rapidamente questa religione come quella che ebbe ad accarezzare e legittimare col suo manto le passioni di simili genti, in ispecie la guerra e la sensualità, servendo ivi però, quantunque ristrettamente, di spinta al progresso. Del resto dessa ebbe a conformarsi, più ch'altra mai non facesse, al carattere de' popoli che

(1) Sull' applicazione del diritto ebraico negli stati moderni, vedi *Mittermaier*; « diritto privato tedesco » § 118; e quello di *Philipp I*, 516.

(2) Intorno all' Islam in generale, vedi *Herbelot*, « *biibliot. orientale* » 1777, 3 e 4. *Halaproth* « *tableaux historiques de l'Asie*. » *Observations hist. et crit. sur mahometisme*, » traduit de l'anglais, de G. Sale comé prefazione alla traduzione francese del Corano di *Kasimirschi* nei livres sacres de l'Orient, 1840. *Weil* *Maometto* » 1845. I de *Hammer* » prospetto enciclopedico delle scienze d'Oriente » 1809; la di lui « storia degli assassini » 1818. Le opere recentissime le più importanti sull' Islam sono menzionate e sopposte a critica negli annali viennesi 1854, vol. 68. — Sovra il *diritto* specialmente, veggasi: il Corano tradolto da *Wahl* 1828, e da *Ullmann* nel 1840. Sulla relativa letteratura: *Zenker*, « *biblioteca orientale* » Lipsia; de *Hammer*, « costituzione ed amministrazione dello stato osmanico » Vienna 1812. *Gans*, « *dirit. erod.* » Vol. I; *Worms* » *Recherches sur la constitution de la propriété territoriale des Musulmans* » 1846.

(3) Sovra i sistemi filosofici di *Motakhalim* e *Mutazille*, di cui il primo, qual sistema ortodosso, sviluppa il despotismo dalla volontà divina, tenuta per unico principio, vedi *Ritter*, storia della filoso. vol. 7.

l'abbracciarono; e la civiltà che vedemmo sorgere fra molti di essi, quali sarebbero i Persiani, gli Arabi, i Mauri, non può attribuirsi maggiormente all'Islam, di quello che alle doti spirituali di queste stirpi.

Qualunque sieno per essere le sorti dell' Islam, il quale considerato come una religione in Europa volge a decadenza, sarà costretto, se pur vorrà sussistere, ad acconciarsi ed armonizzare colla universale credenza morale e giuridica; ed a questo intento stabilire una distinzione tra l'ordine religioso e quello giuridico e politico, riformando specialmente la istituzione del matrimonio, la quale col favorire esclusivamente le passioni dei grandi, alimenta il despotismo nelle sue radici.

Le sorgenti del diritto moslemitico sono a studiarci separate, a misura scaturiscono dalla legge *primitiva* di religione e diritto, il Corano; dalla *tradizione*; dallo *svolgimento scientifico*; dal *diritto di consuetudine*; dalla *pratica* ed in ispecie dalla *legislazione* (1).

Il *Corano* che abbraccia quanto Maometto scrisse in varii tempi, e le cui parti vennero unite e coordinate dopo da successori di questo fondatore di religione, pone ad un tempo la base alla fede ed alla dottrina giuridica; i precetti del diritto sono imposti anco quali doveri religiosi.

Ma accanto al Corano ebbe a formarsi ben presto una *tradizione*, la quale rapportata a Maometto, e vergata dai posteriori antesignani della fede, gli *Imani* (Imams) nel secondo secolo della Egira venne appellata *Sunna* (tradizione) o *Hadis*. Ogni massima e precetto sia del Corano che dalla Sunna, chiamasi *Ahkams*.

Questa tradizione produsse il noto scisma de' *Schiiti*, seguaci d' Ali, e dei *Sunniti*; il diritto moslemitico dei primi viene specialmente osservato in Persia; quello dei secondi, in tutta la Turchia e terre appartenente, Tartaria, Hindostan, ec.

La *Sunna* produsse una ricca letteratura giuridica, e le quattro scuole dei 4 Imani, *Hanifa* (699-769), *Schafei* (768-819), *Malek* (701-798), *Hambal* (838). La Sunna di Hanifa e di Malek sono le più propagate; quella in Turchia, Tartaria ed Indie; questa in tutta l'Africa del nord (2).

La scienza del diritto, un ramo della teologia pratica, delle quali i dotti chiamansi *Ulemas*, dal cui ceto scielgonsi i *Mufti's* (i superiori scienziati legali consulenti), i *Mollah's* (i giudici per le provincie e le maggiori città) ed anco i *Cadi's* tal scienza venne fermata in molti manuali, e svolta in molti libri, de' quali i più diffusi sono la *Mulleka* di *Ibrahim Halebi* (1349) ed il *Muthtacar di Khalil* (1422) in armonia alla Sunna di Malek.

(1) Vedi sovra questo, e sul diritto moslemitico, Warkönig, che ne tratta diffusamente nell'Enciclopedia, p. 162 e seguenti.

(2) Le opere di Malek, come quelle de' comentatori suoi, specialmente di Khalil (1422) vennero tradotte e commentate per ordine del ministro di guerra di Francia, onde servire di codice alle autorità francesi in Algeri; e tale traduzione fu eseguita da Perron, « *precis de jurisprudence musulmane, selon le rite Malakite*, » Paris, 1840.

Le fonti più importanti per la promulgazione del diritto, sono tuttora le leggi e le ordinanze del capo dello stato assumenti la forma di *Fermans* ovvero *Hattischerifs*; il diritto di consuetudine *Adet*; e la pratica la quale appoggiasi specialmente alle sentenze (*Fetwas*) dei Mufti's, i quali sono riuniti a Costantinopoli in un collegio, presieduto dallo *Scheik ul Islam*, che gli è il supremo interprete della legge.

Il diritto moslematico fonda in primo luogo, tanto in riguardo al diritto privato e pubblico, una diversa capacità giuridica tra i musulmani ed i non musulmani, per cui questi ultimi devono a motivo della loro posizione inferiore e sommessata pagare un testatico; non possono avere una proprietà fondiaria, che spetta al Signore, ma soltanto un possesso tributario però trasmissibile e per eredità e per alienazione, e vengono trattati inegualmente tanto nel diritto penale riguardo alla pena, come nel processo in rapporto alla testimonianza. Sovra questi punti, imminente è un cambiamento decretato nella base generica, ma non per anco attuato (1).

Nel matrimonio (2) concessé il Corano la poligamia, ma limitò — senza contare le concubine — a quattro il numero delle donne legittime, alle quali spettano pure alcuni diritti ed onori. Tuttavia desse trovansi nella loro vita domestica in balia al marito. Soltanto nella separazione del vincolo matrimoniale, che in certi casi possono anch'esse chiedere, quantunque rade volte la conseguiscano, vengono dal diritto e dai tribunali assicurati loro alcuni diritti sovra i beni.

Il diritto ereditario moslematico, uno de' più avviluppati e proteiformi di guisa che da giuristi arabi lo si consideri per la metà di tutta la scienza di diritto (3), è rimarchevole in ispecial modo per ciò che i più prossimi parenti non escludono i più remoti. Nella qual disposizione alcuni immaginarono travedere la mitezza del Corano, mentre vi si dovrebbe piuttosto scorgere mancanza di riguardo all'amore di famiglia.

La dottrina sulle obbligazioni non è sviluppata nel Corano, ma invece lo è, ed estesamente, dai giureconsulti. Il Corano si limita a raccomandare sieno i contratti conchiusi in iscritto, ovvero alla presenza di due testimoni, nel che due donne vengono calcolate come un sol testimoniaio (4).

(1) Ed in vero i rapporti tra i musulmani ed i raja vennero per la Turchia e pertinenze sue sommamente modificate dall' *hatti-humajun* cui il Sultano emanava per rispondere alle esigenze della civiltà espresse in special modo dalle potenze alleate alla Turchia, nella pace testè conchiusa tra la Porta unita a queste, colla Russia. Per quell' *atto*, i maomettani ed i cristiani vennero parificati nel godimento di tutti i diritti civili, il che incontra un acerba opposizione tra Turchi. — Nota dei traduttori.

(2) Su di questo diffondesi Unger a p. 44. e seguenti.

(3) Gans, diritto eredit. I, p. 203.

(4) Corano, Capo II, 282

Severamente da Maometto nel suo libro è vietato il percepire l'interesse (1); consigliata l'indulgenza verso i debitori insolubili.

Il diritto penale manifestasi essenzialmente per un sistema di multe pecuniarie, fondato sulla vendetta di sangue usitata presso le stirpi arabe, commisurandosi secondo il ceto delle persone la misura delle somme a pagarsi in proporzione alla gravità delle offese. Così p. e. la multa per l'uccisione di una donna, la è la metà dell'imposta per quella di un uomo, della stessa di lei condizione.

Per l'Islam che riunisce in se il potere religioso e di stato, apresi la via in Europa il despotismo orientale, quel despotismo che venne tolto dai Greci e Romani, ai quali facciamo ora passaggio.

SECONDA PARTE

IL DIRITTO DEI GRECI E SPECIALMENTE DEI ROMANI.

PROEMIO.

Sulla differenza tra la idea greca e romana della vita e del diritto (1).

Greci e Romani, stirpi ariche (indo-europee) trasmigranti in Europa in epoca anteriore alla storia, manifestano in molti punti una sì stretta affinità, da indurre fin qui reputatissimi storici a tenerli per una identica stirpe originaria, divisasi poscia negli antichi Pelasgi. Ma tale supposizione torna del tutto inutile (2). Entrambe quelle razze compirono nella storia la missione a loro comune, di schiudere allo spirito umano il varco ad libero sviluppo, dopo avere rimosse le pastoie che vincolavano in Oriente. Siccome avviene in generale delle famiglie emigrate che abbandonano molte credenze ed istituzioni patrie, dovette accadere lo stesso anche delle schiatte ch'or studiamo, alle quali fu pur forza cangiare di molti ordini nel lungo pellegrinaggio al conquisto della libertà. Per il chè ne si offrono i Greci e Romani, come a ritroso de'tempi li seguiamo fin dove ne guida una storica traccia, aventi della vita e del mondo cre-

(1) Corano, Capo II, 276 e seg. Come un simile divieto sia dal credente musulmano trasgredito meno direttamente, ma invece reso illusorio in molti paesi nel commercio con Cristiani ed Ebrei, a cagione di compere o restituzioni gratuite, vedi l'art. la *Syrie* etc. nella *Revue des deux mondes*, 1855 marzo.

(2) Sovra tale argomento consulta *Hegel* « filosofia della storia ». *Stahl* « filosof. del diritto » I Vol. p. 35; *Gans* « dir. ered. » *Unjer*, p. 92. e seguenti.

(3) Intorno a questo terrem discorso più tardo nella storia del diritto romano, Cap. I. § 1.

denze ben diverse ed anzi opposte a quelle dell' Oriente. Mentre ivi non si conosce la vita che pel lato perituro e quale iniziazione al divino e ad una seconda più nobile esistenza, quelle generazioni fan d'ogni cosa centro il mondo attuale, l' indipendenza, l' uomo, il bello; ed innanzi a simili chiare e limpide vedute, la vita futura si scolora e s'allontana siccome un sogno indeciso ed oscuro; mentre all' incontro tutto intende ad allietare il presente, cercandosi con gagliarda costanza e lotte vigorose il ben'essere nel seno del mondo attuale. Al quale scopo si fa vie maggiormente sentire ed applicare il principio della personalità, della libertà e della riabilitazione dell' uomo. Restano ancora certe credenze originarie, comuni a tutte le antiche razze, ma di mano in mano che le stirpi si fondano, ciò probabilmente avvenendo nel volgere dell'emigrazione, fassi predominante il politeismo e si abbarbica con tenacità alla vita dello stato. L'U-nico ed Eterno, il quale è riposto sovra tutto il molteplice e lo padroneggia, viene ancora riguardato soltanto per destino, per fato, il quale tien sotto la sua possanza gli stessi speciali Dei.

La differenza che riscontrasi tra la nozione della vita e del diritto dei Greci e dei Romani, origina dal diverso carattere spirituale d'ambo i popoli. Altre innate forze psicologiche manifestansi presso di essi. Il genio greco afferra con sintetica energia della ragione e mercè la fantasia creatrice, quanto avvi di vivente, ed armonizza il tutto colle parti in modo subordinato sì, ma ad un tempo con vicendevole relativa indipendenza d'ogni elemento. Ciò che esso ammira nella natura, la quale non tiene altrimenti per un simbolo dell' ente supremo, ma per l' assoluta bellezza, e nella quale egli pure liberamente respira, cerca porre eziandio nel mondo spirituale e morale per mezzo della libertà. Il Cosmos (1) si eleva ad archetipo dell'ordine spirituale e morale della vita. Indi lo squisito senso del bello, dell' arte, della plastica e formosità de' Greci, al che si congiunge, come di costume, somma mobilità e capriccio. Quinci spiegasi come Aristotele sentenziasse essere in genere la poesia una libera imitazione della natura; ed anco perchè in Grecia si perfezionasse piuttosto lo stato, mentre a Roma si condusse invece a perfezione il diritto de' privati. Lo spirito greco riconosce bensì la dignità subbiettiva d' ogni cittadino, ma la sommette al tutto, nel quale e pel quale sussistono ed il privato ed il suo diritto. Questo tutto, tal ordine che adombra la bellezza della natura, gli è appunto lo stato, nel quale trovansi intimamente unite le parti che però ad un tempo ne sono le forze che lo determinano, in guisa tale che esso gli è un comune ente libero, un capolavoro, una potenza bastevole

(1) Sul *Kosmos* degli stati dorici vedi Müller » i Dorii N, §. 6. — Unger p. 23 cita il passo di Tucidide (2, 11) in cui il re Archidamo esclama: « La più bella e costante delle cose, si è che la moltitudine intende servire ad un Cosmos. » E segue osservando che « perciò gli Spartani celebravano tanto Licurgo, e nominarono il di lui figlio coll' orrevole nome di Eucosmos (Pausania 3. 16), perchè quegli in cotal guisa ordinasse il cosmos sussistente »

a se stessa (1). Il perchè il diritto civile, come quello che non tratta della vicendevole azione del tutto e delle parti, ma solo della determinazione propria degli individui distinti dalla massa, non giunse in Grecia ad un perfezionamento armonico con quello dello stato (2).

Ben altrimenti sviluppossi l'idea romana nella quale si fa prevalente l'intelletto e la volontà. Lo spirito di Roma non lacera già le parti staccandole dallo intero, ma colla mente sua di natura analizzatrice, distingue acutamente la massa e gli individui. Quella non è per lui nulla più del vincolo comune che collega ed ingagliardisce le membra. Mentre secondo il concetto greco che si riflette nella dottrina di Platone e d'Aristotele, lo stato trae organico sviluppo dalla famiglia e dall'agglomeramento di queste; in Roma esso stato fin dall'origine sua è qualche cosa di esterno e composto ed effettuato persino violentemente, in cui la volontà ed il potere sono decisivi, come in fatti avvenne che le fonti di tale istituzione si modificassero secondo i mutevoli rapporti di possanza fra i partiti principali. Il genio romano non concepì manco lo stato in sè stesso come venerabile ordinamento; ma in armonia alla pratica e chiara nozione d'utilità, ebbe a considerare il tutto, e con maggior diligenza l'interesse de' privati. Ed in cotal senso conviene si spieghi la lotta dei due ceti in Roma, avvegnachè i patrizi avvisassero innanzi tutto e per beneficio proprio, di proteggere l'ordine di stato ed il costume, mentre i plebei adopravansi con ogni lor possa a trasformare lo stato in un provvedimento d'utilità. Tanto in Grecia quanto a Roma si durò una lotta gagliarda per ottenere la supremazia della forza pubblica; ma in quella nazione si intese al dominio in se stesso come ad ultimo scopo, in questa all'incontro la si cercava per soddisfare ad altri fini (liberarsi dagli aggravi, distribuzione dell'agro, ecc.) Nella prima, la demagogia distrugge la vita dello stato; nella seconda, declina questa per la completa vittoria di una fazione dell'elemento plebeo, nè sostienesi se non esteriormente appoggiata al despotismo dell'impero, che necessariamente seguì. Nella Grecia non staccossi mai del tutto il diritto e la legge dall'etica. Come la vita in generale non si perfeziona solo dal lato della forma giuridica, ma si sublima intrinsecamente nella filosofia e nell'arte, perciò non è la religione indifferente cosa allo stato. Ed in vero codesto lo si dimostra e con uno de' principali capi d'accusa nell'ingiusto processo contro Soerate; ed anco con ciò che nella vita e nella dottrina, specialmente nella speculazione aristotelica e platonica, il diritto e la politica vengono considerati soltanto come un ramo dell'etica. Già gli antichi legislatori appoggiarono le loro leggi ad etiche

(1) Vedi Aristotele Polit. III, 4. 7 ή δε πολις κοινωνια των ελευ, θερων; e VII, 4, 7 ή δε πολις αυταρχικς.

(2) Wachsmut, » antichità elleniche, 2. p. 211, cerca vari motivi per spiegare il fatto che i Greci nello volgimento del diritto rimanessero addietro af Romani; ma la causa principale, riconosciuta pure da Wachsmuth, riposta nella diversa natura popolare non venne colta in tutta la sua verità.

basi. Ma lo spirito romano riconosce nello stato una sola forma universale, la quale nella sussistenza sua non cura per nulla il contenuto, indifferente che esso ossia la materia proceda dal libero moto, dalla volontà e dall'arbitrio dei cittadini. Nella stessa guisa che Roma non si oppone ad accogliere estere divinità nello stato, sì che questo riesca una specie di Pándemonium; ugualmente non si viene isolando dal diritto straniero, ma piuttosto il proprio su quello riforma, permette che le leggi altrui si confondano nel *jus gentium*, e lo statò stesso diviene uno stato di popoli.

Tale concetto della vita e dello stato dovette indurre finalmente i Romani a dar'opera al perfezionamento del *diritto privato*. Gli individui i quali in faccia alla universalità dello stato, si teneano indipendenti ed erano compresi della propria grandezza, dovettero anelare a forme adatte, le quali il carattere di essi guarentissero e perpetuassero. Siffatte forme giuridiche divennero soltanto delle vuote cerchie, nelle quali ebbesi a collocare la volontà assoluta e variabile così come armonizzava col concetto individuale dei rapporti, e nel modo che veniva determinata dal proprio interesse; il perchè nel diritto romano anche nel momento della riabilitazione della personalità, non è per nulla collegato alle relazioni universali, nè manca a quelle da attendersi da un aiuto vicendevole (1). Queste forme giuridiche vennero studiate nel loro isolamento, in se stesse, però senza darsi un pensiero del contenuto etico; per il che si assunse il diritto, il quale non sarà mai più di una relazione, come se fosse qualche cosa d'assoluto, d'indipendente, — avvegnachè i Romani non conoscessero veramente l'assoluto nell'etica —; ed in seguito alle relazioni commerciali più estese, ed anco per l'egoismo accresciuto sotto l'impero, venne esso diritto acutamente svolto e condotto a soddisfare degli egoistici interessi. Per questa tendenza esterna e formale del diritto, ebbe ad essere la vita romana spoglia d'ogni intrinseca energia morale in guisa, che ben peggio della greca fu ridotta a completo sfacelo.

Grecia e Roma fecero emergere per l'assoluto concetto della vita umana l'importanza dello stato e del diritto; ma entrambe pergono la prova storica, del non potere la vita umana trarne gli impulsi e trovare le basi al proprio sviluppo in se stessa, ch' altrimenti facendo perirebbe nelle angustie di sua finitezza: abbisognare, però d'un principio trascendentale, infinito, divino, come le venne dato dal cristianesimo, e che le può assicurare vero slancio, interna solidità e perenne progresso.

(1) Il concetto romano è determinato assai bene da Sthal, vol. 2, p. 592.
Encicl. Giur. VOL. I.

PRIMA SUDDIVISIONE.

I Greci ed il loro concetto di stato e di diritto (1).

La popolazione della Grecia, senza riguardo alla rappresentazione greca degli *Autoktoni*, pare vi si conducesse nella maggior parte per terra venendo dal nord, ed in parte anche dall'est per mare (2); ed abbiamo molte ragioni di credere che originariamente fosse divisa in molte stirpi, la cui interna organizzazione in generazioni *phatrie* e *phyle*, lascia argomentare ad una graduata formazione di una vita comune (3).

Pe'tempi antichi, almeno sino alla guerra troiana, non avvi alcuna certezza cronologica. Ma quello che è in dubbio si è il sospingersi ed incalzarsi delle stirpi moventi dal nord, nonchè delle lotte parziali fra esse. La immigrazione di maggior momento, si fu quella dei *Dorii* federati cogli *Etoli*, avvenuta intorno il 1100; i quali fondarono gli stati d'Argos, Messenia, mentre gli Achei all'incontro scacciati dalla Laconia occuparono la costa settentrionale del Peloponneso, d'onde gli Jonii si condussero in Africa. Subito dopo incomincia la fondazione intrapresa felicemente e con molta energia, nonchè continuata per 6 secoli (1100-800), di città delle colonie sulle isole ovvero lungo le coste de'Barbari del mar nero (Sinope, — Trebisonda — Trapezus — Bisanzio), fino alla Gallia meridionale (Messalia) ed alla costa occidentale della Spagna.

Prima però che venissero ordinate le condizioni della Grecia, sembra sia scorso un tempo di selvaggie ostilità, che ingenerarono gravissime sventure, aggressioni e di molt'altre calamità, Minos, Eracle e Tesco, vengono designati come quelli che tolsero que'mali.

Le principali feste religiose di ciascuna città offrirono la prima occa-

(1) Oltre le opere esclusivamente storiche, vedi; *van Limburg Brouwer*, „ de la civilisa. mor. et relig. des Grecs „ Gron 1833; *Wacsmuth*, „ storia della civiltà „ 1. vol. Per la storia dello stato e del diritto in particolare; osserva: *Maier* e *Schömann* „ il processo attico „ lavoro premiato, 1824; *Gans* „ dir. ered. „ 1824; *Blatner*. „ diritto attico „ 1820; *Boekh* „ economia di stato degli Ateniesi „ 2.^a edi. 1831; *Wacsmuth*, „ antichità elleniche dal punto di vista dello stato „ 1829, 2. edi. 1846; *Hermann*, antichità greche di stato „ 3. edi. 1841; *Laurent*, *histoire du droit des gens* „ Gand 1850, 3. vol., *Lerminier*, „ *histoire de la legislation de la Grece antique* „ Paris 1853.

(2) Intorno alla relazione della Grecia coll'Oriente, conviene, come giustamente osserva Hermann, I, p. 3. si distinguano essenzialmente due quistioni: 1) sull'origine orientale dell'immigrante popolazione greca, il che è posto fuori di dubbio dalla etnografia comparata, e 2) sull'influenza di posteriori immigrazioni — le quali non possono venir messe in forse — dall'Egitto vuoi si venisse Danaus, 1600? Ceirops da Zais 1892? dalla Fenicia Cadmus 1500? dalla Frigia Pelope 1500?.

(3) Su questo offre Hermann I, vol. p. 14, un breve sviluppo.

sione a contatti pacifici ed amichevoli rapporti di terre vicine, avvegna-
chè quelle insieme ai giuochi porgevano sicurezze di vicendevole tratta-
mento (1). Fra tali feste alcune s' elevarono a feste nazionali di tutta la
Grecia, come le olimpiche, le Pytiane, le Istmiane e le Nemee. Quindi
originano anche gli Amphictyoni i quali non sono a riguardarsi altrimenti
siccome confederazioni offensive e difensive tanto per lo interno, quanto
in rapporto all'estero, ma piuttosto come circoli chiusi di popoli abitanti
nelle vicinanze di un santuario (2). Fra questi Amphictyoni salirono in
somma onoranza quelli del pytio Apollo, la di cui origine si perde nei
tempi antistorici, ed a questi uffici preser parte ugualmente dodici popo-
lazioni per potere diversissime. La federazione degli Amphictyoni crebbe
in dignità e rinomanza specialmente dopo la migrazione de' Dorii; e così
fu pure dell'oracolo di Delfo il quale esercitò poscia grande influenza in
molti rapporti. Del resto siffatta federazione non può tenersi per una
comune autorità superiore politica della Grecia (3).

Siccome la Grecia dietro le tendenze d'organizzazione smembratrice ed
individuale, non si condusse giammai politica unità, così non è manco
dato il tracciarne una storia complessiva giuridica e politica (4). Risultano
bensì dall'unità di schiatta alcuni tratti fondamentali, che sono però di-
versi di molto secondo che quella si va dividendo. Anco la fisionomia di
queste stirpi speciali, non ci è dato delineare sufficientemente ne' loro
stati. La dorica tenacità, il costume religioso, l'austerità, l'assennatezza e
la rigida disciplina non si atagliano eogli stati dorici di Corinto, Koskyra,
Taranto, Siracusa. La ionica mobilità, i piaceri della vita, la vaghezza
d'innovazione, l'attitudine a mille cose, ed i rilassati costumi, non sono
per nulla confacenti all'antica Atene ed a Messalia.

Se ora ne poniamo a considerare la *vita greca di stato*, si scorge d'un
subito come dessa nello sviluppo e modificazioni sue, abbia un'importanza
ed espressione non dissimile di quella dello sviluppo del diritto civile a
Roma. La vita di stato greca, non fatto riflesso in parecchi riguardi a
Sparta, percorse, non altrimenti della filosofia greca che offre tutti i modi
principali della speculazione filosofica, il cielo di tutte le più importanti
forme di costituzione e di governo, ad eccezione del sistema rappresen-
tativo, cui in generale l'antichità ignorava. La monarchia, aristocrazia,
democrazia manifestaronsi nella loro svianza tanto nel bene che nel
male, e come per Aristotele divennero oggetto di profondi studi, rimar-
ranno pur sempre istruttive per l'etica e la politica.

(1) Hermann p. 31.

(2) Hermann p. 37.

(3) Vedi le opinioni di Hermann che si trovano alquanto contrarie, p. 38.

(4) Anche il nome collettivo di Elleni sorse più tardi, e probabilmente
venne da una stirpe distinta esteso a tutti, i quali vuolsi benchè no' si
possa sufficientemente provare — che ne' tempi primitivi si chiamassero
Pelasgi.

Ed innanzi tutto sopponiamo ad un rapido esame l'epoca antica, come ne è concesso travedere in alcuni tratti fondamentali de' racconti poetici e della tradizione.

Negli antichissimi tempi sussisteva la così detta monarchia eroica (1). Ereditaria la possanza di capi, più tardo chiamati re, i quali accoglievano in se la dignità ecclesiastica, quantunque quà e colà vi avessero alcuni sacerdozii speciali, non però collegati in caste. Il re era giudice in pace, duce in guerra. Ma al di lui fianco assidevasi un consiglio (Boukn) di nobili, ed egli il più delle volte non è se non il primo tra gli eguali. Contemporaneamente sussistevano eziandio pubbliche riunioni popolari (αγορα), convocate di certo più per ascoltare che per decidere (2). Lo spirito d'eredità del principato, che avea il suo fondamento nella credenza che il valore passasse naturalmente di padre in figlio, nella ricchezza e nel possesso fondiario, manifestasi pure fra sacerdoti, che eransi isolati dal rimanente popolo, com'anco presso altri ufficii e ministeri (3). Del resto qui non è a discorrersi di caste, come più volte venne fatto. Questo passaggio ereditario non era altrimenti un principio stabile, ma scendea piuttosto dalla tradizione dal costume e dai rapporti.

Dopo le emigrazioni che produssero un grande commovimento nell'antico costume, sussisteva pressochè ovunque ancora il potere regio, ma trovavasi sul declinare. Novelle relazioni si formarono. La servitù che sulle prime era assai limitata, venne estesa di molto per la sommissione dei prischi abitatori di un paese conquistato con l'armi. I servi furono astretti a provvedere a quanto tornava necessario al sostentamento della vita di tutti, mentre il cittadino non vivea che per lo stato, solo intendendo all'opere degne d'un libero uomo. In questa posizione riscontravasi di già un carattere aristocratico. Ma tra questi liberi cittadini, i quali erano coordinati presso i Dorii in tre, ed appo li Jonii in quattro *phyle* cioè sezioni di popolo organizzate in armonia all'affinità delle stirpi, sussistette fin dalle origini — forse in tutte le *phyle* —, una nobiltà ereditaria (4) (Eupatride, Eugenis) (di sangue) fondata sul valore e sopra la ricchezza fondiaria, la quale serbò il proprio potere anche nelle nuove sedi, e dalle circostanze opportune trasse argomento per fondare di corto un'aristocrazia. Tali favorevoli avvenimenti erano per lo più, abuso del potere da parte dei re contro le invalse consuetudini, gravi misfatti nelle loro famiglie, contese pel trono con richiedimento d'aiuto alle generazioni nobili, e con rinuncia ad una parte de' regii diritti. Per il che non era più sicura la successione ereditaria; il re divenne responsabile, e in molti luoghi dovette andar contento del posto d'un supremo impiego dell'ari-

(1) Hermann I, § 55.

(2) " §. 6.

(3) " § 98.

(4) Hermann I, § 98.

stocrazia, mutando spesse fiate eziandio il nome di re, in quello di Archon ovvero Prytanis (1).

Di tal guisa sviluppossi l'antica aristocrazia, o per dir meglio una oligarchia di certi ceppi privilegiati per nascita, i quali del resto appoggiavansi sulla superiorità della intelligenza politica, nonchè sovra le dovizie accumulate innanzi, per la elevata posizione in che si erano ritrovati. Tanto il consiglio quanto le magistrature ebbero ad essere sobbarcati dall'aristocrazia, e ciò avvenne sulle basi dell'ordine successivo o della elezione, e da quella sorvegliati e fatti responsabili (εὐδυνη). La riunione del popolo era intesa per lo più allo scopo che votasse col sì o col no sulle proposte già formulate. Le corti di giustizia trovavansi nelle mani dell'aristocrazia.

In molti luoghi consolidossi l'aristocrazia; ma ove il popolo non veniva da lei oppresso, manifestaronsi ben presto delle turbolenze e moti popolari ed esigenze d'innovazioni. Varie cause e parecchie opportune occasioni favorirono lo sviluppo dell'antica democrazia. La coscienza del proprio diritto la quale presso i liberi Greci faceasi sempre più sentita, quantunque appoggiasse alla servitù che sussisteva universalmente; l'aumento dell'agiatezza, che avea luogo sopra tutto nelle città marittime; le guerre da cui fu la nobiltà vinta e parecchie volte astretta a comperare l'aiuto del popolo, rimunerandolo con di molti favori; le contese tra l'oligarchia; l'oppressione del popolo; tutti questi fatti ricondussero alla vecchia democrazia la quale non era per anco roborata da stabili principii, ma di consueto veniva soddisfatta mercè il componimento delle sue più immediate querele, dalla remissione dei debiti di che trovavasi avviluppata, la distribuzione de'campi, e per gli acconsentiti diritti di comunione conjugale e di uguaglianza. Essa però a motivo di sua imperizia in affari di stato, convenia si affidasse a *duci popolari*. Ma diversamente non avvenne di quanto ne insegna la storia dell'antichità, non esservi cioè dal duce popolare al tiranno se non un passo; chè in vero que'capitani pressochè tutti si spinsero alla tirannia, in guisa che parallelamente ad una tale manifestazione, il secolo VII e VI vengono acconciamente designato siccome i periodi della antica tirannide. La quale per vero era sulle prime gradita al popolo, però che essa pesasse specialmente sovra la nobiltà e le ricchezze, tuttavia il di lei potere non ebbe lunga durata. Gli umiliati oligarchi cercarono alla lor volta di guadagnarsi il popolo che progredi nella civiltà, collegaronsi a vicini stati gelosi ed all'aristocrazia straniera, e così venne originato, in particolar modo dall'elemento aristocratico, la caduta della tirannia. Indi secondo le circostanze, ed i rapporti esterni ed interni, s'avvicendarono l'oligarchia o la democrazia, finchè questa si rese predominante.

La *nuova democrazia* venne quindi appoggiata non più ad eventuali casi ma a sicuri principii. La sua idea fondamentale si è: ugual diritto di tutti i membri dello stato ad una partecipazione decisiva a tutte le

(1) Hermann I, § 56.

essenziali funzioni del potere dello stato, cui dovea esercitare la massa, ovvero una parte a nome di questa; libertà della parola ed uguaglianza di tutti innanzi la legge; esistenza personale vincolata in maniera indissolubile alla politica. Ma l'eguaglianza poteva, come in fatto accadde, venir presa in doppio senso: o come quella che qualificasse meglio tutti i diritti e doveri, per cui non fosse bandito dalla democrazia ogni elemento aristocratico (1), e così era fondata la democrazia moderata (πολιτεία coesistenza comune di Aristotele); ovvero un'eguaglianza di quantità ossia numerica che tende ad impedire qualsivoglia innalzamento per lo ingegno, pel merito e l'agiatezza, principii di disuguaglianza cui s'avvisò convenisse eliminare anco coll'ostracismo, facendosi luogo soltanto al numero degli abitanti. In questa posteriore democrazia non avevasi perfetta uguaglianza, ma la forza della pluralità dominava la minoranza; la parte povera più numerosa, i facoltosi. La gelosia e l'invidia contro quanto vi era di più elevato, l'arbitrio ed il capriccio, l'inverecondo egoismo vie maggiormente estendentesi avvegnachè si allargassero i modi di appagarlo, in oltre l'assoluta impotezza del popolo di reggersi da per sè; tutti codesti fatti rafforzarono i *demagoghi* e *sykophanti*, contro i quali dal suo canto si strinse l'aristocrazia anch'essa tralignata, organizzandosi in riunioni ove salda nell'interesse unico del ceto, manifestava il suo odio contro il demos, rugendo continua nella cieca passione che l'agitava. I successivi interni sconvolgimenti; i raggiri di partiti; diritto modificato secondo gli appetiti, le passioni ed i mezzi che a queste spettavano, ingenerarono una *scostumatezza* universale, la quale agevola poi sempre il castigo ed il flagello esterno. Per lo che la corruzione ricondusse di nuovo la *tirannide* nel maggior numero degli stati, fino a quando la Grecia perdette la libertà per opera di Filippo di Macedonia, nè l'ebbe a ricuperare manco dopo lo scioglimento della monarchia d'Alessandro il grande, così che nell'anno 186 av. Cr. l'Achaja fu dichiarata provincia romana.

Facendoci ora a considerare la *legislazione* della Grecia, troveremo degne di particolare menzione le leggi di *Licurgo* e di *Solone* (2); non soffermandoci alle favolose di *Minos* stabilite per lo stato dorico dell'isola di Creta (forse frammiste ad elementi egiziani), e che esercitarono un'influenza sovra Sparta; nè facendoci manco ad investigare le posteriori ma poco note di *Zatenkus* e di *Charondus* (entrambi verso la metà del secolo VII av. Cr.), formate quelle del primo per Locri, e l'altre del secondo per Catania, Sicilia e Magna Grecia.

Licurgo (3) (tra il 1000-850) se pur molto ritrasse da Creta affine per la stirpe da cui era popolata — intendeva puramente a rimettere il primitivo costume andato perduto per lotte intestine ed esterne, e di assicurargli un durevole dominio, onde espressamente vietò si raccoman-

(1) Isocr. Panath. § 153 δημοκρατιαν ἀριστοκρατια μεμίγμενην.

(2) Hermann, I, § 88.

(3) " § 25-30.

dassero allo scritto le norme giuridiche. Era di questo principio fondamentale l'intima unione d'ogni cittadino collo stato, il quale spettava d'essere equamente ed egualmente provvidente a tutti gli scopi finali ed a ciascuna persona, dominando per forza di meccanismo. In armonia a tale massima vennero regolate tutte le condizioni; eguale distribuzione della proprietà fondiaria in parte indivisibile e da non alienarsi (dopo la conquista della Messenia 900 —, i Periechi ne avevano 3000 di più piccole); una specie di comunione anco de' beni mobili, sendo permesso a chiunque di servirsi, ove ne avesse mestieri, della suppellettile, degli animali domestici e frutta altrui non altrimenti che dei proprii; educazione in comune per mezzo dello stato che adottava il fanciullo fino dal 7. anno; comunismo nei postì; la vita del cittadino regolata a foggia militare, sendo in fatto lo stato sempre pronto alla guerra mercè ottimo esercito ognor presto; affidato nell'interno il sommo potere dello stato al consiglio dei vecchi (*γερουσία*), autorità indipendente ed intermedia tra i re, che si avevano la presidenza, ed il comune; prescritto in confronto all'estero il maggiore isolamento possibile di questo stato singolare, e ciò pel divieto del commercio e del movimento di affari; la produzione pesava del tutto sovrà i maltrattati Ilioti, a cui era assegnata esclusivamente la cura delle terre degli Spartiati; nel riguardo spirituale e morale, svistato e soppresso tutte le mobili occupazioni delle scienze, delle arti e della vera moralità. Eppure un simile sistema durò per 4 secoli; ma alla fine gli fu forza crollare per la disarmonia tra l'interno e la vastità del potere esteriore, nonchè per il crescente egoismo.

In Atene ove Drakon (624) colla sua dura legislazione avea cercato consolidare la signoria degli Eupatridi, ma dove a motivo dell'aspro esercizio del diritto sui debitori che generò la schiavitù per debiti, il popolo trovavasi oppresso di molto, Solone. (1) (594) avvisò conciliare ed ordinare gli interessi dell'aristocrazia con quelli di una democrazia moderata. Principio fondamentale del nuovo tentativo, si fu il diritto del libero cittadino e l'onore in esso riposto (*τιμή*). Indi venne l'importantissima legge, che da quel tempo in poi pel debito si dovesse esclusivamente rispondere colla sostanza e non colla persona. E simultaneamente furono alleggeriti i pesi (*σεισάχθεια*), la qual cosa era non necessaria dalla situazione del popolo. Nè ciò per vero potea tenersi per una abolizione dei contratti di debito, ma soltanto per una remissione degli interessi, ed una riduzione del sistema monetario, dal che ne venne che si restituisse alla libera proprietà del coltivatore, il terreno oppignorato; e si ritornasse a libertà tutti quelli che per debito si ritrovassero schiavi. Anche agli indigeni industriali, ai Melechi, venne assicurata protezione contro l'orgoglio ed il delitto, e ciò per amore dell'industria; ed intorno agli schiavi, Solone per sentimento umanitario, sentimento effi-

cace a fan adempiere i doveri di cittadino, státuì la perdita del diritto alla cittadinanza. L'*Atimia*, dovesse essere una conseguenza del trascurare i doveri sociali. Anco nella conformazione formale della costituzione s'intromise conciliatore tra l'aristocrazia e la democrazia. Egli scorbò la divisione del popolo in quattro *phyle* e 170 *demèn*. Divise però gli abitanti in una nuova costituzione politica e militare secondo le sostanze, in 4 classi; stábilendo come regolo che per essere collocati nella prima detta dei pentakosiomedimmi, si dovessero possedere annualmente 800 misure o medimmi cioè moggia attiche dei prodotti cereali (1); ponea nella seconda dei cavalieri (*ίππεις*), che avesse il reddito di 300 medimmi; nella terza (dei *ξυγγίται*) chi ne avea 200; nella quarta unì i *θητες*, cioè tutti quelli che ritraevano meno della terza, e questi esonerò dal servizio militare.

Soltanto dalla prima classe poteano venire eletti gli archonti, i quali com'erano vecchi passavano nell'Areopago. Altre dignità di stato poteansi conferire ai membri delle successive due classi; ed all'ultima non era acconsentita se non una partecipazione all'assemblea popolare. A questa (*εκκλησια*) spettavano importanti diritti: elezione delle autorità; votazione sovra progetti di legge; trattare della guerra, delle alleanze e degli stessi affari religiosi. Dalle tre prime classi, e precisamente 100 da ciascuna delle quattro phile venivano eletti annualmente 400 che avessero passato il 30 anno, onde formavasi il consiglio dei 400 (*βουλε*), al quale incombeva apprestare tutti i progetti da presentarsi alla ragunanza. L'Archontato continuò a sussistere, e fu suo specialè incarico, oltre l'esposto, di comporre le contese giuridiche e di tenere la presidenza nei giudizi popolari. La sfera d'attività dell'Areopago determinata fin dagli antichi tempi, si dilatò, però che ad esso fosse attribuita eziandio oltre l'amministrazione suprema della prisca giustizia criminale, anche la sorveglianza sul reggimento dello stato, sovra i processi degli archonti, la conservazione delle leggi, il vegliare sovra i costumi de' cittadini, ed in parecchi casi anco il diritto di protesta contro il deliberato dal popolo. Si fu una importante e novella fondazione quella dei *tribunali del popolo* (*Ηλιαία*), pei quali venivano sortiti i giudici vincolati da giuramento e tratti dai cittadini senza censura di sorta; e ciò Solone intendeva ravvisare in tutti la conoscenza del diritto e della legge. Questa costituzione del greco legislatore non potè mettere profonde radici, forse pel di lei carattere conciliativo e fors'anco per le molte fazioni e discordie. E dopo che *Pisistrato* coll'aiuto del demos (860) si impadronì dell'assoluto potere, *Kleisthenes* (5107) fondò, specialmente coll'abolire lo scompartimento in 4 phile e col consolidare la cittadinanza per mezzo dei *Metöki*, la democrazia la quale dopo aver toccato alla massima grandezza sotto il regime di Pericle, venne ben presto condotta a decadenza dalla demagogia.

(1) Questa misura risponde presso a poco a metà della nuova soma italiana — I traduttori.

Volgendone ora al diritto civile, non ci verrà fatto di scontrare — a motivo della diversità delle classi — l'unità che esso ebbe a Roma, e nemmeno di discernere (eccettuata la facile distinzione non però comunemente accetta dell'epoca: eroica; e posteriore all'eroica) esattamente nello insieme le epoche dello sviluppo. Tuttavia hannovi certi tratti fondamentali comuni cui, senza occuparci di Sparta, conviene esporre in uno all'importantissimo diritto attico ed alle più sentite differenze negli altri stati. Il diritto greco non giunse e per i motivi per noi accennati; e per la sua poca diffusione, al perfezionamento che raggiunse il diritto romano. Tuttavia esso non manca di un' interno e rilevante valore; come pure non gli si può contrastare una tendenza a porre in armonia collo scopo i mezzi, ed in varie disposizioni intese a' rapporti morali, anche la preferenza sovra il diritto romano.

In primo luogo è mestieri stabilire la situazione propria del cittadino greco nello stato, situazione che determina il rapporto del diritto pubblico, ed a codesto contrapporre la veduta romana. Avvegnachè il cittadino venga sempre tenuto per membro dello stato, e posta la sua libertà in necessaria relazione col tutto, ed il tutto sia collegato alla legge nella uguaglianza della cooperazione e della dipendenza; così anch'essa la legge civile si pone a tutelare quanto dal privato deve alla massa, come mette anco un confine alla sfera d'ogni individuo, onde questi quinci non possa escire a recare nocumento altrui. In oltre questa legge raffrena l'uso della forza individuale e dell'egoismo, e — secondo il diritto di Solone — perchè cotal trasmodare gli è da per se cosa turpe, s'anco non lede i diritti altrui, e poi anco pel motivo che merita essere punito chiunque operi in una maniera immorale (1). Così nelle legislazioni riconosciute per bontà, appare sempre una dipendenza del membro del tutto, maggiore che a Roma non vi abbia. Ma siccome secondo il concetto greco, si tiene che lo stato trovi condotta in maggior pericolo la propria sussistenza dalla disarmonia tra lui ed i privati, da questo si scorge evidentemente come Solone potesse fissare delle pene per gli oziosi, e comandasse ad ogni cittadino di prender parte alle intestine discordie. Quest'intimo rapporto esprimersi anco nella greca nozione dell'onore, (*τιμη*) la quale non ha altrimenti una sussistenza propria, ma si manifesta per una conseguenza del contegno giuridico; e si palesa eziandio colla pena sancita per violazione dei doveri verso la massa, pena che era l'atimia, cioè l'esclusione dal consorzio giuridico (2). Il ledere la persona altrui, che nel senso più largo, comprende anco le offese verbali, secondo il diritto attico ebbe ad essere punito in guisa che fosse concesso anco a persone estranee allo insulto, d'insistere pel pubblico castigo. Vietati erano simili maltrattamenti anco verso gli schiavi, in quanto non appartenessero all'offensore, e codesto onde il cittadino non s'avvezzasse allo ingiu-

(1) Hermann III, § 58-60.

(2) Wachsmuth, III, p. 133.

riare (1). Punito il suicidio siccome abusò di potere verso se stesso ed anco perchè di tal guisa macchiavasi lo stato, e solo pochi stati facevano eccezione a simile principio. La pena era di solito, la perdita de' funebri onori (2).

Passando al particolare troviamo :

I. La *divisione delle persone* in cittadini, in perioki e metoki, in stranieri e schiavi.

1. Il *cittadino* solo avea la piena capacità giuridica. avvegnachè questa fosse condizionata alla stessa comunione civile. Tuttavia aveavi anco fra cittadini nei prischi tempi in riguardo politico e perfino in quello del diritto privato, una specie di ineguaglianza, ingenerata dai contrapposti ceti, che riscontravansi in tutte le phyle, della nobiltà (eupatridi) e del demos, la quale diversità non venne tolta se non dalla pura democrazia posteriore.

2. I *perioki* e *metoki* formavano una classe di mezzo; nè cittadina, nè straniera, e manco schiava. I primi (3) erano quella parte de' vinti agricoltori antichi, che serbò la personale libertà; nonchè il diritto di proprietà del suolo, corrispondendo per ciò un tributo ai vincitori, come ne era specialmente il caso a Sparta. I metoki all'incontro il cui numero s'auumentò di molto specialmente in Atene a motivo della posizione di questa città, erano fittaiuoli o tributarii immigrati per sempre o per lungo tempo, e che sotto parecchi riguardi consideravansi per stranieri non potendo p. e. aquistar fondi, astretti poi a scieglersi un patrono (*πρόσιονος*), ma che ottenevano però dietro una leggere imposta, il permesso dallo stato di esercitare tutti i mestieri civili.

3. Gli *stranieri* ritrovavansi bensì privi d'ogni diritto, ma godeano protezione pel *diritto di Dio* e dell'*ospite* (4). Più tardo s'offrono anche in riguardo politico e commerciale, leggi e trattato che assicurano ai membri d'uno stato, de' diritti innanzi all'autorità dell'altro.

4. La *schiavitù*, formata originariamente dalla parte più oppressa della vinta popolazione campestre, e poscia in altra guisa, distinguevasi dalla schiavitù d'altri paesi in ciò che ai padroni non era concesso d'uccidere o vendere gli schiavi fuori di paese. Proprietà non poteano averè se non gli schiavi dello stato. Lo schiavò emancipato non diveniva cittadino ma bensì metoko.

II. Il matrimonio in ogni tempo si mantenne ne' limiti della monogamia tuttavolta era dalle leggi acconsentito il concubinato (5). A ciò condussè la trascurata educazione della donna, ed il greco costume di non farsi

(1) Hermann III, § 60. Il coro nel re Edipo di Sofocle esprime, 393, la verità confermata dalla storia: ὕβρις φύτευσι τυραννῶν.

(2) Id. III, § 61. Wachsmuth, III p. 181.

(3) Hermann I, § 15.

(4) Hermann, III § 181.

(5) La bigamia di Socrate ed Euride, è una favola, Wachsmuth, III, p. 701.

caso, anzi di tenere in considerazione il praticare concubine che fossero in vanto di femmine colte (1). Ancora a tempi d'Omero strigneasi matrimonio per lo più con una specie di compera; e più tardi, mediante un contratto a cui aggiungevasi il rito religioso (2). Indi dopo molto tempo venne in uso per contrassegno del matrimonio e per difficoltare le separazioni, l'assegnamento di una dote (*προίξ*), di cui il marito non godea che l'usufrutto, dovendo anzi assicurarla col costituire un'acconcia ipoteca (3). I nati in Grecia, ma da stranieri, veniano diversamente trattati nelle varie epoche. Negli ultimi tempi era necessario che allo scopo di praccacciare a figli in Atene tutti i diritti civili, il padre e la madre si avesser il diritto di cittadinanza. Fu intesa specialmente la legge a perpetuare la discendenza di un cittadino, ed a serbarne la sostanza nella famiglia sua al che il prossimo parente laterale era in diritto anzi in obbligo di sposare la figlia chiamata alla successione (*επικλητός*, figlia creditiera). Che se questa era povera, poteasi costringere quel parente od a sposarla, ovvero ad assegnarle una conveniente dotazione (4). Nella scelta della donna rimase predominante l'antica predilezione alle parenti (5). Nell'età eroica non aveavi alcun ostacolo od impedimento, eccetto del rapporto di genitori e figli, tra gli altri prossimi gradi (6); più tardi vennero in Atene vietati i matrimoni tra i figli della stessa madre. L'adozione era acconsentita pel diritto attico, quantunque esistessero delle figlie; ed anzi diventava un'obbligo in mancanza di prole, perchè non si estinguesse la discendenza ed i *sacra* ad essa uniti (7). Il divorzio si potea effettuare dall'uomo, semplicemente collo scacciare od abbandonare la moglie; ma a questa era concesso, se rifiutata senza motivo, di muover querela per la restituzione della dote, com'anco per gli interessi e pel mantenimento. Era pure in facoltà della donna di chiedere dall'Archon il divorzio. Gli adulteri puniti (a Tenedos colla seure). L'adultero colto sul fatto potea, secondo l'attico diritto, essere ucciso dal marito (8).

Le donne veniano riguardate per tutta la vita come minorenni; il padre od il marito era il loro signore per forza o per tutela (*κυριος*). In arbitrio della vedova, come almen sembra, ritornarsene alla casa paterna, ovvero continuare la economia domestica co'suoi figli, i quali colla facoltà materna assumevano ad un tempo la di lei tutela (9).

III. *L'autorità paterna* che ha la fonte nel matrimonio, nell'adozione e nella legittimazione, era più mite che non fosse a Roma. Incontrasi per

(1) Hermann, III, § 29.

(2) Id. § 31.

(3) Wachsmuth, III p. 221.

(4) Hermann, I § 121.

(5) Wachsmuth, III, p. 187 e 170.

(6) Id. p. 170.

(7) Id. p. 180.

(8) Herman, III § 86.

(9) Id. III, § 86, Gans, dir. eredi I, p. 312, e seg.

vero l'esposizione d' infanti, però che non vi avesse alcuna legge, ad eccezione di Tebe, che la vietasse; ma la era, però disapprovata dalla pubblica opinione. Solone non accordava il diritto di vendita, se non contro la figlia convinta d'impudicizia (1).

La tutela, dovere dei prossimi parenti, veniva in ogni luogo vegliata da magistrati superiori. (2)

IV. Ereditavasi e per testamento e ab intestato (3). La successione testamentaria che noi qui consideriamo soltanto secondo le leggi attiche, appoggia alla consanguineità, che abbracciava i discendenti; γένος, ed i parenti laterali συγγενεια. Tra i discendenti spettavano ai figli legittimi vere ed uguali quote ereditarie; le figlie non poteano, il che era pure il caso di tutte le femmine d'ogni luogo, pretendere se non la dote ed il mantenimento. E fin quando, in mancanza di successori maschi, vengono innanzi come eredi, le non hanno se non diritto intermedio d'eredità, vale a dire recavano tal diritto al parente che non potendo redare di per se, era abilitato anzi stretto a sposarle e con ciò conseguiva la sostanza per i figli (4). In linea retta valeva illimitatamente il diritto di rappresentanza, nè faceva manco mestieri che venisse l'eredità aggiudicata dal giudice. Fra collaterali quelli che aveano col defunto che lasciò l'eredità, comune il loro capostipite prossimo, precedeano i più rimoti; e ad ugual distanza di grado, i maschi escludevano le femmine. Difficile cosa la è quella di stabilire il diritto ereditario fra gli ascendenti. Il diritto di testare fu introdotto ad Atene soltanto da Solone (5), e foggiosi sulla presunzione della mancanza di figli naturali. Alla istituzione dell'erede andava congiunta l'adozione. Permessi però i legati che non riferivansi alla sostanza immobile, nè violavano i diritti degli eredi necessarii (6). La norma romana, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, punto non regge nel diritto greco (7). Somme provvidenze ritrovavansi in Atene perche avessero a procedere ordinati gli affari ecclesiastici (8).

V. In quanto concerne il *diritto sulle cose*, veggiamo come la sostanza immobile fosse in ispecial modo un' oggetto immediato della pubblica attenzione. Base essenzialissima alla comunale costituzione, si era il divieto d'alienare il possesso fondiario ereditato, fosse desso come Sparta fin dall'origine egualmente distribuito; alla qual legge violatrice non faceasi se non qualche eccezione in caso di somma necessità. In altri stati proibito l'accrescimento oltre una data misura del possesso fondiario; se

(1) Herman, III, § 11.

(2) Wachsmuth, III, p. 173.

(3) Gans, dir. ered. I, V., p. 281; Wachsmuth, III, p. 218.

(4) Hermann, III, § 63.

(5) " § 64.

(6) Wachsmuth, III, p. 219.

(7) Hermann, III, § 64.

(8) Wachsmuth, III, p. 220.

non che queste due leggi si dileguarono nel successivo storico svolgimento (1). A chi possedeva in buona fede una cosa, venne da *Zaleakus* serbato il possesso fino alla decisione giudiziale (2). La religione rendea sacri i confini. I caugiamenti di proprietà veniano constatati (in pochi luoghi per libri fondiarii) per scienza dei vicini o per denunzia ad una autorità (3). Merita special menzione tra le servitù quella legale, in forza di cui il cittadino che avesse indarno cercata l'acqua nel suo fondo fino ad una profondità di 10 metri, potesse attingerne due volte il giorno per una data quantità al pozzo del vicino (4). La facoltà di rivendicare una cosa smarrita sussisteva nel diritto attico, specialmente in applicazione agli schiavi (5). Perder si potea la proprietà per confisca, ed anco mediante la prescrizione, e su questo aveanvi leggi speciali (6).

VI. Il *diritto sugli obblighi* non era in particolare per quanto concerneva i contratti, condotto in Grecia a quella perfezione in che trovavasi a Roma; avevnachè mancassevi il relativo senso formale, onde non sussistevano se non delle norme generali, e poco caso si facea delle formole nell'attuazione dei diritti. Del resto il diritto greco riconosce quelle norme in tutti i contratti che occorrono presso quasi tutti i popoli fra quali la vita commerciale ritrovasi alquanto sviluppata, come nel mutuo comodato, deposito, pegno, ipoteca, compera, affitto, locazione, prestazione d'opera, società ecc., nonchè nelle obbligazioni scendenti da arrecati danni.

Pei *contratti* in generalè, veruna apposita forma; la stipulazione romana, affatto ignota. Qualsivoglia maniera di convenzione che nulla contenesse contro l'ordine e l'interesse della comunità, nè fosse immorale, veniva ammessa come giuridica; epperò acconsentita, come sembra, la personalità a tutte le riunioni sussistenti, e alle corporazioni da costituirsi (7). Argomenti principali d'assicurazione erano (in Atene molto usati) i documenti e le testimonianze. Nei contratti in iscritto ne si offrono spesso delle molte convenzionali. Usitata anco la fideiussione nella quale era concesso al guarentito rivolgersi immediatamente al fidejussore.

Nel *mutuo* nel quale era in costume un'alta misura di interessi, ed in cui la guarentigia personale del debito si riferiva in Atene soltanto alle esigenze privilegiate dello stato e dei commercianti, occorre la forma originale del *Cranos* (8), la quale veniva esercitata in modo individuale o collettivo col prestare vicendevole assistenza; cioè la era un sussidio il quale pòrto come mutuo gratuito, vincolava il beneficiato per quanto fosse in lui ed in certi casi alla restituzione della somma concessa in aiuto; e

(1) Hermann, III, § 62.

(2) " § 71.

(3) " § 68.

(4) " § 62.

(5) Wachsmuth, III, p. 238.

(6) " p. 238.

(7) Hermann, III § 63.

(8) " § 67.

per tal forma non sorgeva se non un'azione tendente ad invilire l'ingrato innanzi alla opinione pubblica. Trovasi pure nel mutuo la forma della compera (1), avente molta somiglianza colla compera germanica di rendite (o danaro) perpetue, venendo data parimenti la somma mutuata siccome arra d'un oggetto appartenente al mutuatario, del quale oggetto questi riserbasi l'usufrutto mediante corrisponsione degli interessi, nonchè il diritto di ricuperà collo sborso d'una sorte simile alla ricevuta. Contratti di assicurazione marittima erano assai frequenti, specialmente in Atene; come pure il diritto marittimo della città di Rodi, d'onde i Romani trassero la loro *lex Rhodia de jactu*, divenne molto importante per lo sviluppo del diritto navale (2).

L'*affitto* che offresi per un contratto temporaneo ed ereditario, sendo quest'ultimo derivato come *enfiteusi* ai Romani dalla Grecia, veniva regolato da molteplici disposizioni.

Nella *vendita*, contratto nel quale in Atene si poneva una tassa dell'uno per cento sul prezzo pattuito, troviamo pure la caparra (*αρχαβων*), e la disposizione che dopo conchiuso l'affare, il compratore acquista il diritto di proprietà non appena abbia sborsato effettivamente il prezzo convenuto (3).

Con molta esattezza regolavansi gli obblighi scendenti dalla *lesione* della persona e della proprietà (4).

Nel *diritto penale* si fa palese un deciso progresso in confronto della prisca vendetta privata di sangue, sendo dessa punita dallo stato. Tutte le maniere di uccisioni, omicidi e ferite, erano secondo le vedute attiche e generalmente anco greche tenute a motivo delle credenze religiose, siccome contaminazioni, da cui correva obbligo sacro di purificare il paese. Anche un supposto reo era astretto ad allontanarsi dal luogo del misfatto per qualche tempo almeno; e fin le cose non responsabili ed inanimate, da cui venisse occasionata la morte di un individuo, si trasportavano fuori dalla terra (5). Assai varii i modi di punizione; i più miti mezzi di morte erano il veleno e lo strangolamento nel recinto della prigione; i più aspri, quelli della seure e della spada in pubblico. Rado si applicavano l'affogamento, il rogo ed il palo.

La *procedura* trovavasi molto perfezionata nell'Attica (6).

(1) Hermann III, § 648; e Wachsmuth 232.

(2) Hermann, III, § 66, non vuol certamente accennare alla forma del diritto germanico, quantunque la forma greca e per principio e forse per conseguenze più favorevoli pel mutuatario, alla prima si avvicinasse. Vedi le note citate in proposito di Hermann. Il solo Charondas, la cui legge Platone approvò, avea stabilito che la proprietà non fosse trasferita se non dopo conchiuso il contratto, dando facoltà al venditore di far credito, a proprio pericolo, della somma convenuta. V. Hermann III, § 68.

(3) Wachsmuth III, p. 237; Hermann § 69.

(4) Hermann, § 61.

(5) " § 72.

(6) In ciò vedi l'opera principale di *Maier e Schönmann*: il processo attico " 1824.

SECONDA SUDDIVISIONE.

Esposizione sommaria della storia del diritto romano (1).

CAPITOLO I.

I ROMANI IN GENERALE.

Roma porge nell'antichità la prova, che anco dall'incrociamiento di varie stirpi popolari può sorgere uno stato vigoroso.

Nell'antica Italia, conviene si distinguano innanzi tutto, secondo le indagini della etnografia comparata, unica guida in siffatte ricerche, tre ceppi primitivi; il *iapigico* (detto anche messapico) nella vetusta Calabria, Apulia, Lucania, Bruzio e Sicilia, sulla provenienza e lingua del quale nulla per anco sappiamo, ma che però si manifesta di nessuna importanza per la civiltà; l'*etrusco*, di cui sono pure enigmi non sciolti fin qui, la lingua e le costumanze (2), e che si ebbe una civiltà importante ed influentissima eziandio sopra i Romani, civiltà sviluppata in un lungo periodo e già còlta a decadimento quando venne fondata Roma; finalmente la schiatta di popolo e di lingua maggiormente diffusa in Italia troviamo

(1) L'opera principale sulla storia romana la è quella di *Niebuhr* la quale segnò il principio di novelli profondi studi; « La storia romana, recentissima ediz. 1853. Negli ultimi tempi venne intrapresa la elaborazione di questa storia, con meritevoli lavori che sono quelli di » *Gerlach e Bachofen* « storia dei Romani » 1 vol. 1851, che la è una reazione parziale contro *Niebuhr*, e che attribuisce gran valore alla tradizione sulla antica storia romana, non sempre però in base ad una critica severa; *Schwegler*, 4. vol. 1853, scrupoloso indagatore, ma in generale ligio alle vedute di *Niebuhr*; *Peter*, « stor. di Roma » 1 e 2 vol. 1855-54, esposizione parziale di nuove ricerche in armonia a quelle di *Niebuhr*, *Teod. Mommsen* « stor. roma. » 1 vol. 1854, un prospetto per cui eleva, e giustamente, la storia di Roma a storia di tutto il popolo italiano, stabilisce nuovi punti di vista, ma con questi anco delle ardite ipotesi. In particolare sulla storia dello stato e del diritto romano, vengansi; *Zimmern*, « sto. del dir. rom. sino a Giustiniano » 1 vol. 1826; *Hugo* « stor. del dir. rom. 1852; *Waller* « stor. del dir. rom. » 2. ed. 1848; *Puchta* nel « primo corso delle istituzioni » 4. ed. 1833; *Erxleben* « dottrina del dir. rom. » 1. vol. (contenente la storia) 1834; *Ihering* « spirito del dirit. rom. 1. vol. 1832, trad. italiana del dottor Bellavite, Milano 1838.

(2) Secondo *Wachsmuth*, stor. univ. della civiltà, 1. vol. p. 290, sarebbe questa schiatta una miscela di due stirpi, una delle quali calatasi probabilmente dalle Alpi nate e nella valle del Po, e diffusasi nell'attuale Toscana; l'altra venuta, secondo un'attendibile racconto antico, dall'Asia minore (Lidia) e fattosi dominante. Se avessimo a credere all'autore dell'etimologia succitata, p. 148, gli Etruschi e gli Etiopi sarebbero affini. È però assai improbabile che la favella etrusca appartenga al ceppo delle lingue indo-europee. Sul che vedi *Schwegler* 1. p. 171.

essere l'*umbra-sabina-osca latina. osca*, la quale ramo senza dubbio della grande stirpe indo-europea — passò in Italia (1) e dilatossi, senza computare la Calabria e le colonie greche, sovra tutta la metà meridionale della penisola. Manifesta tal stirpe di molta affinità nelle sue credenze principali ed istituzioni, con altri popoli indo-europei, sicchè a spiegare una siffatta rassomiglianza si recò in mezzo la ipotesi adottata dallo stesso Niebuhr (2) di una madre stirpe primitiva comune agli Elleni ed a queste popolazioni italiche, cioè la pelagica. Simile supposizione non la è però giustificata, e non trovasi nemmeno necessaria (3). Le lingue degli Italiani non hanno a considerarsi se non come dialetto della medesima favella principale, tra loro non maggiormente distinto di quello che lo sieno quelli della lingua germanica ed ellenica; fra i quali dialetti italiani, il latino che si è originale e non altrimenti una mescolanza, predominando nella mista nazione romana, bandì a poco a poco tutti gli altri.

Queste popolazioni itale, com'anco gli Etruschi esistevano già da lungo tempo innanzi la fondazione di Roma strette in ispeciali confederazioni, tra le quali l'etrusca era la più diffusa, potente e florida.

La nazionalità romana formossi da tre elementi popolari, dai *Latini* o dai *Sabini*, entrambi affini di stirpe, e dagli *Etruschi*, sieno questi popoli primitivi (4) oppure sopraggiunto più tardi. L'antica Roma viene costi-

(1) La serie cronologica secondo la quale immigrarono i popoli di questa stirpe in Europa, varia alquanto da quella adottata da noi. Secondo *Pott*. (l' stirpe etnogra. indo-germanica) la successione sarebbe la seguente: 1. Iberi (?), 2. Illiri e Traci, 3. Greci ed Itali, 4. Celti, 5. Germani o Slavi.

(2) *Niebuhr* « storia romana » I, specialmente a pag. 32 e 63.

(3) L'ipotesi dei Pelasgi, in quanto vi si comprende la comune stirpe posteriormente diramata degli Elleni ed Itali, manca come riconoscono pure Niebuhr ed O. Muller d'una solida base storica, e divenne del tutto inutile dopo le nuove indagini dell'etnografia comparata le quali approfondirono le ricerche sulle favelle indo-europee, avvegnachè per tali studi si mostri come le lingue italiche compresa la latina, non s' avvicininno maggiormente alla greca di quello che alla germanica, onde non faccia mestieri immaginare un vincolo d'unione, quale sarebbe rappresentato dai Pelasgi, tra gli Itali e Greci, come non occorre stabilirlo fra tutti gli altri membri di questa famiglia di popoli e della germanica.

(4) Ritiensi bensì dal maggior numero de' moderni scrittori essere gli Etruschi sovraggiunti più tardi (il che viene dai Romani detto, reggenza di Tarquinio; e dagli Etruschi, calata dei Celtiani), in guisa che anche la loro influenza sovra di Roma sembra originare dall'estero. Tuttavia malgrado l'autorità di questa credenza espressa da Niebuhr I, 427, e quantunque io sia avverso a mettere un giudizio al buio, non oso però per riguardo alla giustizia storica e per spiegare dei fatti importanti, rifiutare l'opinione che nei patrizi prevalessse più o men tosto lo spirito etrusco, ma non trovo di derivare il carattere severo, religioso e sacerdotale, acerbo e duro fino alla crudeltà di essi patrizi, dai Sabini i quali hanno tanta somiglianza colle stirpi latine. Per il che quanto nel testo esposi intorno ai patrizi, avvegnachè non volessi starcarmi dalle ipotesi comuni, devesi quindi attribuire al-

tutta in parte dai Latini che abitavano il monte Palatino; dai Sabini stanziati sul Capitolino; e dagli Etruschi che alquanto dopo occuparono il colle Lelio. Latini e Sabini, secondo alcuni, trovavansi collegati in uno stato federativo fondato per un contratto, mentre, seguendo altre opinioni, i Latini sarebbero stati vinti dai Sabini, e viceversa. Essi portavano poscia il nome comune di *Populus romanus (et.) Quirites*, e mostrarono nel loro carattere diverse opposte qualità, che conciliavansi nel comune carattere romano, fondendosi in una mescolanza sotto molti rapporti assai felice.

I *Sabini*, popolo alpigiano dotato delle qualità de' montanari si distinsero per pietà, per costumi severi, per la sacra onoranza del matrimonio e fede al giuramento, per tenace attaccamento all'antico costume, nonchè a motivo d'una tal quale durezza inerente alla lor vita familiare, specialmente nello esercizio del potere di capo di famiglia sulla donna e sui figli. Siffatto carattere riflettevasi poi nella costituzione delle famiglie che era per lo più patriarcale, accordante al padre di famiglia ad un tempo sacerdote, re e giudice in sua casa, un vasto potere sovra quanti spettavano ad essa famiglia sua; in oltre serbò nell'interno lo spirito di sommissione all' autorità, ed in rapporto alle altre unioni domestiche, alimentò il sentimento dell'uguaglianza, e la predilezione di forme federative per l'intera costituzione. All'incontro i latini abitanti per la maggior parte nelle pianure e lungo le coste, palesavano un senso più nobile, ed in ispecial modo una inclinazione predominante a scopi d'immediata pratica utilità, acuta conoscenza e combinazione di alcuni rapporti, relativa prudenza ed avvedutezza; ma simultaneamente molta freddezza d'animo, egoismo ed incuria delle interne relazioni morali, nonchè energia giuridica solo esterna, perspicace e crudele. Siccome i popoli di natura più nobile hanno vaghezza di una completa accentrizzazione del potere signorile, così all'opposto de' Sabini volti alle forme federative, i Latini erano inchinevoli all'unità del dominio, alla centralizzazione del potere. Dalla natura di queste due stirpi, formossi il carattere romano in guisa, che l'elemento sabino apparisse a preferenza ne' patrizi, ed il latino mag-

meno in parte all'elemento etrusco. Questa opinione manifestata già da *Pastorel* nell' *histoire de la legislation* » XI, p. 307. riceve appoggi di bel nuovo da *Moreau de Jonès* nelle *Instit.* 177, 178. La quistione qui toccata punto non dipende da quella sulla provenienza degli Etruschi; e chiunque sentasi allettato ad ulteriori investigazioni non si arrenderà per certo alla sentenza di *Mommsen* I, 82. « che tale indagine venisse condotta secondo il consueto principio degli archeologi, di cercare ciò che nè può, nè merita sapersi. » Incerto è lo scibile, ma quanto torna interessante a sapersi e fuori d'ogni dubbio. Vedi intorno a codesto anche gli articoli nella *Revue des deux mondes*, 1855, 15 fevr. di I. Ampere, che è giudice competente per quanto concerne il giudizio su monumenti di arte, e che molto ne accenna di affine tra gli Etruschi e gli Egiziani, co' quali i primi aveano di buona ora di molti rapporti di navigazione.

giormente nella plebe si scorgesse. Sommarmente difficile riesce il determinarsi con precisione se l'origine dei patrizi e plebei a Roma avvenisse da ciò che questi appartenessero ad un popolo d'una stirpe vinta o ricoverata; ovvero se sussistesse fin dal principio una differenza somigliante al rapporto plebeo tanto tra Sabini che fra gli Etruschi, onde per naturale attrazione si affratellassero i patrizi sabini con quelli latini (1), e che la plebè sabina si aggiungesse alla latina senz'altro più numerosa. Comunque sia, la massa della plebe venne accresciuta di molto e per l'emanipazione, pel ricetto dei vinti ed a causa delle immigrazioni. La prevalenza del carattere della stirpe sabina presso i patrizi si spiega da ciò che esso corrisponde meglio ai sentimenti aristocratici in generale. — Come queste due stirpi si furono stabilite, loro se ne aggiunse una etrusca con civiltà avanzata, la cui influenza sul carattere romano e sulla vita dello stato di Roma, quand'anco difficile a determinarsi, si ritrovò essere di molta importanza sovra parecchi punti importanti, sull'aruspicio, sulle dottrine de' templi ed in ispecial modo sulla loro edificazione, sulle fondazioni delle città, misura de' campi, costruzione degli accampamenti militari, partecipazione degli Etruschi a tutte le tecniche opere, monumenti ed opere d'arte dell'antica Roma, e verosimilmente sulla costituzione e modo di governo di già sviluppati. Queste tre razze assunsero il nome di tribù dei Ramnes, Titii, Luceres, cioè Latini, Sabini, Etruschi, la qual triplice partizione perdette ben presto la sua importanza pel più interessante contrapposto di ceto.

A questo elemento di stirpe consociossi una ripetuta influenza greca. Una favola ne offre Numà (un Sabino) come discepolo di Pitagora; ma Niebuhr (2) vi scorse simboleggiata l'antica amichevole relazione tra i Sabelli (Sabini o Sanniti) ed i greci. Del resto circa molte credenze ed istituzioni non è ad argomentarsi ad una diretta influenza greca, ma piuttosto a concetto ed ordini comuni a tutti i popoli indó-europei. Più tardi vien lueggiata la greca preponderanza, che non può sufficientemente provarsi, sulla legislazione delle XII tavole. Da ultimo la vita romana scomponendosi, cercò un novello argomento di salvezza sulla filosofia stoica, la quale cooperò perchè si perfezionasse il romano diritto, adoprando una energia che già si ebbe ad esagerare, e che ora viene senza ragione ben poco valutata.

§ 2. Sviluppo della vita romana e dallo stato generale.

Nello insieme del carattere del popolo romano, trovavasi fissata la sua missione storica universale. Un popolo il quale fin dall'origine ritrovava

(1) Wachsmuth, storia della civiltà I, p. 308, dice francamente » dalle tenebre della primitiva storia di Roma emerge in modo irriducibile, come lo spirito di ceto spingesse fin da principio e conducesse a riconoscere il carattere dei patrizi in tutte e tre le stirpi, e che alla naturale triplice divisione subentrasse un doppio diritto di condizione. »

(2) Vedi le prelezioni sulla storia antica, III p. 221.

una gagliarda forza vitale unificatrice, nella semplicità de' costumi degli individui, e nell'onoranza del vincolo di famiglia; esso che a ciò aggiungeva somma acutezza dello intelletto e senso vivissimo dell'ordine formale nonchè della sommissione; che nella mancanza d'aspirazione ai superiori beni assoluti della vita, alla religione, alla scienza, ed all'arte, volgeva l'energia di sua volontà esclusivamente a scopi pratici esterni; un tal popolo dovette per la coscienza della sua forza interna, adoprarsi a tutto suo potere perchè nella costituzione di stato fossero saggiamente ordinati i rapporti esterni della vita, e desiderare circa l'estero un dominio, cui gradatamente soggiacquero pressochè tutti i popoli. Quanto caratteristicamente distingue la vita romana dalla orientale non solo, ma dalla greca, lo ritroviamo e nella progressiva separazione della vita dal suo fondamento supremo etico; e nella tendenza indi veniente all'esterno e formale, trovandosi dessa incarnata in ispecial modo nello svolgimento del diritto e dello stato; e nella gagliardia della coscienza di *sè stesso* e del proprio *volere* emersa nella personalità esternamente operosa. Che se i Romani mossero un passo innanzi, e per dir meglio, nell'antichità anteriore a Cristo l'ultimo passo sul sentiero conducente ad isolare la vita da qualsivoglia sublime energia etica obbiettiva; progredirono però anco in un campo positivo, perfezionando il proprio essere subbiettivo nella sfera esterna, nel conquisto della personalità civile e della civiltà, per il che aquistarono un'importanza che attraversò i secoli, ed esercitarono un'influenza a cui noi pure siamo sopposti. Ma simile sviluppo a motivo della separazione della forza etica, ingenerò in Roma, com'essa ebbe compiuti gli ordinamenti formali ed esteso completamente il dominio, l'interna decadenza.

CAPITOLO II.

Prospetto della storia romana di stato e di diritto fino a Giustiniano.

LE EPOCHE PRINCIPALI IN GENERALE.

Le epoche più importanti dello sviluppo, che non sono comuni al diritto pubblico ed al privato, in rapporto a questo noi qui le andremo designando, avvegnacchè esso sia nostro intento speciale. Ma non è meno istruttiva la storia del diritto di stato romano, però che, se non con tutta la varietà greca, porge tuttavia nel cielo percorso in Roma da tutte le essenziali forme di stato, dall'aristocrazia e democrazia sino al despotismo ed impero, il naturale sviluppo dello stesso principio fondamentale. In oltre dimostra come la tendenza subbiettiva, spirituale e vitale, formale ed esterna sempre maggiormente declinasse dai principj morali ed obbiettivamente giuridici, e conducesse gradatamente nella maggioranza democratica delle masse lo scioglimento dell'ordine di stato, il quale venne appuntellato per qualche tempo coll'impero, ma non presentò nulla

più d'una cerchia tracciata solo esteriormente, e nella quale dovea cercarsi il suo superiore principio cristiano che avea ad apportare una nuova base alla vita.

Avuto speciale riguardo al diritto privato, la storia giuridica romana può venire partita in 4 epoche, le quali hanno però ad essere determinate secondo lo spirito *predominante* in ciascuna età. Nella *prima epoca* prevale la *religione* (non già la *teocrazia* od il sacerdozio), e viene assicurata l'*unione* della vita intera e di tutte le istituzioni mercè il loro rapporto coll'elemento religioso; essa comincia dalla fondazione di Roma ed ha compimento colle leggi delle XII tavole. La *seconda età* principia con queste che introducono prime la separazione legale del diritto dalla religione, nonchè del diritto privato dal pubblico, e giunge fino alla caduta della repubblica. Tal'epoca, come già ebbimo ad osservare, si è quella delle *contrapposizioni* dileguatinsi da ultimo nell'universalità e nel dominio democratico. Il *terzo ciclo*, da Augusto a Costantino (e secondo Gibbon ed Hugo fino ad Alessandro severo + 235) presenta il decadimento della vita pubblica, e ad un tempo la tendenza delle forze spirituali rimaste sane, a perfezionare il *diritto privato*, tendenza incarnata nei giureconsulti. Il *quarto tempo* da Costantino che trasferì il centro del regno a Costantinopoli, sino a Giustiniano, mostra come nella decadenza del regno in seguito alla calata delle stirpi germaniche, si moltiplicassero i conati volti a stabilire la civiltà giuridica fin allora sparsa nelle *compilazioni* ed in leggi da coordinarsi.

Ma la storia del diritto non conviene anco qui esporla prospettivamente soltanto in modo *esteriore* a seconda delle fonti, ma ben anco è forza presentarla siccome *interna* in armonia alle dottrine, ed in pari tempo in continua relazione agli etici rapporti complessivi della vita.

Prima epoca.

Dalla fondazione della città, sino alle leggi delle XII tavole, 1-304 a. u. c. — a. Cr. 733-450.

I. Il principio della storia romana perdesi in tenebre non sufficientemente rischiarate dalle storiche ricerche. Primieramente ne si offre il popolo romano, il *Populus Romanus Quiritium* diviso in tre stirpi o tribù, che accennano alla loro triplice discendenza dai Latini, Sabini, ed Etruschi, e sono quelle dei *Ramnes*, *Pittes* e *Luceres*. Ciascuna di queste era alla sua volta suddivisa in 10 curie, ed ogni curia in 10 decurie, le quali secondo Niebuhr non sono altro che le *Gentes*. Hannovi quindi trenta curie e trecento decurie ovvero gentes. Contrassegnata ogni curia con un proprio nome, e si ha un suo speciale autiste, curione, un luogo ove accogliersi, la curia, ed una voce nella radunanza popolare che organizzata dietro curie e generazioni, quali sono i *comitia curiata*, rappresenta l'intero stato. E siccome i comizi veniano composti di *patres familiarum*,

nella stessa guisa formavasi un' adunanza, il senato, coi *patres gentium*, il senato unitamente ai comizi eleggevano un re supremo (rex) che mantenevasi in tal dignità per tutta la vita, e l'elezione avveniva in modo che il senato lo proponesse ed i comizi l'accettassero. Questo re elettivo, era in forza del suo impero il sommo reggitore degli affari comuni, il duce e giudice supremo. Tuttavia il suo potere trovavasi limitato essenzialmente per una autorità con lui coordinata in modo costituzionale, il *senato*, il quale come il membro più importante di quella foggia di governo, esercitava dietro convocazione e sotto la presidenza del re o del sostituto suo, importantissimi diritti, sendo pure suo ufficio di ponderare in consiglio anticipato e di approvare tutto ciò intorno a cui dovea il popolo pronunziare il suo voto. Che se trattavasi di emanare nuove leggi, nominare autorità, decidere intorno la pace e la guerra, era mestieri che il re stesso ponesse il voto suo nell' adunanza del popolo da lui convocata.

A fianco di questo antichissimo *Populus Romanus* che in istretto senso non abbracciava se non i soli patrizi, aveavi anco una *plebs*, la cui accettazione da limitrofi paesi si ascrive ad Anco Marzio ovvero a Numa. Essa plebe però godea di tutti i diritti generali della *civitas romana*, però specialmente la comunione *juris civilis* riposta nell'abilitazione al *jus commercii*, al *jus testamenti factionis*, nel contrarre un valido matrimonio, e nel far valere in giudizio i propri diritti, *jus agendi* secondo le prescrizioni del diritto civile romano. Del resto correva una differenza somma fra i patrizi ed i plebei, per la quale a tenore dell'antico costume non aveavi tra questi alcun vero matrimonio, ed i patrizi trovavansi in possesso di molti privilegi. Per essi soli erano gli impieghi e le dignità sacerdotali, poteano venire nominati senatori, da essi componevasi fino all'ultimo re la sola adunanza popolare avente voto, a loro soltanto era acconsentito il diritto di pascolo sull'*ager publicus*, diritto che per abuso venne in parte esteso fino ad occupare esso agro. Diversi dalla plebe erano i clienti (*clientes* da *cluere*, come *κλυειν*, ascoltare (1)) i quali secondo Niebuhr fin dall'origine e prima ancora della plebe trovavansi in un rapporto di patrocínio coi patrizi, rapporto del quale riesce impossibile spiegare la fonte, in guisa che originariamente non vi avessero che patrizi e clienti, mentre questi distinguevansi pur sempre dalla *libera plebs*.

(1) Le opinioni su questo rapporto, e l'origine sua sono ancor diverse. Ma dobbiamo con Puchta tenere per sommo merito di Niebuhr l'essersi da questi stabilita la differenza, spesse fiate travisata, tra clienti e plebe, per cui questa ne si offre in tutta la sua libertà. Vedi Niebuhr I, 389, ove vengono paragonati i clienti ai *metōki* dei Greci; confronto il quale del resto non attaglierebbe gran fatto, qualora il rapporto di clientela fosse originario. Del resto non abbiamo dati certissimi sui remoti tempi di Roma. E però, di grande importanza il ritenere fuor di quistione la differenza tra la plebe ed i clienti.

Il grande aumento de' plebei, specialmente dopo il conquisto della vicina terra dai Latini, fe' che quelli venissero accolti anco nel riguardo politico, tra i cittadini romani. A codesto intese l'organizzazione di Servio Tullio (1) prevedente con molto accorgimento politico e all'esercito e alle imposte, e simile agli statuti di Solone (2); e per tale organismo venne tolto il primo ordinamento, per famiglie, ed in suo luogo si divisero tutto il popolo romano a tenore de' *honi* e del territorio dello stato, non cancellata per questo la differenza di ceto tra patrizi e plebei, ma invece collegati questi con vincoli più intimi allo stato. Per il che tutto il popolo ed in Roma e nel territorio campestre, ebbe ad essere partito in un numero di parecchie tribù, 4 a Roma e 26 nella marca, come pure in altrettante riviere comunali, ed a ciascuna di queste presiedeva un tribuno.

Questa cittadinanza novella venne da Servio divisa in 5 classi e 193 (3) centurie, sulla base di un censo da ristabilirsi ad ogni lustro, e con riguardo alla nobiltà della discendenza, al patrimonio, alla età ed al conseguente obbligo militare e d'imposta. Tra quelle centurie avvenne una costituita di proletarii e capiti censi possedenti meno della quinta classe o nulla. In base ad una siffatta partizione venne a fondarsi una nuova adunanza popolare, col nome di *comitia centuriata*, costituita e volante secondo le centurie, e a questi comizi vennero attribuiti quei diritti che prima spettavano ai *comitia curiata* ai quali riservossi solo l'approvazione delle decisioni prese dai primi, nonchè delle elezioni, mentre conferivansi ai patrizi esclusivamente gli impieghi e le cariche sacerdotali.

Avversavano questa costituzione (non attivata se non sotto i re) i patrizi però che da essa fosser lesi nella loro influenza, sicchè estendendo il loro odio alla stessa potenza regia, approfittarono della tirannica signoria di Tarquinio Superbo, per abolire il regno, 243; u. c. (510 a. Cr.).

Quindi il potere venne trasmesso a due consoli (in origine chiamati *pratores*) i quali erano a scegliersi dai *comitia centuriata*, e che era mestieri appartenessero l'uno al ceto dei patrizi, l'altro a quello dei plebei (4), mentre uniti esercitavano i più elevati diritti regii, però sotto alcune restrizioni. Molti plebei furono accolti nel senato (*patres et conscripti*). Abolita la schiavitù per debito. Sulle prime mostraronsi favorevoli i patrizi al nuovo ordine politico, ed intesero ad attivare gli ordini

(1) Intorno a questo v. l'opera di Hushke » la costituzione di Servio Tullio » 1839.

(2) Mommsen I, p. 72, nel menzionare tale rassomiglianza in cui esso ravvisa la influenza greca, avvertì essere la più importante parola in questa rinovellata costituzione, quella di *classis*, che è una voce feudale greca.

(3) Per questa costituzione di Servio (secondo il mito, un'emigrato dall'Etruria, ove chiamavasi Mestarna), la prima classe la quale comprese le 18 centurie dei cavalieri formava 98 centurie, qualora fosse seco stessa in accordo, otteneva la maggioranza decisiva su tutte le altre.

(4) Niebuhr I, 476. Il diritto dei plebei venne però stabilito più tardi 387 a. u., per la prima legge Licinia.

di Servio Tullio. Ma ben presto ebbe la plebe, perduto il suo naturale protettore nella persona del re, a lamenteare carichi maggiori d' assai, avvegnacchè su lei pesassero le gravezze, perocchè i patrizi che non possedevano una vera proprietà soggetta ad imposta, aveano elevate pretese sovra il possesso e godimento dell' *ager publicus*. Oltre a ciò sendo astretti i plebei al servizio militare, spesseggiando le guerre, non poteano coltivare i loro campi, del che tanto impoverirono da incontrare di molti debiti pe' quali poi era forza pagassero ai patrizi interessi d' inaudita usura. Questo stato di cose produsse del fermento nel popolo e lo spinse ad emigrare sul monte sacro, 288 u. e. (494 a. Cr.). Del che furono in cotal modo turbati i patrizi che scesero a delle concessioni, delle quali la più importante si fu quella della istituzione di due tribuni della plebe (più tardi 5, finalmente 10) da eleggersi dai plebei ed inviolabili, tribuni che unitamente a due edili della plebe a cui spettavano gli uffizi della polizia, doveano propugnare gli interessi e difendere i diritti della plebe, e ciò specialmente coll' intrromettersi fra questa ed il potere dell' autorità.

Questi tribuni trassero argomento ben presto dalla loro posizione per estendere i diritti della plebe. Per il che lei adunavano in ispeciali comizi, *comitia tributa*; lei spingevano a decisioni indipendenti, *plebiscita*, intorno a pubbliche bisogne, ed il loro diritto d' intromissione cotanto avanzarono da elevarlo ad un *vetò* assoluto, contro qualsivoglia potere dello stato di nocimento alla plebe o a questa spiacente. Indi una lotta perenne tra i patrizi e plebei, lotta recata in particolar modo sopra tre punti: sulla *distribuzione* d' una parte dell' agro pubblico a plebei i quali s' adopravano ad ingrandirlo contribuendo col sangue loro alle conquiste; sulla *elezione* delle autorità plebee nei comizi di tribù, ove decideva la maggioranza di voci, non essendo per nulla necessari gli auspici e la sanzione delle curie; e finalmente nella *fondazione* del diritto per leggi scritte.

Somma ostinazione spiegarono i patrizi contro la prima pretesa che però non ebbe verun successo. Più felici furono i plebei in riguardo all' altre due esigenze, avvegnacchè la prima di esse venisse acconsentita dietro proposta del tribuno Publilius, 282, u. e. (471 a. cr.). e l'ultima ugualmente dopo lunga resistenza da parte dei patrizi, fu appagata per la nomina di 10 uomini eletti dai patrizi all' intento di stabilire le leggi.

La missione affidata, 302, u. e. (481 a. Cr.), a questi *decemviri legibus scribundis*, pareva fosse per rinnovare talmente la prisca costituzione dello stato, che fu mestieri sospenderla del tutto; e porre nelle mani dei decemviri la somma delle cose, dal che seguinne dovere essi e reggero temporaneamente lo stato e compilare le leggi. Alla fine del loro primo anno di potere, 450, a. Cr. pubblicarono dieci tavole di leggi, le quali approvate dal senato, ebbero nei comizi anco la conferma del popolo. L' anno dopo i decemviri nuovamente eletti, fra cui pare si ritrovassero anco 3 plebei, aggiunsero come appendici altre due tavole. Con ciò com-

privansi gli uffici dei decemviri; ma anelando essi di continuare nel reggimento, vennero rovesciati da una sommossa popolare, a cui fu occasione la tirannide del decemviro Appio Claudio, per il che l'antica costituzione dello stato entrò novellamente in vigore in uno alle modificazioni introdotte per le 12 tavole.

Folte tenebre avvolgono la storia delle XII tavole circa il modo in che furono compilate, e su quanto contengono. Quanto narrasi intorno a precedente invio di parecchie persone in Grecia perchè vi studiassero il diritto, e specialmente approfondissero le leggi di Solone, è tuttora incerto, quantunque non si possa negare una qualche influenza del diritto greco sulla formazione della XII tavola; formazione cui vuolsi compiuta mercede l'aiuto di certo *Hezmodor*, un greco fuggiasco da Efeso. Tuttavia gli è certo averne forinato la base l'antico diritto romano, ed essere con esse tavole sussistiti molti principj del prisco diritto, avvegnachè anche più tardo si rapportassero i Romani alle leggi regie.

Per quanto concerne il *diritto* e più da vicino le sue *fonti*, lo veggiamo essere un diritto di consuetudine il quale variamente foggiasse sulle diverse stirpi. Siccome poi queste si unificarono nella nazionalità romana, così anch'esso il diritto romano ebbe a perfezionarsi in rispondenza al carattere complessivo del popolo. Ciò nullameno rimase per lungo tempo impressa nelle istituzioni giuridiche la differenza di condizione tra patrizi e plebei; però che quantunque entrambe le parti venissero in fra di loro collegate pel vincolo di alcune leggi comuni, pure il diritto biforcossi in patrizio e plebeo, vivendo ciascun ceto secondo proprie giuridiche norme (1).

Quantunque il diritto non venisse nella sua maggior parte costituito che dalla consuetudine, veggiamo però sotto i re delle vere leggi (*leges*), le quali dietro proposta del re ed approvazione del senato venivano adottate nei comitia curiata. Sotto Tarquinio Superbo dicesi che il pontefice Papirius abbia fatto una collezione di tali leggi e che le pubblicasse (*Jus papirianum*).

(1) Intorno all'importanza politica della legislazione delle XII tavole, v. Niebuhr, *stor. rom.* II, p. 312; e Puchta, *instil.* I, § 84-84. — Come è noto, l'originale perdevasi nello incendio di Roma avvenuto per opera del Galli 368 a. Cr. È bensì vero che le XII tavole furono novellamente scritte, però che mollo le avessero in memoria, ne convien quindi dubitare che i Romani ne possederò ognora delle copie (non potendo del resto i giuristi posteriori aver scritto dei commentii sulle XII tavole), ma di queste manca una ne venne conservata. Noi non conosciamo se non alcune staccate sentenze delle XII tavole, sentenze pubblicate da alcuni scrittori o per esteso o sommariamente. Più tardo si fecero di molli tentativi per ricostruirle. Il conato di maggior momento si fu quello di *Jacobus Goltzfredus*, 1616, nonché il posteriore nelle sue « *quatuor fontes juris civilis* » Genova 1633-4. Tutti i precedenti lavori vengono lasciati addietro da *Disksen*: « *Prospetto de' tentativi fatti fin' ora sulla critica e ricostruzione del testo dei frammenti delle XII tavole* » Lipsia 1824.

III. Facendoci ora a considerare la natura interna dello svolgimento romano *di diritto* e di *stato*, ne sarà forza assumerlo e raffrontarlo studiosamente alla nozione *complessiva della vita dei Romani*, però che in qualsivoglia manifestazione emerge il carattere fondamentale comune, già per noi afferrato, di una astrazione intellettuale, ed oltre a ciò nella sfera giuridica una volontà energica, sibionda d'un dominio senza confini.

IV. La veduta romana della vita si palesa in contrapposizione alla greca, e questo accade in particolar modo nella *religione* a motivo del concetto astratto formato sulla divinità. Trovansi applicate alla divinità delle nozioni astratte, non solo per tutti i precipui rapporti vitali, per lo stato, per la famiglia, ma eziandio per tutte le funzioni, in ispecial guisa per l'agricoltura; e ad essa divinità non si impartisce come in Grecia, nè una storia, nè una forma artistica. Qui pure avversava lo spirito romano dal particolareggiare, sendo in vaghezza (come appunto nel diritto) di vedere non già il generale nell'individualità, ma il particolare nelle astrazioni, per il che in origine avanti subisse la greca influenza, non volea altrimenti si foggiassero immagini dei Numi. Onde solo più tardi sursero i templi, non giugnendo però mai ad ottenere alcuna considerazione il culto etrusco, come quello che gli era tenebroso e nascosto in numerici misteri, e che destava inoltre timore e spavento. Schietto, semplice e limpido, senza dubbiezza e ricco di speranze trovavasi il prisco concetto religioso, il quale sebbene declinasse al politeismo, accennava pur sempre al carattere fondamentale delle stirpi indo-europee. Anche da ciò emerge un tratto caratteristico, essere il ministero sacerdotale intimamente congiunto innanzi al capo di famiglia, e poscia, in riguardo alla famiglia in grande, al primo dello stato. Di modo che fra le pareti domestiche, il padre di famiglia gli è ad un tempo il sacerdote che volgesi immediatamente agli Dei, e co' soggetti però provvede alla conservazione dei *sacra privata*, ed accende sui domestici altari il fuoco di Vesta; e come nella curia il curione, così è anch'esso il re, il sommo sacerdote, e sulla comune ara dello stato è sempre il culto di Vesta la più sacra delle religiose cure (ed è pur l'ultimo a svanire sotto l'influenza del cristianesimo). Troviamo ordinato di certo per alcuni uffici di ceto e per speciali numi, de' sacerdoti particolari, i quali benchè esercitano un' influenza sui più importanti rapporti della vita, sono ben lungi però dallo occupare nello stato una posizione eminente (1). Distinte da questi sacerdozi sussistevano anco certe corporazioni religiose, formantesi all'intento di conservare la tradizione, d'adempiere alle funzioni del

(1) Mommsen, I, 159, osserva » come questa rara istituzione, che trasferì il sommo potere non già agli impiegati collettivamente, ma a ciascuno in tutta la pienezza di esso, siasi osato più tardi dai Romani estendere in pratica a tutte le magistrature quasi senza eccezione. » Siffatto ordinamento gli era pure una conseguenza della unità ed indivisibilità del volere, il quale non può porsi de' limiti di per se stesso, non ricevendoli se non da' principii obiettivi, cui il Romano non volle riconoscere.

culto divino, e che per tal guisa divennero le depositarie delle arti e delle scienze. Appartengono in primo luogo a queste le tre spettabili unioni de' conservatori degli oracoli, degli aruspici e dei costruttori dei ponti. Specialmente questi ultimi, i *pontifices*, destinati in origine al servizio del ponte sul Tevere, trovandosi in possesso del mistero delle misure e dei numeri, regolavano il calendario dello stato, provvedendo perchè tutte le opere di culto divino, le giuridiche e giudiziarie avessero a cominciarsi nel giorno opportuno; per la qual cosa a loro venne affidata la cura d'invigilare ai religiosi ufficii, coi quali connettevansi tutte le importanti bisogna. Nel seno a questa compagnia naquero ad un tempo ed i principi cronologici, e quelli del diritto; in quest'ultimo riguardo poi sendo che dopo l'istituzione delle giudicature romane, non poteano queste serbare la tradizione del diritto nonchè delle forme processuali, si fu in quel collegio che venne mantenuto. Impertanto era il diritto, diritto pontificale il quale per essere in sostanza un complesso di forme, conviene distinguerlo dal diritto *sacramentale*, fors'anco di più antica origine.

2. Nel *diritto* congiungesi a questa nozione chiara ma astratta, anco il concetto del *dominio* esercitato dalla *energia* della volontà, dominio il quale tende a manifestarsi anco sotto forme circoscritte con molta acutezza. Epperò il volere, siccome libera determinazione di quegli che è signore di se stesso, *sui juris*, trovasi in se illimitato. Questa signoria e nel diritto civile sotto le varie forme di *potestas*, *manus*, *mancipium*, e nell'*imperium* viene acconsentita a ciascun'impiegato, senza limite in guisa che anco ove parecchi magistrati attendono uniti alle pubbliche bisogna, come p. e. avveniva de' consoli, ciascuno esercita il pieno potere di per se (1). Impertanto il dominio proprio alla volontà, è non altrimenti di essa, una forma indifferente che può assumere secondo la moralità della persona che ne è fornita, una tendenza morale od immorale, ed avere un contenuto buono o cattivo. Quindi a cotal forma, che prende il diritto appo i romani, non è inerente nè bene nè male, e quantunque esso sia di già qualche cosa di severo e conducente a durezza, non per questo si eleva a tutela contro gli eccessi, l'immoralità e la materiale ingiustizia. Malgrado simil cosa non conviene presentarci gli importanti rapporti della vita romana che toccano più da vicino l'elemento interno, come p. e. la relazione coniugale, paterna, e di figlio, come relazioni rozze e senza amore, quantunque in esse non si possa sconoscere di molta freddezza. Del resto il carattere di stirpe di questi popoli, come alcuni tratti storici (Coriolano) manifestano negli antichi tempi l'opposto, così che sotto la ruvida corteccia ne è dato scorgere una buona natura. Tuttavia in quanto concerne le sostanze, com'è a dirsi del rapporto veniente dai debiti, si palesa fin dalle origini somma durezza ed egoismo, il quale assume svariati aspetti. Ma facendosi per molto

(1) V. Jhering, p. 280.

cause men saldo l'interno fondamento morale della vita, non avea forza il vuoto e limitato concetto di forme giuridiche, d'opporre rimedii alla dissoluzione, che anzi la venne accelerando, e lo spirito di dominio il quale avea percorsi tutti gli stadii dell'avidità e dello scaltro egoismo intellettuale, fu mestieri terminasse nell'arbitrio dello impero.

3. Che se ci poniamo ora a considerare la più antica *vita giuridica*, ne si offrirà per un lato un' intima colleganza del diritto privato col pubblico; e per l'altro quella del complessivo diritto colla religione e culto. A questa antica religiosa importanza, accenna l'espressione di "*fas*" (sentenza divina), qual contrapposto di "*jus*" il vincolo imposto dell'umano volere.

Variò era in origine il prisco diritto a tenore della *differenza di condizione* dei plebei e patrizi. Il diritto de patrizi manifestasi specialmente nella *gentilità*, nel solenne matrimonio per *confarreatio*, nella separazione coniugale, nell'eredità, e nell'avversione al *connubium* co' plebei. Il *commercium*, cioè il traffico giuridico delle sostanze avea però luogo fra entrambi i ceti. Gli *schiaivi*, che fur tali per cattività di guerra e per nascita, poteano acquistare un proprio *peculium*, e diveniano cittadini mercè la emancipazione, ponendosi però ad un tempo sotto la clientela di chi fu loro padrone. La *potestas* di questi sovra di loro era tuttavia illimitata, per il che trovavansi essi in una condizione più dura che non fosse in Grecia.

Sulla monogamia foggiato il *matrimonio*, ed illecito fra prossimi consanguinei. Venia esso contratto appo i patrizi per *confarreatio* (farina di sale) e sacerdotale cooperazione. A questo matrimonio religioso si aggiunse, probabilmente più tardo (1), il vero rapporto giuridico della *manus* (diritto di mano) dell'uomo sulla donna, per il che passava essa del tutto nella famiglia del marito, venendo tenuta *quasi come sua filia loco*, e attribuivasi tutta la di lei sostanza e diritti incondizionatamente all'uomo. Le nozze stipulate per *confarreatio*, difficilmente scioglievasi (per *diffarreatio*), al che conviene rapportare la tradizione, avero avuto luogo il primo divorzio soltanto 232 an. a Cr. L'antica legge di Romolo, *jus divortendi ne esto*, accordava lo scioglimento soltanto nei casi di adulterio, di procurato abortito e di trascuranza dell'economia domestica. Qualsivoglia altra maniera di divorzio punivasi, col togliere all'uomo la sostanza della moglie. Perfettamente opposto gli era il matrimonio de' plebei, però che la donna non conseguisse verun diritto di famiglia, nè ereditario nella famiglia del conjuge, ed il di lei patrimonio rimanesse separato. Conchiuse veniano senza formalità simili nozze, e solo più tardo pare si aggiungessero gli auspicii. Applicavasi ad esse il principio: *consensus facit nuptias*, ed era lecito scioglierla anche per *dissensus*. In seguito ottenne la plebe per le XII tavole un'altra maniera di matrimonio per *usus*, maniera che, com'ebbesi

(1) Questa supposizione di Lenz, p. 144, sembrami fondata nello sviluppo naturale.

ad osservare rettamente (1), acconsentiva di già le libere nozze le quali venivano strette, col rimanere la donna presso l'uomo per un anno intero senza abbandonarlo per un *trinoctium*. Dopo molto tempo si adottò una terza forma, la *coemptio*, e questa lorchè si introdusse il *connubium* tra i patrizi ed i plebei; ond'è che per tal novella maniera si fondano nel matrimonio i due ceti. (2)

Stimata ed onorata era la donna. Le inserzioni; *univiræ et castissimæ; domum servavit, lanam fecit*, accennano in che fossero riposte le femminili virtù.

Severa ed estesa la *patria potestas*. Una legge delle XII tavole acconsentiva al padre il torre di vita il nato deforme; ed il figlio poteva venir venduto come servo (non però come schiavo.)

Nel *diritto reale* è da osservarsi innanzi tutto, come nell'antico diritto romano il concetto di cosa si avesse un significato assai vasto, e per essa si intendesse propriamente tutto quanto che in contrapposizione alle varie specie di dominio, *potestas; manus, mancipium* era oggetto di esso dominio. Così pure abbiamo nelle leggi delle XII tavole: « *uti legassit super pecunia tutelire rei suæ, ita jus esto* » di modo che anco i figli annoveravansi in fra le cose. Il concetto di cosa nel suo vero senso di perfetta opposizione alla persona, ebbe a nascere molto più tardi. In riguardo alle cose reali non vi avea nel priseo diritto alcuna essenziale differenza tra cose mobili ed immobili, differenza la quale s' elevò posteriormente a somma importanza nel diritto germanico. La proprietà del terreno si trasferiva dallo stato per assegnazione e vendita dell' *ager publicus* (3). Di questo campo trovavasi esclusivamente la proprietà nel *populus*, in origine composto di soli patrizi, ed i patrizi non ne aveano se non il possesso ed il godimento, pagando a compenso di ciò una lieve imposta allo stato. Ma Romolo, come si narra, assegnava ad ogni cittadino due iugeri in proprietà ereditaria (4), spazio appena bastevole alla casa ed al giardino. Del resto avea ciascun patrizio il godimento della terra comune sempre più estendentesi per conquiste. Lorchè erasi già costituita la plebe, e prestava i suoi servigi nell'esercito dello stato, Servio con saggia disposizione stabilì per la plebe delle sferre composte di 7 bubulche o iugeri (5) per ciascuna, cui essa conseguì in diritto ereditario con facoltà d'alienarle, libere da imposte di rendita, ma calcolate nel censo e quindi soggette a tutte quelle tasse che del resto non pesavano sul possesso del terreno comune.

Il rapporto meramente giuridico di proprietà sopra un oggetto, quando si consideri nel suo senso il più largo sembra espresso nel concetto

(1) Unger, p. 73.

(2) Unger, p. 77.

(3) Niebuhr, II, 182.

(4) » II, 172.

(5) » II, 180.

manus diritto di mano (1), avvegnachè il prendere colla mano (*manu capere, mancipare, mancipium*) rappresenta l'estrinsecazione della volontà che forma la fonte del diritto. Era la conquista il modo più importante di acquisizione: *maxime sui esse credebant, quæ ex hostibus cepissent*. Del resto correva già sommo divario tra le *res mancipi* e quelle *nec mancipi*, essendo che quelle non potessero acquistarsi se non per la pubblica *mancipatio*, e tutte le si rapportassero per quello che sembra, a legge avente per iscopo l'agricoltura, come sarebbe a dire terreni italiani, campi, case, schiavi bovi, cavalli, asini ecc. ecc. Mentre all'incontro sulle *res nec mancipi* non si conseguiva la proprietà che per trasferimento di possesso. Però in entrambe le specie di cose potea aver luogo la proprietà severa *ex jure quiritium*, posta sotto la guarentigia dello stato, e tale da farlisi valore contro qualsivoglia persona, colla *rei vindicatio*. Questa severa proprietà venne acquistata mercè la *publicità*, derivante da una speciale azione, per lo più da una litiizia compera fatta innanzi il popolo, ovvero al cospetto dei testimoni rappresentanti le cinque classi (*mancipium, mancipatio, nexu alienatio*, cioè per *aes et libram*); oppure scendente da lungo possesso, *usus, usucapio*. Di servitù, rade se ne riscontrano.

(1) Così con molta esattezza Lenz alla pag. 184 e seguenti, tradusse nello stesso senso di Götting « storia della costituzione di stato romana » 1840, p. 81, il qual ultimo scorge nella *manus* la somma dei rapporti di diritto privato, nel *caput* la somma di quelli di diritto pubblico. — Mi è forza qui relativamente agli Etruschi, sui quali non deggio sorvolare, ripetere da ipotesi di Lenz, alla quale accedo anch'io. Esso dice a p. 230: « Secondo le notizie di Götting (le cui opere sono ragguardevoli eziandio per conoscere i giuridici rapporti) non avrebbersi a tenere per infondata l'opinione, avere gli Etruschi appartenuto alla famiglia dei popoli Semitici. » — « Nella stessa guisa che presso gli Ebrei, eziandio appo gli Etruschi si manifesta in aspetto più vivo che non avventisse fra altre genti, il diritto positivo di primogenitura, pel quale i figli più vecchi s'avvicinano sempre più al ceto dei Lucumoni, mentre i più giovani chiamavansi probabilmente Egerii. Pare che il paese, com'era costume degli Ebrei, si ritrovasse consacrato a Dio e riconosciuto come sua proprietà. La direzione delle loro scritture movea dalla destra alla sinistra. Collegati in alleanza coi Cartaginesi, molto prima de' trattati romani, Annibale istesso interrogò il Nelyomanteion etrusco al lago di Averno. » — Devo premettere che con ciò non intendesi essere gli Etruschi un ramo del popolo ebreo, ma solo una stirpe semitica come lo erano i fenici ed i Cartaginesi. Anco le molte etimologie ebraiche che emergono da nomi nelle regioni dell'antica *fossa philistina* al Pò, non si hanno a riferire se non ad una lingua semitica. L'opinione di Roth, che la civiltà etrusca, fosse in origine un miglioramento dell'egiziana, e venisse con questa conciliata dai Pelasgi fenici, verrebbe a corroborarsi colla *fossa philistina* (nome che secondo Müller è toscò e non latino). Quanto sia per essere importante per spiegare con maggior chiarezza l'indole romana ed itala, il constatare il fatto molto probabile, che in Italia (com'anco poscia in Grecia) siasi confusa una stirpe semitica con una indo-europea, niuno vorrà al certo sconoscere quando sappia apprezzare l'influenza delle stirpi e quella annessavi e durevole della civiltà.

Ben poco sviluppato trovavasi il diritto sugli *obbligati*. I contratti pei quali non vi avea che una semplice dichiarazione di volontà vicendevole non facevano luogo ad alcuna azione legale. Lo stesso avveniva e per le stipulazioni verbali e per le scritte. Che l'elemento vincolatore non era la volontà astratta e assunta come tale, ma trovavasi riposta in una relazione superiore, il giuramento, *sacramentum*, pel quale colui che obbligavasi, si sopponeva in caso di non adempimento a divenire *sacer*. Come pure esso elemento veniva collocato nell'immediata effettuazione, mercè la quale veniva data la cosa stessa oppure una equivalente, dal che nasceva l'*obligatio re contrahitur*. Nella compra e nella permuta la prestazione succedeva sempre ad ogni volta immediatamente, e la compera a credito non attribuiva alcuna azione giuridica, nè proprietà di sorta. Poichè il rame si fu la comune misura del valore in vece delle pecore e de' buoi, la forma della compera consisteva in questo, che il compratore innanzi al venditore e testimonii pesava sulla bilancia fino al peso voluto il rame e consegnavaglielo, ed il venditore ad uno tempo dava nelle mani (*mancipere*) la cosa comprata. Il mutuo contraevasi pure col pesare e porgere il rame sotto l'obbligo (*nexus*) della restituzione in presenza di testimonii, ed in tal guisa perfezionavasi il contratto. Alla sua volta il debitore guarentiva per la restituzione del capitale e prestazione di interessi, i quali per costume salivano per un'anno alla dodicesima parte della somma mutuata (uncia, $8 \frac{1}{3}$ per cento. (1) Siccome il *nexum* originò dallo intrecciarsi interno degli affari, così il *mutuum* (da mutare) appoggiava sopra il mero passaggio del danaro da una mano all'altra, nonché sull'avvicinamento dei forestieri, formando così l'addentellato alla costruzione del *jus gentium*. Guarentito nel modo il più severo e perfino crudele si era il credito personale, avvegnachè fosse al creditore acconsentito tenersi il debitore insolubile come *mancipium*; oppure, quando fossero parecchi i creditori, poteano per dritto tagliarlo a pezzi, o staccare alcune parti del suo corpo (2). In luogo del pignoramento che non veniva riconosciuto dal diritto, acquistava il creditore immediatamente la proprietà del pegno, limitata dall'obbligo di ritornarla al debitore, qualora questi restituisse il mutuo. Il diritto privato internazionale, *jus gentium*, trovasi di già iniziato dai contratti sui pagamenti di quelli che commerciavano con Cartagine, come pure verosimilmente dall'Etrusca Care.

Il diritto ereditario (3) manifestasi nelle due forme del diritto d'ere-

(1) Mommsen, I, p. 105.

(2) Mommsen, I, 108. Il « partes secare » accordato dalle XII tavole la è una terribile verità, senza ragione messa in dubbio da alcuni scrittori.

(3) Gans, dir. ered. II, p. 36, distingue acconciamente 3 periodi. Il primo gli è quello in cui veniva ancora confusa la successione ab intestato da quella testamentaria. Il secondo palesa la contrapposizione dei due modi, contrapposizione che muove dalla sentenza « uti legassit super familiam pecunia

dità intestato, appartenente in modo essenziale al ceto dei patrizii, e del testamento, che venne appoggiato al principio della libertà plebea. Delle due maniere di testamento, di quello fatto innanzi al popolo (*testamentum comitiis calatis*, cioè *curiatis*), e dell'altro al cospetto dell'esercito (*in procintu*), la prima -- com'ebbe a dimostrare Gans -- non è se non una adozione simile a quella dell'antico diritto (1).

Nel *diritto penale* erasi fin da principio delineata la sfera dello stato e del cittadino, meglio, che non fossesi fatto presso gli altri popoli antichi. Per costume non s' intrometteva lo stato se non quando si ritrovasse scomposta la pace comune, epperò nel caso di tradimento del paese (*proditio*), di violenta sollevazione contro l'autorità (*perduellio*), e così pure prendeva l'iniziativa contro il *parricida*, l'*incendiario*, il *falso testimone*, com'anco verso colui che di notte e senza abilitazione tagliasse il grano sul campo affidato alla custodia degli dei e del popolo. Questi reati erano puniti colla pena capitale. All'incontro i misfatti a danno del cittadino o dell'ospite, erano di consueto castigati per espiazione o coll'indennizzo dell'offeso mai però colla vita, e tutto al più colla perdita della libertà.

Molto semplice il *processo civile*. La determinazione dei rapporti civili avveniva in forma di *sponsio*, per cui ogni parte faceva un deposito pel caso di soccombenza, deposito che era devoluto ai sacerdoti allo scopo di pubblici sacrificii. Chi era condannato, nè adempiva all'obbligo suo entro 30 giorni, soggiaceva al processo esecutivo (per *manus iniectio*). In tal caso se non offrivasi un rappresentante, *vindex*, il quale si rendesse personalmente responsabile, oppure non si ubbidisse alla sentenza, il giudizio dava ai creditori il debitore perchè lo ritenessero come schiavo cui, scorsi 60 giorni e dopo averlo per 3 volte esposto sul mercato, quando alcuno non si movesse a compassione del fatto suo e lo riparasse, poteano uccidere e dividermene il cadavere, oppure vendere all'estero come schiavo in uno a tutta la sua famiglia ed averi suoi.

Nei tratti di questo antico diritto si palesa di già la chiarezza e severità del diritto romano, non che la potenza somma d'intelletto che ebbe a determinarlo, ed un tale carattere conservollo perpetuamente nell'avvenire. In oltre simili primordi comparati all'ultimo perfezionamento, valgono a dimostrare il gran progresso che conseguì il diritto nelle epoche seguenti.

tutelave suo rei, ita jus esto", e che si estende fino alla legittimazione del testamento pretorio. Il terzo in cui la contraddizione si concilia, e le due maniere si uniscono nell'erede necessario, periodo che ha fine colla novella

(1) Id. II, p. 54.

Seconda Epoca

Dalle leggi delle XII tavole sino al sorgere del dominio monarchico sotto Augusto, 303-723 a. u. c. — 449-31 a. Cr.

I. Le leggi delle XII tavole che Livio accenna come « *fons publici privatique juris* » e Tacito per « *fons aequi juris* » divennero la base di tutto il diritto, — quantunque le disposizioni in esse contenute sul diritto pubblico ben presto si abbandonassero —, e sino a Giustiniano formarono il punto d'unione tutte le ordinazioni posteriori emanate dai magistrati e giureconsulti in armonia ai tempi. Epperò le XII tavole unitamente alla legislazione giustinianea segnano il punto di partenza ed il termine della serie in cui si svolge la civiltà giuridica, espressione speciale del popolo e degli organi suoi.

Il carattere delle disposizioni delle XII tavole non è tanto riposto nella fondazione di un nuovo diritto, quanto nel fissare collo scritto o nettamente determinare come vi era necessità, il diritto che trovavasi di già in vigore, contemperandolo con quelle variazioni che era o un'esigenza religiosa nonchè di privato diritto, e ciò allo intento uguaglianza d'amb i ceti. Questa *exaequatio juris* venne iniziata in fatti dalle XII tavole, e completata in cotale secondo periodo. Si fu una simile legislazione che fece l'impulso sacerdotale sul diritto tanto nella formazione dei principii che nelle sentenze speciali, com'anco per essa venne distinto il diritto privato dal pubblico nel quale trovavasi innanzi assorbito, e quindi introdotto per lo avvenire uno sviluppo e progresso indipendente del jus de' privati.

Nello svolgimento politico ed in quello del diritto privato, animati essenzialmente dalla nuova legislazione, e quindi in poi passanti per molte fasi, conviene lumeggiare il carattere del progresso graduato che contraddistinse il principio dell' uguale abilitazione dei due ceti, i quali si conciliarono nella susseguente unità del popolo. Com'anco torna opportuno di far emergere il momento non meno importante della *venerazione* per il sussistente diritto formale, manifestantesi tanto nella sfera politica, quanto in quella giuridica privata; venerazione di che mostransi compresi il popolo e gli organi suoi, e quale è pur mestiere si cerchi il perchè onde malgrado le ostinate lotte fra patrizii e plebei, si conservasse cotanto a lungo la forma di stato repubblicana. Questo spirito caratteristico degno d'un popolo che nella storia appare quasi formatore del diritto, si riflette nel diritto pubblico, per la costanza con cui il popolo e gli organi suoi, quando non fossero accettate le mozioni vòlte ad estendere i popolari diritti, rinnovellavano continuamente ed in modi legali le loro proposte, finchè le si adottassero, e di tal guisa grado grado appressavansi allo scopo. Similmente manifestasi quella tendenza caratteristica nel diritto privato, nella procedura dei magistrati e dei

giureconsulti, i quali consideravano il severo diritto civile quale trovavasi esposto nelle XII tavole, come la immobile base giuridica; per la qual cosa essi non faceano luogo alle modificazioni richieste dall'ulteriore sviluppo delle relazioni della vita e del commercio direttamente con opposizione, sospensione e variazioni, ma in modo indiretto, e cotai fata anco per fizioni artificiali, onde s'ebbe ad innestare il nuovo all'antico.

La novella direzione dello sviluppo si palesa innanzi tutto nella sfera politica per due momenti principali, de' quali l'uno contiene l'epoca della *repubblica aristocratica*, l'altro il ciclo di quella *democratica* dopo la *lex Hortensia* dal 4607 a. u. c. in poi. — Pubblicate le XII tavole, vennero dai plebei sottratti ai patrizii i privilegi ad uno ad uno. Conseguirono innanzi tutto i primi mercè il tribuno *Canulejus* la comunione conjugale, non ancora lor acconsentita dalle leggi delle XII tavole, cioè il *connubium* coi patrizii. Poscia, 310 a. u. c. ottennero che ad adempiere alcune funzioni consolari fossero eletti *tribuni militum consulari potestate*, carica alla quale poteano accedere pare de' plebei. Finalmente riesci alla decenne perseveranza del tribuno della plebe *C. Licinius Stolo*, 387 a. u. c. (366 a. Cr.), di far sancire che il tribunato militare a cui ben di rado salivano plebei, venisse abolito e che uno de' consoli si scegliesse dalla plebe. Ed a tanto giupse quel tribuno col far accettare l'ultimo dei suoi progetti di legge riferentisi all'ingiusta distribuzione dell'*ager publicus* (1), al severo trattamento dei debitori, ed all'ammissione de' plebei al consolato. Nel consolato accoglievasi la carica censoria e pretoria; ed i patrizii forse prevedendo com'essi alla fin fine sarebbero astretti a cedere circa il consolato, erano riesciti a staccare da questo dopo la *lex Canuleja* l'ufficio di censore, 311, e quindi 387 anche quello pretorio, per il che fu mestieri ai plebei, conseguito il consolato, di riconquistare novellamente quelle cariche. L'ultima dignità a cui venne la plebe chiamata, si fu quella di *pontifex maximus*, quantunque per vero il primo plebeo che ebbe ad esserne insignito fosse *Coruncanus*, e ciò nell'anno 502. Ma il supremo potere gli era un onore rimasto per sempre al senato, il quale però venne a riformarsi gradatamente in guisa, da accettare come senatore le persone autorevoli (i magistrati) quando cessavano dagli uffici loro, epperò anco i plebei. Qui nei comprendesi come il senato appoggiasse, contro le stesse curie, la proposta del dittatore plebeo

(1) *Puehla*, corso delle istil. I, § 37, propugna con *Huschke* l'antica opinione, che cioè la *lex Licinia de modo agri* non si riferisse alle *possiones* dell'*ager publicus*, ma alla vera proprietà fondiaria. A noi sembra l'opinione di *Niebuhr*, III, 14, più vera. La principale disposizione della legge agraria fu quella che nessuno avesse a possedere più di 500 jugeri di terra arativa e boschiva nel feudo comune, nè potesse far pascolare sul pascolo comune più di 100 capi di grosso bestiame, o di piccolo. E quanto i privati possedessero oltre tal limite nel terreno comune, dovesse assegnarsi a tutti i plebei in proprietà, nella misura di 7 jugeri da distribuirsi a sorte. Vedi *Niebuhr*, III, 24 e seguenti.

A. Publilius Philo, 415 (338 a. Cr.) *ut plebiscita omnes Quirites tenerent, et ut legum quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent.* Per la prima mozione, i plebisciti (statuiti nei comizii delle tribù) si elevarono a leggi indipendentemente dall'approvazione dei comizii centuriati. Per la seconda, quando con Niebuhr (1) si intenda per *patres* i comizii curiati, venne tolto a questi il *veto* contro le decisioni centuriate, e l'indeclinabile diritto di approvazione proprio ad essi; cioè di aderire anticipatamente; ridotto a mera formalità.

Impertanto la preponderanza acquistata con ciò dai plebei, venne finalmente per la *lex Hortensia*, a. u. c. 467 (286 a. Cr.), assicurata alla plebe, però che per l'adottato principio "*ut jure, quod plebs statuisset, omnes Quirites tenerentur*" fosse tolta al senato l'approvazione dei plebisciti. Quindi a ragione dice Gajus "*eo modo plebiscita legibus exaequata sunt*"; e perciò la plebe manifestasi come l'unità del popolo. Con questo raggiunse pure il popolo l'unità *democratica*, nonchè il pieno potere legislativo. Ma rimase sussistente l'importantissima restrizione nelle faccende dello stato, per cui il popolo decideva della guerra e della pace subito dopo il parere e la mozione del senato, come in generale questo si conservò la direzione degli affari esteri.

Conseguita l'uguaglianza *politica* e l'unità del popolo, i tribuni della plebe come quelli che questa non soltanto, ma eziandio l'intero popolo rappresentavano, e che toccarono un più esteso potere cominciarono dal proporre con maggiore energia degli ordinamenti a migliorare la posizione sociale del popolo, declinato a somma miseria per le continue guerre e l'usurà dei ricchi. Compiuto felicemente il moto politico, ne sorse uno di carattere più sociale; il quale malgrado intendesse mercè esterni rimedii guarire i più reconditi mali morali, ad altro non riesci che ad aizzare le passioni del popolo, accelerando di tal guisa lo sfasciamento della costituzione repubblicana. Sulle prime s'agevolarono nuovi partiti. Tutti quelli che appartenevano al ceto dei patrizii ed a quello dei plebei, comechè fossero ricchi e minacciati senza distinzione, riunironsi saldamente fra di essi e s'adoprarono a segno, da respingere se non tutti quei sociali provvedimenti, almeno da rimuoverne ed incepparne l'effettuazione. La legge agraria di Licinio riproposta dai Gracchi, 621 e 631, che sulle prime passò mitigata così che a ciascun padre di famiglia fosse concesso possedere oltre i 500 jugeri fissati dalla *lex Licinia*, tante misure di 250 jugeri quanti figli si avesse, venne resa illuso-

(1) Niebuhr, III, 170. Puchta, I, 89, vuole all'incontro ravvisare nei *patres* il senato, avvisando che per la seconda legge nulla di nuovo venisse introdotta, e che piuttosto forse ringagliardito l'antico diritto del senato, di far precedere la sua adesione ai comizii centuriati quantunque volle si fosse per formare una legge; e ciò come contrapposto all'innovazione fatta nella prima legge di Publilio. Quest'opinione è la sola che spiega perchè le leggi in tal modo determinate, venissero dette da Livio. "*leges secundissimae plebei.*"

ria nella esecuzione e provocò la morte dei Gracchi. Solo dalle molte colonie fu mitigata alquanto la miseria, ed il colono s'ebbe la proprietà della parte di terra loccatagli in sorte, fin quando i terreni conquistati per lunghe guerre, passarono ai possenti ed ai ricchi. Collo smisurato estendersi del romano dominio ed in seguito all'incessante saccheggio delle provincie, si spensero le antiche romane virtù. Sterminate ricchezze, lusso, avidità smodata dei piaceri sensuali, stringente povertà, incostanza e rapidissima decadenza della morale, divisero i cittadini in due classi diametralmente opposte: le quali vicendevolmente si fiaccarono con lotte solo esterne e materiali, finchè caddero com'era naturale, in balia alla possanza assoluta dello impero, il quale concentrò in una manifestazione personale, l'egoismo romano.

II. Sono le fonti del diritto in questa seconda epoca, le seguenti: 1. le *leges* nella lor triplice forma come *leges populi*, *plebiscita* e *senatus consulta*; 2. gli *edicta magistratum*; 3. i *responsa prudentium*; 4. il diritto cui i romani riguardavano come di consuetudine e derivante o direttamente dai costumi, *mores majorum*, ovvero dall'uso del foro, *rerum perpetuo similiter judicaturum auctoritas*, *deputatio fori* (1). Ora abbiamo da considerare alquanto più dappresso queste fonti ed in se stesse e nel loro sviluppo.

I. Le *Leges* si offerivano sotto la triplice forma ora accennata, avvegnachè vi avessero tre autorità con potere legislativo, i comizii centuriati i comizii di tribù ed il senato. Nel senso primitivo e più stretto però avean nome di *leges* soltanto le proposte le quali dopo aver ottenuta l'adesione del senato, venivano accettate nei comizii centuriali dal *populus* qual complesso dei cittadini romani, patrizii e plebei. De' plebisciti e senato consulti diceasi soltanto che essi avessero *legis vigorem* o *legis vicem*. I *populiscita* soli ebbero per lungo tempo forza universalmente obbligatoria; ma per le *leges publicae* e quindi completamente per la *lex Hortensia*, i *plebiscita* che da prima emanavansi nei comizii di tribù convocati esclusivamente per gli interessi comunali della plebe, e le cui decisioni non esigevano l'approvazione del senato, vennero equiparati ai *populiscita*. Solo verso lo scorcio della repubblica, ovvero sul principio dell'impero, ottennero i *senatoconsulti* autorità di legge in materie di diritto privato. Delle leggi che spettano principalmente alla terza epoca o che si rapportano a materie di diritto privato, il maggior numero

(1) Il diritto di consuetudine veniva assunto dai Romani in un senso meno largo che da' moderni fautori del diritto romano. Ancò la divisione de' Romani in *jus scriptum* et *jus non scriptum* ha ben altro significato che non sia quello che le corrisponde in tedesco a' giorni nostri. Così il § 3, Instr. 1, 2, leggesi: » Constat autem jus nostrum aut ex scripto aut ex non scripto. Scriptum autem jus est lex, plebiscita, senatus consulta, principum placita, edicta, responsa prudentium. » § 10: » Ex non scripto jus venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur, »

erano plebisciti, come la *lex Cincia* sulle donazioni, la *lex Furia* e la *lex Voconia* sui legati e sul diritto ereditario, la *lex Aquilia* sui danneggiamenti, e la *lex Aebutia* intorno un novello sistema processuale.

II. Gli *edicta magistratuum*. I magistrati eletti regolarmente solo per un'anno, esercitavano come organi del popolo sovrano entro i limiti dell'ufficio loro trasmesso un'incondizionato pieno potere, *imperium*, del che non potevasi chiamarla a rispondere se non quando erano usciti di quella carica di cui conveniva loro render conto al popolo ed al senato. I magistrati che ebbero influenza sullo sviluppo e perfezionamento del diritto civile, furono precipuamente i *pretori*, il *praetor urbanus* e *peregrinus*, nonchè gli *edili*, a cui spettavano le cure della polizia. Si i pretori che gli edili come assumevano la magistratura, pubblicavano d'ufficio degli editti (*edicta magistratuum*) ne' quali esponevano i principii, sui quali sentenzierebbero intorno ai casi che fossero per offrirsi durante le loro funzioni. L'editto dei pretori cotanto importante per lo sviluppo del diritto, lo si può distinguere in due parti. In sè stesso gli era un *edictum perpetuum* perchè veniva promulgato come norma durevolmente vevole. Ma non sendo vincolato ad esso il pretore che succedeva, e ritenendo solo le disposizioni che si conformassero alle sue vedute, ed eliminando invece quelle che nen gli tornassero, perciò le disposizioni edititali confermate si chiamarono *tralatitia edicta* in contrapposizione alle nuove leggi, *nova edicta*, che il pretore subentrante prefiggeva. L'autorità giuridica dell'editto pretorio, il quale a ragione della sua pubblicazione per scritto, annoveravasi fra il *jus scriptum*, ma che malgrado ciò non era nè vera legge, nè diritto di consuetudine, trovavasi riposta secondo la veduta romana di diritto già sovra accennata, nella volontà assoluta, *imperium*, del pretore che nel suo ufficio era l'organò dell'illimitato volere del popolo.

Nella influenza dell'editto pretorio sul perfezionamento del diritto privato, è mestieri si distinguano essenzialmente due stadii, 1. Il tempo della prima istituzione di un pretore incaricato dell'amministrazione della giustizia, fino all'ordinamento del *praetor peregrinus*, ovvero dal 387 sino verso il 502 2. L'epoca cominciante col *praetor peregrinus* e lo sviluppo del così detto *jus gentium*; la reazione di questo sull'editto del *praetor urbanus* ed il progresso successivo del romano diritto.

Nel primo periodo, 387-508, era lieve di molto l'influenza del pretore sul diritto processuale materiale e sullo stesso formale. In genere non avea il pretore a decidere di per sè stesso le quistioni giuridiche, il che spettava al *index* eletto dalle parti o delegato da esso pretore, ma gli era dato però di modificar di molto per argomenti processuali il diritto materiale. In questa prima età avea ben poca importanza sul processo, avvegnachè non fosse incaricato d'altro se non di ricevere, stando nella sua sedia curiale, le forme giudiziarie, *legis actiones*, le quali era necessita fosser ligie alle parole delle leggi, e che formulate dai giureconsulti convenia fosser presentate dalle parti. In oltre dovea con preciso e so-

lenni parole porgere la formola acconcia, nel che non gli incombeva se non la determinazione di alcuni punti riguardanti la procedura esterna, p. e. d'escludere certe persone dall'ufficio di giudice, quando era in arbitrio delle parti di chiedere de' giudici oltre i consueti, e di decretare l'accettazione od il rifiuto di fideiussori. Conseguì il pretore di molta influenza sullo sviluppo del diritto, tostochè oltre le *legis actiones* (le quali sussistevano ancora per lo meno in parte) venne stabilita mercè la *lex Aebutia* (secondo Heffter verso il 630, e secondo l'opinione di Puchta però meno fondata, intorno al 330 a. u. c.) una nuova procedura, in forza della quale era abilitato il pretore ad ammettere petizioni non fondate nel severo diritto civile, o a snervare azioni di puro diritto con eccezioni che nol fossero. Impertanto quèssa *lex Aebutia* è a tenersi per una reazione del *jus gentium*, salito in sommo pregio il *praetor peregrinus*, contro il processo del *praetor urbanus*.

Manifestasi innanzi tutto nella seconda epoca una sfera più libera e vasta di azione, mercè il *praetor peregrinus* istituito 308 a. u. c. a cui era inerente la *jurisdictio* tanto nelle liti fra soli stranieri, quanto nelle contese fra forestieri e cittadini romani. E siccome non erauo per niun modo applicabili nè le *legis actiones*, nè il severo diritto romano, alle quistioni insorte fra gli stranieri (non romani), ovvero tra romani e non romani, così fu pur forza al *praetor peregrinus* il ricorrere ad altre norme giuridiche. Dal che ebbe a dischiuderci, a motivo dell'esteso commercio dei romani con altri popoli specialmente d'Italia, una fonte nel così detto *jus gentium*. I romani aveano già scorti nei vicendevoli rapporti con questi popoli parecchie vedute ed istituzioni giuridiche, le quali — facendo astrazione di alcune formalità — accordavansi con quelle di Roma. In oltre il loro genio giuridico, dalle relazioni commerciali diffuse di molto e ognor più agevolate, derivavano delle forme di diritto più facili ed arrendevoli. Indi le norme chiamate da essi il *jus gentium* (1). Questo diritto naturale privato determinante il commercio dei popoli, servi al *praetor peregrinus* onde regolare il suo editto; per il che, tanto nel diritto sulle cose, quanto in quello sugli obblighi vennero da lui sanciti nuovi mezzi d'aquisto ed altre forme per la trattazione degli affari.

Questo libero procedere del *praetor peregrinus* dovea certamente reagire sulla giurisdizione del suo collega avente la magistratura nella stessa città, il *praetor urbanus*, in quanto che anche pei cittadini romani faceasi più vivo il bisogno di facili forme che si foggiassero sugli accre-

(1) Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos custoditur, vocaturque jus gentium, quasi pro jure omnes gentes utantur. Et populus itaque romanus partim suo proprio, partim communi omnium jure utitur. Pr. et. § 1. I, 2, de jur. nat.

Il primo frutto — che non venne a maturanza se non un mezzo secolo dopo — di siffatta influenza del procedere del *praetor peregrinus* sulla convinzione popolare la quale ebbe a sanzionarlo, si fu la *lex Aebutia*, per la quale il *praetor urbanus* fu esonerato della parte passiva che gli era stata assegnata nella litania (*carmen*, seconda l'ironico esprimersi di Cicerone), delle *legis actiones*, e fu invece abilitato ad un processo più assoluto, potendo egli far luogo alle *actiones utiles* anche nei casi analoghi. Ma per quanto fosse importante tal processo per una più libera trattazione del diritto materiale, tuttavia non ritrovavasi per anco soddisfatta l'esigenza d'una modificazione e perfezionamento di questo diritto. Che al *praetor urbanus* — in contrapposizione al *praetor peregrinus* — non era concesso stabilire direttamente delle norme giuridiche, ma non potendo almeno per forme caugiare il diritto sussistente, era astretto a ricorrere a mezzi *indiretti*. I quali trovavansi riposti nel rifiutare ch'egli facea per mezzo di *exceptiones* l'efficacia a certe azioni scendenti dallo stretto diritto; nel tener calcolo ne' rapporti giuridici di alcune circostanze morali aventi conseguenze importanti, quali sarebbero l'errore, l'inganno, il timore, la violenza, che non venivano prese in considerazione nel diritto civile pel quale non richiedevasi se non la stretta osservanza di stabilite forme esterne, e nello avere siffatte circostanze per motivo onde concedere una *exceptio* (*exceptio doli, metus, vis*), e fin'anco una azione istessa. In oltre per quegli indiretti modi esso *praetor urbanus* acconsentiva in parte i mezzi di guarentigia (*cautiones*) ovvero le *missiones in possessionem*; indimetteva degli interdetti (*interdicta*) contro opere arbitrarie e contro la propria difesa eccedente i limiti necessari; e a quelli che per cause loro non imputabili aveano perduti dei diritti, concedeva la *restitutio in integrum*. Finalmente egli stabiliva delle *fizioni* per nuovi casi e rapporti, ingiungendo al giudice di sentenziare secondo una formola di stretto diritto civile da cui derivar potessero delle conseguenze giuridiche; non altrimenti che se il dato caso, quantunque meno per analogia non potesse a quella formola riferirsi, esso invece fosse stato preveduto. I pretori gittarono pure le basi ad un nuovo sistema di successione ereditaria, avvegnachè essi agevolassero ad alcuni a ciò abilitati, l'esercizio del loro diritto, coll'acconsentire il possesso dell'eredità (*bonorum possessio*). Ma siccome nemmeno nell'editto potessero comprendersi tutti i casi bisognevoli di giuridica tutela, così vennero per quelli non preveduti, proposti degli argomenti giuridici desunti dal principio dell'analogia. Indi le *actiones, exceptiones utiles* ecc. Generalmente il principio *supremo direttivo* del pretore gli era la comune utilità (*utilitas-publica* (1)), e specialmente poi la *equitas*, per la quale i Romani intendevano un processo non già determinata in base a vedute subbietive, ma bensì, quella la quale più che la forma

(1) Jus praetorium est quod Praetores introduxerunt adiuvandi vel corrigendi juris civilis grati, propter utilitatem publicam; fr. 7 e § 1, D. 1, 1.

risguardasse la natura della cosa, per cui ciascuna persona conseguiva il proprio diritto a maniera lo meritasse (*pro dignitate*) (1). L'editto pretorio divenne per tal guisa l'elemento vitale del diritto privato ed il contrapposto delle XII tavole.

Per il che il diritto romano si ebbe in questa seconda epoca una doppia forma, quella del diritto stretto, e l'altra del pretorio. A misura che l'*urbs* si estendeva a foggia di *orbis*, anch'esso il diritto tendeva circa alla materia propria a fondersi col *jus gentium*, smettendo le vecchie forme siccome un vuoto *jus Quiritium*, ed un rancido e vieto costume. Ne giova però avvertire a maggiore intelligenza del tutto come un siffatto progresso si compiesse soltanto nella prossima epoca, quando da Caracalla tutti quelli appartenevano allo stato romano, furono dichiarati uguali nell'aspetto privato giuridico; per cui quantunque non cessasse l'istituzione di un'apposito pretore *peregrinus*, nullameno tutti gli editti emanati dai pretori urbani e peregrini tenevansi per un'insieme, *jus honorarium*, e come tali avuti dai giurisperiti, ed anco formalmente ebbero ad essere riuniti dal giureconsulto *Salvius Iulianus* nel 131 di Cr. per ordine dell'imperatore Adriano. Sendosi cancellata nella terza epoca la distinzione tra i due editti, fu mestieri che Giustiniano sullo scorcio del quarto periodo togliesse la differenza fra il *jus honorarium* contenuto nell'editto, e l'antico diritto civile — declinato in guisa da servire soltanto qual fonte sussidiaria (quantunque apparissero anco nella codificazione alcuni tratti della prisca doppia forma del diritto) — e gli assumesse insieme ad altre fonti giuridiche in una esterna unità. Le ulteriori fonti del diritto sono:

3. I *responsa prudentium*. I patrizi rimasero per lungo tempo i soli giureconsulti però che non si limitassero a conservare il *jus sacrum* per molte guise ancor pratico, tenendo per se celata secondo la legislazione delle XII tavole la conoscenza delle tanto importanti formole processuali e dei tempi e giorni idonei alle azioni giudiziarie, *dies fasti*. Non appena le formole coordinate dal patrizio giureconsulto *Appius Claudius*, si pubblicarono 499 u. c. per cura del suo scrivano *Cn. Flavius* (cui il popolo grato nominò), progredi più rapidamente la giurisprudenza anco fra plebei. L'operosità de' giuristi manifestossi in due direzioni principali: in riguardo *scientifico* per la *interpretatio juris civilis*, la quale non conviene tenersi soltanto come una nuda interpretazione delle leggi delle XII tavole, ma pel successivo completo sviluppo del diritto in armonia collo spirito o natura sua propria, perchè i giureconsulti conseguirono relativamente al diritto civile una uguale posizione, che toccarono i pretori circa il *jus*

(1) Cicerone (*pro Murena*, 42) contrassegna in questo senso la giustizia dicendo: *justitia est æquitas jus unicuique tribuens pro dignitate cujusque*. — Il vero individuale non fu però giammai compreso dai Romani nell'equità perocchè essi ravvisarono sempre, come abbiamo fatto notare nell'individuale qualche cosa d'astratto.

gentium. E, sotto l'aspetto *pratico* essa operosità de' giuristi ebbe per espressione il dare buoni consigli (*respondere*), nonchè insegnare delle cautele nello intraprendere affari giuridici (*cavere*), o per la stipulazione di contratti e stesa di testamenti e formulari (*scribere*). E qui torna opportuno avvertire in ispecial modo la compilazione di formulari per gli affari di diritto, quali indubbiamente conviene abbiano recata di molta luce sulla esatta classificazione delle cose giuridiche, e per cui conservaronsi tradizionalmente quelle determinazioni che si videro rispondere allo scopo del contratto (*lex contractus*). Siffatti formularii vennero in molte guise raccolti (p. e. *jus Aelium*), e favorirono di molto la scienza nonchè l'applicazione pratica. Da ultimo i giureconsulti divennero, dopo che *Tiberius Coruncanus* diede l'esempio, anco maestri di diritto. Come giuristi che tentarono dare una base scientifica al diritto, sono indicati *Q. Mucius Scaevola*, *Aelius Catus*, *Servius Sulpicius Rufus* e *A. Ofilius*. Del resto la speculazione giuridica non appare in tutta la sua grandezza se non nell'epoca vicina.

Studiate le fonti del diritto, agevolmente s'offrono allo sguardo di per se i *rapporti giuridici*, e precisamente vengono innanzi quelli direttivi generalmente, ovvero i *rapporti etici*.

Nella prima parte di quest'epoca si offrono sotto l'aspetto morale i tempi felici della repubblica romana. I plebei che aveano conseguito d'essere uguali politicamente coi patrizi, ringiovanirono il tutto nello stato col recarvi l'aiuto di loro efficaci forze vitali, e mercè chiarissimi duci ed uomini di stato esciti dal loro ceto, confermarono il proprio diritto a partecipare alla direzione degli affari pubblici. Ancor vigorosa mantenevasi la credenza religiosa; poco corrotti i costumi; temperata la somma libertà giuridica dalle buone abitudini. La censura (1) la quale pe' suoi vasti privilegi estendevasi a tutta la vita etica, e che spesse fiate puniva anche la preta immoralità, come sarebbe a dire dello sperpero di sostanze e della improvida economia domestica, si elevò ad organo della pubblica coscienza morale. Nell'agricoltura prevalse il modico possesso fondiario, nelle adunanze popolari la semplice pratica intelligenza, e nell'esercito la romana prodezza. Ma i semi del male i quali celavansi nella fondamentale natura del popolo e dello stato romano, svilupparonsi ben presto e largamente non appena si ebbero acconcie circostanze, sulle prime si fe vacillante del popolo la credenza politeistica, e ciò per l'angoscia occasionata dai primi anni della guerra d'Annibale. Gli Dei non sembrarono più possenti, onde convenne rivolgersi a nuovi e stranieri culti. Del resto non furono manco dannose le vittorie riportate sopra le genti straniere. Che se il Greco si compiaceva spiritualmente nel plasmare in artistica foggia le figure rappresentanti le divinità sue, e dilettevasi della loro storia; il Romano invece come quello che era dominato da una tendenza all'esterno, a misura che dilatavasi il suo orizzonte e sentiva la propria incapacità, sup-

(1) Vedi *Jurke* saggio di una esposizione di un diritto penale censorio.

pliva al vuoto interno colla molteplicità de' Numi. Colla stessa facilità colla quale esso Romano appropriavasi nel diritto straniero concezioni, accoglieva eziandio la magia etrusca che andava ognor più ringagliardendosi; e postosi in contatto coll'Asia, riuni in un vano sincretismo i culti asiatici ed egiziani (Isis, Serapis). L'intrommettersi del senato fu senza effetto, 841 a. u. c. Ogni fede fu spenta nelle classi elevate, e la plebe fu dominata da una credenza cieca in prodigi. Magia, astrologia, perfino predizioni cercate nelle intestina di uomini sacrificati di notte, erano in ben molta maggior fiducia che non si fossero i sacrificii organizzati dallo stato. A codesto sfacelo della vita religiosa e morale, cooperò la novella conoscenza dell'Ellenismo il quale gli era in quel momento già tralignato di molto. Come avviene pur sempre che l'arte, quando da un popolo è rimosso il soffio morale della vita, non arrechi se non argomenti di bassi piaceri, così l'arte greca la quale avea riformata quella etrusca, non servi se non a raffinare la sensualità romana. L'epicureismo si fu quel sistema della filosofia greca il quale venne in maggior favore.

Ma ben più immediatamente valse a mutare il diritto e la natura dello stato, il gran cangiamento dei rapporti *economici nazionali*, i quali perciò ne è forza osservare più da vicino (1).

La possanza di Roma fondavasi sovra un vigoroso ceto agricolo, malgrado l'erezione delle sponde del Tevere possa accennare sussistessero simultaneamente dei rapporti commerciali. Ma l'avidità de' patrizii spinse quel ceto fino nel III e IV secolo a ruinare in gravosissimi debiti. Mercè il dilatarsi del romano dominio ebbesi a lenire alquanto il male co' frequenti assegni di terreno e per le colonizzazioni; e gli agricoltori aumentatisi per l'incremento della popolazione di Roma, poterono sollevarsi per qualche tempo a motivo che abbassato si fosse il valore pecuniario ed innalzato il prezzo dei cereali. Ma l'ingiusto saccheggio dei paesi conquistati e la dura ed estesa schiavitù tornarono sempre più funesti agli oppressori.

E prima di tutto venne con ciò annientato il vero ceto agricolo. Le grandi somministrazioni di cereali, cui le provincie doveano contribuire allo stato, veniano dati in tempi di pace alla popolazione civica a prezzi vilissimi, e dopo la seconda guerra punica, lo stato provvedeva i suoi eserciti col frumento delle provincie. Per le quali cose riesciva impossibile all'agricoltura del paese il sostenersi. L'economie rustiche sempre più scemarono, e si fece luogo invece ai vasti poderi, coltivati secondo il sistema Cartaginese dagli schiavi che crebbero smisuratamente. La coltivazione delle piante cereali non era universalmente di convenienza. Il solo allevamento del bestiame permetteva ancora qualche vantaggio, sendo difficile il trasportare gli animali per mare; ma alla sua volta esigea esso de' vasti fondi. E questi si riunirono, nelle mani degli aristocratici per varie ragioni, quali sarebbero il sistema di occupazione il quale andava sempre più esten-

(1) Gli importanti rapporti furono bene esposti ne' varii periodi di tempo da Mommsen, I, 171-291-616.

dendosi, e per i beni dello stato non rilasciavansi nè in proprietà nè in affitto, ma in gratuito usufrutto sempre rivocabile. Com'anco a motivo che in fatto ritrovavansi essere le *possessiones*, malgrado le parecchie opposizioni, sempre più ereditarie; nonchè per la inintelligibile legge Claudina da *Gaius Flaminius* 336 a. n., la legge che vietava a Senatori di occuparsi di commerciali interessi come disdicevoli al grado loro, il che per conseguenza astringeva le famiglie più agiate ad investire in fondi i loro capitali. Col che accelerossi la eliminazione del piccolo e medio ceto agricolo, e si ritrovò favorito l'allevamento del bestiame. La popolazione degli schiavi intesa separatamente a questa cura, crebbe in una misura minacciosa. La legge posteriore la quale prescriveva ai proprietari di fondi di impiegare come lavoratori un determinato numero di liberi cittadini trovò uno scoglio nell'applicazione. Ma nella stessa guisa che deperiva l'agricoltura, crebbe rapidamente il *commercio* ed il *giro del denaro*. A verun ramo d'industria intesero con tanta sollecitudine i Romani, quanto al mutuo e scitato come mestiere, che nelle provincie fu ridotto ad un loro monopolio. Al che contribuì di molto il sistema favorito dallo stato di appaltare le imposte, e l'esecuzione dei lavori pubblici, a società meglio che ad individui, e ciò per maggior sicurezza; per il che non ritrovavasi un'agiato Romano che non prendesse parte agli appalti erariali. Così fu tolta ogni energia all'agricoltura ed a' mestieri industriali; pigrizia, speculazione senza fatica e senza pericolo ma fruttifera, avidità e sete di piaceri ruppero tutti i rapporti ed accelerarono colle interne e crudeli guerre di fazione lo scioglimento della repubblica macchiata di moltissime colpe.

Impertanto poniamoci ora a considerare i cangiamenti nei rapporti giuridici:

Una nuova classe di sudditi, ignoti all'epoca antica e contraria allo spirito delle istituzioni romane, sorse nelle provincie; e codesta si fu una conseguenza dell'amministrazione provinciale cartaginese, da cui fu tolto la massima, dovere i possedimenti arricchire i vincitori. Contemporaneamente si fe' luogo per i cittadini romani a privilegi di cui andarono esclusi gli alleati italiani, com'anco per questi con rifiutazione degli stranieri.

2. Prosciolta la *vita della famiglia*, sparito il primo severo costume. Gravi delitti macchiarono cospicue famiglie (p. e. quelle dei Calpurni e Fulvii); perdette il matrimonio la sua austerità giuridica, avvegnachè fosse ben di rado che la donna venisse *in manum mariti*. Anco il rapporto sessuale tralignò; la decadenza della moralità antica metteva riaccepiceo nelle segrete società dei baccanali; le quali quantunque fossero abolite dal *senato consulto Marciano*, tuttavia non vennero tolte. Naturale conseguenza si fu vaghezza di celibato; e colla crescente depravazione dei costumi diminuirono le nascite legittime e crebbero le adozioni. Illusoria tornava la tutela dei parenti a motivo di fittizi matrimoni. Le donne acquistaron maggiore indipendenza nell'amministrazione delle loro sostanze, ma non ne faceano se non uno spreco nel lusso. La *lex Oppia*

che tentò porvi un argine, venne sospesa — 387 — quando le donne si assembrarono nel foro, e la *lex Voconia* s'adopò indarno per limitare loro le sostanze. I divorzi si fecero più frequenti. Sul finire di quest'epoca, la difesa di Clodio, accusato di adulterio, svelò innanzi ai giudici le profonde piaghe della vita coniugale (1). Modificata venne la *paterna potestà*; il figlio potea, vivente ancora il padre, essere *sui juris*.

3. Nel diritto delle cose s'introdusse di contro alla proprietà stretta, la proprietà chiamata *in bonis esse*, la quale ebbe ad essere favorita, in luogo della *rei vindicatio* attinente solo alla prima, dalla Pubbliciana *in rem actio*, per mezzo della finzione che fosse avvenuta con *usucapio*.

Le servitù si aumentarono nei fondi campestri ed urbani; all'*usus fructus* fecesi luogo spesse fiate per testamento. Accanto il diritto di proprietà venne pure stabilito quello del *possesso*.

4. Grande si fu lo sviluppo che ebbe il diritto sugli obblighi a motivo dell'egoistica tendenza al traffico ed al commercio; i contratti divengono strettamente vincolati non solo se furono conchiusi come nell'epoca precedente, *in re*, ma ben anco se colle solenni parole, *stipulatio*, ovvero *litteris*, in quest'ultimo riguardo specialmente per *transcripta nomina* cioè per l'annotazione scritta nel libro di entrata ed uscita tenuto da ciascun agiato romano capo di famiglia. Finalmente per certi generali contratti di traffico (compera, locazione, fitto, società) è sufficiente il *consensus* a fondare una stretta obbligazione. Intorno al mutuo ed interesse, dopo le XII tavole che avevano già stabilito delle leggi sulla usura, vennero emanate dell'altre norme. Il *maximum* degli interessi a percepirsi fu abbassato dal 12 (398 a. u.) al 6 per cento (408 a. u.) Si giunse fino, 413, ad adottare un plebiscito del tribuno *Genucius* per l'abolizione dell'interesse, ciò che non fu possibile sostenersi.

Accuse penali contro noti usurai, si recarono sovente innanzi il popolo e con piacere erano appoggiate. Un termine a pagamento ebbesi ad ordinare per legge, 408. Ma la legge principale era però la *lex Poetelia* (429, o poco dopo), per la quale al debitore era concesso far cessione delle sue sostanze e guarentire la propria personale libertà, con che venne derogato in parte della procedura esecutiva sommaria per debiti di mutuo. Il diritto di pegno si perfezionò in base alla forma dell'ipoteca. Sugli obblighi scendenti dai danni violenti i diritti emanati parecchie leggi, fra cui primeggiò la lor *lex Aquilia*.

5. Il diritto d'eredità venne essenzialmente modificato per la *bonorum possessio* introdotta dal pretore per quelle persone, alle quali sembrava per *equitas* spettasse l'eredità. Le XII tavole accordarono ai testamenti privati la stessa forza inerente a quelli fatti innanzi il popolo. Col che venne a dileguare la comunione sessuale, ed incarnata la libertà personale sulle sostanze. Tuttavia la libertà di testare ebbe ad avere dei limiti restrittivi nella successione necessaria.

(1) Cicero ad Att. I, 16 Seneca, epist. 97 « Clodius inter iudices adulterium divisit. » Vedi Unger p. 80.

6. *L'amministrazione di diritto civile* che in Roma non venne mai completamente separata dal potere esecutivo, manco dopo l'istituzione della pretura intesa principalmente a quella funzione, si divise nei *judicia ordinaria*, nei due modi sussistenti sia dall'antico, cioè nella attivazione *in jure* ed *in judicio*. Il primo avea luogo a Roma innanzi il pretore (ed agli edili), al quale era dato, quando tutto i fatti fosser posti in luce sufficiente, pronunciare tosto e da per sè la sentenza o respingere la domanda. Qualora però, il che avveniva nella maggior parte di casi, i fatti si ritrovassero essere controversi, in allora egli rimetteva con una formola contenente la quistione di diritto, le parti al *judex* il quale dovea giudicare in armonia a quella. Per il che alla sentenza del giudice non si sopponevano soltanto i fatti (come in vero non è il caso nemmeno nel processo dei giurati, col quale confrontossi sovente l'istituzione romana), ma ben anco la relazione fra essi ed il diritto. Nei *judicia extraordinaria* ovvero *cognitiones extraordinariae* all'incontro (che sotto gli imperatori, specialmente dopo Diocleziano divennero regolari) non si fe' luogo a siffatta separazione, sendo che il pretore nei dati casi (quando trattavasi di tutela o di momentanea coazione, ovvero di disposizioni preventive) decidesse immediatamente di per se. Il processo ebbe per lungo tempo ad essere condotto secondo le *legis actiones* (secondo *Cajus* incerto è il vero significato del nome), vale a dire certe forme sacramentali, le quali erano cinque: *sacramentum*, *per postulationem*, *per conductionem*, *per manus iniectionem*, *per pignoris captionem*. A questa maniera di processo tenne dietro per la *lex Aebutia* il vero sistema delle formole, che per lungo tempo rimase costituito *ad fictionem legis actionum*, ma che più tardi si foggio sopra forme più libere ed applicabili a tutti i casi (1).

Poche modificazioni si recarono al *diritto penale*; invece il *processo criminale* fu cangiato in molti punti, come avvenne specialmente col l'introduzione dei tribunali permanenti, *questiones perpetuae*, dal che non ebbe però a fare nessun miglioramento scientifico, divenendo anzi spesso uno strumento dei partiti politici (2).

Epoca terza.

Da Augusto a Costantino, 31 a. C. — 325 d. Cr.

I. Augusto col fondare la monarchia, acchetò per qualche tempo nella

(1) Intorno al processo civile romano vedi specialmente *Keller* » il processo civile romano e le *actiones* in esposizione sommaria » 1032. Essendo che in generale il diritto romano vada distinto pel lato della forma, così si intese ognora nel processo alle esatte formole, ed alla proprietà e convenienza delle espressioni, *Gajus*, 1, 11. Come in molti riguardi, così anco in questi il popolo romano assomiglia allo inglese.

(2) V. *Mommsen* p. 290.

pace desideratissima lo stato rotto e sbattuto da tutta la furia delle popolari passioni. Ma lo spirito della morale e dell'ordine era morto nel popolo. Per il che il nuovo potere unitario non assume se non una tendenza esterna, ed in cotal senso (1) avanzante adoperossi. E come che non conoscesse alcun'elevato ritègno ne' rappresentanti suoi, nè alcun freno morale si avesse, gli fù mestieri di abbandonarsi all'andazzo universale dell'egoismo, della cupidigia di piaceri, della potenza e forza. La imperiale dignità si fu per così dite l'immagine riflessa e concentrata dello spirito popolare romano, l'espressione più viva e gagliarda di sua dissolutezza e di sue tempestose passioni. La ruina di che il popolo romano desolò tante altre genti per avidità di potere, di dominio o di depredazioni, onde appagare alle sfrenate sue brame, fù dagli imperatori rivolta contro lo stesso, sì che la lunga ingiustizia gli fu forza espiare per molti secoli di incessanti patimenti. Il principio del valore subiettivo il quale formava la base della vita romana di diritto e di stato, annidò prima il vasto dominio democratico, indi venne assorbito nell'arbitrio dello imperatore. Ed il vizio fondamentale della religione del popolo convenne che qui pure si manifestasse. Il politeismo trasmutò in finito il divino ed umanizzollo, per il che non dovesi meravigliare se venisse divinizzato il contingente, e se l'uomo orgoglioso come l'imperatore s'insuperbisse fino a voler essere un Dio. I pochi buoni imperatori, come specialmente Traiano, i due Antonini, Alessandro Severo, appajono solo come astri passeggeri del demente impero, come testimonio del buon spirito non per anco spento del tutto, col quale potea pure avere una qualità come il divino genio del cristianesimo.

In questa terza epoca tutte le dignità e poteri si concentrarono gradatamente nelle mani dell'imperatore, malgrado che sulle prime si serbassero, almen di nome, le antiche istituzioni. Gli Augusti si fecero senza rallento conferire la *tribunizia potestà*, e con questa l'*inviolabilità* ed il *veto*, l'*imperium proconsulare*, la *praefectura morum*, la sublime carica del *pontifex maximus* ecc. Ma le prische forme ben presto andarono in dileguo. Già Adriano, foggì l'impero sovra un'argoganismo prellamente monarchico, organismo il quale pel sistema amministrativo introdotto da Diocleziano assume un carattere di orientale despotismo. Giurisperiti di questi tempi propugnarono l'opinione che il popolo romano, con una così della *le regia*, trasferisse all'imperatore tutta la sua forza ed il suo potere (1). Tuttavia una tal trasmissione non si fece, come osservammo, d'un sol tratto ma a poco a poco.

Del resto a misura che il diritto e la vita pubblica furono assorbiti

(1) § 6. J. (1, 2) De jure nat. sed et quod principi placuit, legis habet vigorem; cum lege regia quae de imperio ejus dicta est, populus ei et in omne suum imperium et potestatem concessit. *Gajus* I, 8, dice soltanto: » Constitutio principis — nec unquam dubitatum est quin legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.

nel despotismo, ringagliardi lo studio del *diritto privato*, nel quale si concentrarono le rimaste migliori forze spirituali. Lo sviluppo materiale del diritto privato in quest'epoca, originale s'appoggia in parte nella esperienza giuridica, fattasi più negli studii *filosofici* ampliatisi continuamente, i quali inchinevoli più che ad altro allo stoicismo ebbero a stabilire di molte pratiche massime umanitarie, ed eranvi resi famigliari e diletteggianti ai giuristi: indi nella *tendenza all'eguaglianza* inerenti anco al despotismo, e favorevole a comporre parecchie contraddizioni sussistenti tuttavia entro la sfera giuridica privata. Finalmente fondasi esso svolgimento nella universale tendenza al guadagno, tralignato nel carattere che innanzi le era opposto, guadagno a cui si resero schiave eziandio le forze spirituali, ed al quale si provvide nel diritto privato, con forme migliori, più facili e più sicure (1). Che nel finire di questa età il soffio del cristianesimo abbia animata la vita spirituale, cooperando con ciò eziandio a migliorare in parecchie guise i rapporti personali, questo gli è quanto di cui non si potrebbe dubitare che difficilmente. — Non altrimenti che nel cielo precedente si fu il diritto pretorio l'organo principale del progresso così in quest'epoca lo fa la scienza giuridica di cui discorreremo con qualche larghezza più sotto.

II. Le *fonti* del diritto privato che occorrono in questa età sono le seguenti:

1. Fino ai tempi di Adriano ritroviamo ancora delle *leges populi* e dei *plebisciti*, che vennero emanati dietro proposta dell'imperatore. La legge popolare di maggiore importanza si era quella cui Augusto effettuò con tanti sforzi; la *lex Julia et Papia Poppæa* 762 a. u. c., scopo della quale gli era di accrescere — col far pesare certe gravezze sui celibi e sovra quelli che non avessero figli — la popolazione scemata per le guerre civili e per la depravazione dei costumi.

2. I *senatus consulta* acquistarono maggior valore pel diritto pri-

(1) Frequenti volte si meravigliò come vi avesse tanta bontà di privato diritto in mezzo all'universale decadimento (V. Savigny, stor. del dir. rom. nel medio evo, Vol. I, p. 4). Gans nel suo dir. eredit., I, p. 8. recò in mezzo un motivo forse innanzi non valutato. « Il decadimento — dice egli — di quest'epoca, di cui quel diritto privato doveva essere una commendevole eccezione, manifestosi anche in esso più che mai. Tale sviluppo trovasi appunto spiegato dal passare che fecero i Romani dalla cerchia della vita pubblica in quella del privato egoismo; e se il concetto di Roma repubblicana gli è quello della illimitata avidità di potere; ancor più biasimevole si è lo spirito di Roma imperiale, in quanto che quella bramosia ebbe a prendere dimensioni enormi però che si dirigesse alle possessioni ed alle proprietà. Ad una tal'epoca necessita un più esteso diritto privato, non altrimenti che all'altra abbisognano delle forme di vita pubblica. Che se pur si volesse per questo celebrare come gloriosa una siffatta epoca, non sarebbe altro che straha lode, avvegnachè un tal diritto privato sia appunto quello in cui propriamente si palesa il genio romano.

vato; così il *senatusconsultum Macedoniarum, Vallejanum* ecc. *Caracalla* tolse però del tutto al senato tutto il potere legislativo.

4. Gli *edicta magistratum* rimasero nei primi tempi una larga fonte del diritto, ma le costituzioni imperiali cercarono sempre più di cancellare la contrapposizione tra il *jus civile* ed il *jus honorarium*. Primieramente fece Adriano, 131, riunire i due editti del *praetor peregrinus et urbanus*, ordinando così fatto lavoro a *Salvius Julianus*, dietro precedente revisione e completamento mercè le varie leggi dell' *edictum provinciale* e per l'editto edilizio, e tale riunione pubblicò a Roma e nelle provincie come a tutti gli impiegati giudiziari. Quest'opera di Giuliano la quale poseia venne chiamata per eccellenza l' *edictum perpetuum*, salì in molta stima, e servi di base ai successivi lavori ed ai commentarii di Pomponio, Ulpiano, Paolo, Saturnino e Gajo.

4. Novella ed importante fonte furono le *constitutiones principum*, nome comune a tutto quanto emanava dal gabinetto imperiale. Esse però erano di varia natura: *edicta* ovvero leggi generali, *constitutiones ad omnes, leges generales*; 2, *rescripta*, in senso stretto ossia semplici risposte date dallo imperatore intorno a certe tesi giuridici a lui volto; 3, *mandata* vale a dire istruzioni per gli impiegati Imperiali; 4, *decreta* cioè sentenze che l'imperatore pronunciava nelle controversie di diritto a lui sottoposte.

5. La più valevole influenza sul perfezionamento del diritto privato s'ebbero in quest'epoca molto meno le *responsa prudentium*, di quello che la *scienza giuridica* in parte ad essi congiunta, ed in parte da loro indipendente.

a). Le *responsa prudentium* le quali intendevano immediatamente ad uno scopo pratico, ottennero subito da Augusto un valore anco più grande e una positiva utilità, perchè esso abilitò alcuni celebri giureconsulti, *ut ex auctoritate ejus publicae, de jure responderent*, onde in certa guisa dassero le *responsa* in nome dello imperatore. Allora i giureconsulti si chiamarono *juris auctores* seu *conditores*, ed anco precipuamente *prudentes*. Sotto Adriano venne sancito il principio, che i giudici dovessero avere le opinioni concordi di tali *prudentes*, in conto di *sentenze* legalmente obbligatorie, nè però fosse a quelli concesso decidere a proprio talento; se non se quando vi fosse discrepanza fra esse opinioni, dovendosi però sempre attenere ad una di quelle. Finalmente dopo parecchi tentativi, che appartengono alla prossima epoca successiva, per recare maggior sicurtà nell'applicazione del diritto, e diminuire le controversie, emanò Valentiniano III, 426, la così detta legge citatoria.

b). Non meno importante divenne l'influenza dei giuristi, lorchè gli imperatori fino dai tempi di Augusto raccolsero intorno a sè un consiglio di celebri giurisperiti, *consilium*, più tardo appellato *consilium principis*, in cui di regola si discutevano e formavano le costituzioni degli imperatori, le quali nel loro insieme erano ricche di sagge massime.

c. Colla loro ufficiale efficacia ottennero i giureconsulti mercè la scientifica operosità, un'importanza ben maggiore. Il materiale giuridico che andava sempre più ingrossando di svariate parti, esigeva una elaborazione fondata sovra saldi principii, nonchè coordinazione armonica e semplificazione. A codesto intesero e si abilitarono i giuristi con lungo esercizio, con più vaste giuridiche vedute, e per studii filosofici di maggiore elevatezza. L'istruzione teoretica si congiunse ai lavori scientifici e siffatta novella parola del diritto, sostituita alla *viva vox* del diritto pretorio di già fioca e smarrita, recava ovunque la vita in guisa che ragunò intorno ai più lodati maestri un circolo di studiosa gioventù, dalla quale formossi la numerosa e splendida serie di giureconsulti, che noi vediamo sorgere nella prima metà di questo periodo. Sotto Augusto due giurisperdenti fondarono due scuole, le quali — prova del progresso della scienza, cominciarono a distinguersi per norme regolatrici. Questi due dottori di diritto erano *Antistius Labeo* ed *Atejus Capito*, sì per convincimento politico che giuridico, fra di loro dissenzienti (1). *Labeo* crede de' sentimenti del padre suo che era stato intimo amico di Bruto e Cassio; manifestò nello svolgimento del diritto delle vedute assai libere, a cui giunse mercè una dottrina estesa, svariata e profonda, perchè sommamente fiducioso nella forza spirituale della scienza, non tenendosi ligio alla lettera, intendeva ad afferrare la natura della cosa, ed a cercare mediante il perfezionamento del diritto ulteriori conseguenze. *Atejus Capito* († 22) all'incontro discendente da una famiglia che avea

(1) Sullo spirito e tendenza di queste due scuole vi furono fino a' giorni nostri varie opinioni, per le quali si volle sovente scorgere in quelle due direzioni una imagine della divisione avvenuta a' tempi nostri delle scuole filosofica e storica. Fatta astrazione del non potersi allora esprimere la varietà dei principii come attualmente si usò, e non calcolando neppure che la scuola di *Capito* non manca per niun modo della coltura filosofica, si può benissimo nominare sotto certo riguardo l'una a preferenza filosofica, e l'altra storica. Che se ne poniamo a confrontare le principali controversie di queste due scuole (p. e. sull'effetto delle illecite condizioni nei contratti e nei testamenti), vedrassi come la così detta scuola filosofica trattasse molte fiate del tutto astrattamente le quistioni, mentre l'altra più sovente valutava con rettitudine la differenza dei rapporti. I passi più considerevoli degli antichi che si riferiscono a queste due manifestazioni ed i loro fondatori, sono *Pomponius* in fr. 2 § 47: *De orig. iust.* l. 2: « *Hi duo primum veluti diversas seclias fecerunt; nam Atejus Capito in his quæ et tradita fuerunt, per-severabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et ceteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare studuit.* » — *Gellius* (XIII, 10) discorre più diffusamente intorno a *Labeo*: « *Labeo . . . ceterarum quoque bonarum artium non expers fuit in grammaticam sese atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetraverat, latinarumque vocum origines ationesque percullerat, eaque precipue scientia ad enodandos plerosque juris laqueos utebatur!* Le credenze giuridiche dal suo avversario *Capito* in una lettera presso *Cellius* XIII, 12: intorno ad entrambi, v. di Puceta § 98.

saputo seguir la fortuna e salire con essa, non solo si sommasse rassegnato al nuovo dominio, ma si opponeva anco per malvagie blandizie ai migliori divisamenti di Tiberio: Egli s'attenne a preferenza alle dottrine e principii tradizionali, e cercò svolgerli secondo il loro senso e condurli alle ultime conseguenze derivative. Le scuole fondate da questi due uomini non vennero contrassegnate dai nomi di essi, ma da quelli di alcuni distinti successori. Così i seguaci della prima, fur detti *Proculiani* ed anco *Pegasiani* a cagione dei suoi rinomati propugnatori, *Proculus* e *Pegasus*; quelli della seconda, *Cassiani* e specialmente *Sabiniani*, da *Cassius Longinus* e *Massurius Sabinus*. L'antitesi sussistente per lungo tempo tra queste due istituzioni, e manifestatasi in controversie di sommo momento, venne mantenuta da seguaci non però in guisa da rinunciare ad ogni loro indipendenza. Chè piuttosto scorgiamo non essere essi animati sempre dallo stesso sentimento politico, come pure prediligersi in certi casi dell'una scuola l'opinione giuridica dell'altra. Molto dopo, ai tempi di Adriano si fe' luogo ad una conciliazione più sentita, dal che però non è a credersi sorgesse una terza scuola, come erroneamente s'avvisò scorgierla nei giureconsulti indicati col nome di *miscelliones* ovvero *herciscundi*. Alla scuola di Labeo appartenevano i due *Nerva* (padre e figlio), *Proculus*, *Pegasus* (set. *Pegasianum*), *Celsus* (padre e figlio) e *Neratius Priscus*. A quella di Capito, *Massurius Sabinus*, *C. Cassius Longinus*, *Celius Sabinus*, *Javolenus Priscus*, *Salvius Julianus*, *Sextus Pomponius* e *Gajus*. Con Alessandro Severo cessa l'epoca gloriosa della scienza del diritto, e collo stato politico ognora declinante a decadenza, si spegne eziandio l'attività scientifica.

L'energia della speculazione ebbe a manifestarsi in ispecial modo col formarsi guide, esposizioni foggiate a prospetti, *institutiones* (*Gajus*, *Paulus*) com'anco per opere più voluminose, *libri juris civilis, digesta*, ovvero per commentarii sopra un'intera fonte giuridica (sulle XII tavole di Labeo e *Gajus*), in particolare sull'editto (come i *libri ad edictum* di *Sabinus*, *Gajus*, *Ulpianus* e *Paulus*). Del gran numero di siffatte opere non giunsero a noi nella forma originale se non pochissime, così abbiamo un frammento di un'opera d'Ulpiano detta assai acconciamente, *Ulpiani fragmenta* (1); poscia alcune parti delle istituzioni d'Ulpiano rinvenute a Siena (2); in ispecialità poi *institutionum quatuor commentarii* di *Gajus* (3), ritrovati nel 1816 da *Niebuhr* in un codice del capitolo del duomo di Verona, e tale opera recò somma luce a parecchie materie del Diritto romano e del processo civile fin'allora poco conosciuto.

(1) Le migliori edizioni critiche le sono quelle di *Hugo*, Berlino, 1834; e di *E. Bücking*, Bonna, 1845.

(2) *Eutlicher* » de *Ulpiani instit. frag.* » Vienna 1835.

(3) Il deciframento dello scritto mezzo cancellato, fu intrapreso da *Göschel* e *Hallung*; i posteriori schiaramenti di *Blume*, *Lachman*, *Böcking*, *Hefster* si ritrovano uniti all'edizione di *Göschel* 1820—21, vero modello di diligenza e precisione.

I giureconsulti che da Adriano sino ad Alessandro Severo (117-235) maggiormente emersero, e che vanno lodati per metodo scientifico e per avere stabilito e formulato il diritto, sono: 1) *Salvius Julianus* (sotto Adriano) celebre per la sua coordinazione dell'editto; 2) del *Sextus Pomponius* del quale possediamo nel digesto un breve prospetto della storia di diritto romano; *Gajus* ovvero *Cajus* (1) il cui secondo nome è ignoto (sotto Adriano, Antonino Pio), tenuto in somma rinomanza; esso gli è l'autore delle istituzioni scoperte a Verona; 4) *Aemilius Papinianus*, il più celebre di tutti, distinto pel carattere morale non meno che per scienza, amico di *Septimius Severus* († 211) e suo primo ministro (*praefectus praetorio*); fatto uccidere da Caracalla figlio di quell'imperatore, perocchè rifiutavasi di giustificare innanzi il senato l'assassinio da esso Caracalla commesso nella persona del proprio fratello Geta; 5) *Julius Paulus* (2) che ritrovavasi già nel consiglio di Settimio Severo, e che fu *praefectus praetorio* sotto Alessandro Severo; esso gli è lo scrittore il più fecondo, ed i passi tolti dai suoi scritti formano circa la sesta parte del Digesto; 6) *Domitius Ulpianus* (fenicio d'origine, durante l'impero di Eliogabolo Severo fu prefetto del pretorio, e venne ucciso dalla guardia pretoriana); dopo Papiniano gli è il pensatore più robusto, ed i suoi scritti compongono pressochè un terzo della materia del Digesto; *Herennius Modestinus* scolaro di Ulpiano, chiude la serie dei classici giureconsulti. — I 3 ultimi dottori formavano, per la così detta legge civile di Valentiniano III avanti il 426, le 3 autorità alle cui opere veniva formalmente attribuita forza di legge.

III. Ponendoci ora a considerare lo sviluppo *del diritto*, primieramente sotto il punto di vista delle *condizioni morali*, vedremo come la presente epoca ne porga la irrefutabile prova, non essere capace il solo diritto nonchè il suo perfezionamento formale, a trattenerne un popolo dal decadimento morale; e tanto meno esserne atto lorchè vengono adottati ugualmente in tutte le sfere giuridiche gli stessi principj dell'arbitrio, del capriccioso impero sovrano, del dominio astratto ed incondizionato da qualsivoglia riguardo morale tanto sulle persone che sulle cose, mal

(1) Gajus gli è l'ultimo illustre sabiniano.

(2) I nuovi storici del diritto non s'occupano ormai per nulla della tesi tuttavvia non sciolta, sulla provenienza di Papiniano e di Paolo, sebbene tale ricerca sia d'un valore ben più grande che non sieno molte altre alle quali si attribui una indebita importanza. Avvegnacchè crediamo non essere affatto indifferente il sapere se lo spirito romano si elevasse di per se alla sublime forma *scientifica* che si ritrova presso Papiniano, Paolo ed Ulpiano, ovvero se vi cooperasse in allora un'altro genio popolare. Intorno a ciò, vedi » *Heineccii historia juris civilis* « et. 1762, § 327, 328 e 346. L'origine siro-fenicia (perciò semitica) di Ulpiano è fuori di dubbio. Secondo ogni probabilità anco Papiniano è della stessa stirpe. Padova si vanta aver datoli natali a Paolo, e gli eresse un monumento; tuttavvia molti storici lo vogliono per un di Tiro, altri per greco

tutti che provocarono nello stato romano la ruina sua e straniera. Avvegnachè quantunque siffatto arbitrio nel diritto privato, ove non appare se non come forma astratta, sembra dileguarsi nei suoi effetti nella innumerevole quantità degli individui considerati come persone private; tuttavia esso manifestasi pur sempre tosto o tardi colla espressione complessiva della pubblica moralità dello stato. Del resto l'opinione verissima essere sempre il diritto un lato ed un'aspetto di tutto il costume d'un popolo, avrebbe dovuto già da lunga pezza aver ricevuta applicazione nel diritto romano, e condurre ed apprezzare più precisamente quest'ultimo anche nella età che svolgiamo.

Il despotismo imperiale il quale dalla sua altezza non discerne differenza di sorta e stima tutti gli uomini perfettamente uguali, incominciò ad abbassare ad uno stesso livello tutte le persone, e specialmente — applaudito in ciò dal popolo corrotto — gli aristocratici ed i ricchi sforzantisi ad emergere; ma tal' opera non servi ad altro se non a travolger tutti nello stesso vortice di perdizione. Difficile secondo Tacito è a dirsi chi fosse peggiore: se l'imperatore che si stimava sciolto da ogni legge (*omnibus legibus solutus*), ovvero il senato pieno di corruzione, od il popolo abietto. La storia non ne offre altrove un'esempio più spaventoso di proscioglimento di tutti i vincoli morali, di un infezione interna tale che fin più tardi il cristianesimo dopo che venne accolto come religione di stato, si trovò impotente a risanare la vita, sì che popoli rozzi ma gagliardi d'animo come i Germani e gli Slavi, dopo lo scioglimento dello impero romano furono i rappresentanti delle più elevate idee religiose e morali (1).

I cangiamenti che in quest'epoca ebber luogo nel diritto, ritrovansi innanzi tutto nello sviluppo formale scientifico, e nella tendenza volta a ravvicinare maggiormente lo stretto diritto al *jus gentium*. Del resto nel diritto personale succedono de' cambiamenti importanti che fondano e sulla livellazione fatta dagli imperatori, e sulle vedute umanitarie, le quali erano diffuse per la filosofia ed in ispecial modo per lo stoicismo abbracciato dai giureconsulti, dal cui celo scieglievano gli imperatori i proprii consiglieri, che più volte opponevansi alle loro crudeltà, e che alle volte allettarono alcuni nobili imperatori, come Marco Aurelio, ad abbracciare le elevate dottrine giuridiche. Lo stoicismo orgoglioso della propria sapienza in confronto al mondo abbandonatosi al fatalismo, ritirossi nell'eroismo della tolleranza, ma fu incapace di rigenerare moralmente la società. Tuttavia i suoi rappresentanti non mancarono mai, ove fu loro concesso, di far apprezzare dei principii migliori. E ciò specialmente avvenne in riguardo alla schiavitù ed alla paterna potestà, laddove nelle altre parti del diritto privato, la speculatrice energia non in-

(1) Su questa impotenza dello spirito romano ad adottare il cristianesimo, vedi pure l'art. di Montalembert » l'empire romain après la paix de l'église » (323) nella » revue de deux mondes » 1 janv. 1855.

flui che in un modo generale ad una più stabile formazione della scienza del diritto (1).

IV. Consideriamo ora gli *speciali rapporti di diritto*.

Circa quanto spetta alle persone *appartenenti* allo stato romano, abbiamo la legge concedente a' sudditi il diritto di cittadinanza romana, legge attribuita da Giustiniano ad *Antonino Pio*, ma in vero statuita già prima da *Caracalla*. Mercè di questa venne vieppiù agevolata la trasformazione dello stretto diritto in *jus gentium*. La *schiavitù* fu essenzialmente moderata per principio. Già *Claudio* avea ordinato che gli schiavi ammalati esposti a morire di fame nell'isola di *Esculapio*, dovessero, appena risanati, essere fatti liberi. La *lex Petronia* uscita imperante *Nerone* vietava ai padroni, di porre gli schiavi loro in lotta colle fiere. E su questa vi procedettero gli imperatori di animo più generoso. *Adriano* tolse ai

(1) Nella quistione sull'influenza della filosofia (Puchta Inst I, § 123) conviene a separare il vero elemento filosofico dal semplice formale logico (distinzione che Puchta fa senza però corrispondente applicazione), e far differenza fra l'applicazione del diritto personale e quello sulle cose. Negli scritti di *Cicerone* il quale più di qualsivoglia altro svolse e rese popolare la filosofia greca, e che indubbiamente appartiene al giurisprudenti, troviamo di molti principii, che non poteano di certo germogliare sovra terreno romano, né essere prodotti da concetti fondamentali del popolo del Lazio. A codesti appartengono le massime e le vedute citate prima, come sarebbesi: *justitia est ars boni et equi*; l'*honeste vivere*, la bella sentenza di *Papiniano*, che era già in istima sotto lo stoico imperatore *Marco Aurelio*; *quæ facta ledunt pietatem* etc.; l'adagio di *Ulpiano*, *justitiam colimus, et boni et equi potitiam profitemur* etc.; le vedute intorno l'*aquitas* e la *naturalis ratio* *Gajus* I 189; II, 66, 69, 79; I. 9. D. I. — cf. I., pr. D. 41., ove leggesi: *Antiquius jus gentium cum ipso genere humano proditum est*, etc. Sovra alcuni principii, come per l'*honeste vivere* sostiene però Puchta con molta ragione » che questo ricordo dello stoicismo non influiva per nulla sovra l'intrinseca energia giuridica dei giureconsulti. » Del resto simili parole sono ben lungi dall'essere un rimprovero al sistema stoico, ma invece lo sono per i dottori i quali immemori dell'antico diritto di emenda del *censore* in riguardo all'*honestum*, nulla seppero intraprendere con tale importante concetto. Inoltre quelle parole sono specialmente volte contro il diritto romano che diverge dal greco e germanico essenzialmente nell'essere in molti rapporti una condizione fondamentale, così manifestandosi esso in ispecial modo nel diritto di corporazione, nell'onoratezza, ed in quanto spettava al contegno giuridico morale. All'incontro lo stoicismo influi mirabilmente nel temperare a miltrezza la condizione degli schiavi, e la paterna podestà. Il citare qui degli acconci passi tolti allo stoicismo, sarebbe un recare yasi a Samo, perocchè non persuaderebbe coloro i quali si guardano da tutto ciò che sembra intruso nel diritto romano, mentre porgerebbe una prova agli iniziati nella filosofia moderna che Puchta il quale del resto più e più volte fa sentire la necessità della filosofia; nello sviluppare che fece il concetto giuridico della sua enciclopedia non fece se non collegare dei concetti subbiectivi di Kant e di Fichte ad alcune altre vedute, rimanendo però e nel metodo, e nella determinazione dei concetti ben lungi dai suoi antecessori.

signori il diritto di uccidere ed evirare gli schiavi. Antonino puniva il proprietario d'uno schiavo dell'uccisione di questo, non altrimenti che se avesse ammazzato uno straniero. La crocifissione fu vietata finalmente da Costantino.

Quantunque l'emancipazione fosse resa difficile per varie leggi (*Aelia Sentia* 735 a. u., *Furia Caninia* 761, *Junia Norbana* 770), tuttavia il numero degli emancipati sommamente aumentò.

Nel diritto di famiglia erano intese le leggi ad impedire il proscioglimento dei vincoli morali. Augusto malgrado facesse egli stesso divorzio, vuol però metter riparo all'adulterio per la *lex Julia de adulteriis coercendis*. Per due consoli, Papius Mutilus e Q. Poppæus rimasti pur essi celibi e senza figli, fa egli accettare le importanti leggi, la *lex Julia* e *Papia Poppea* 764. Per la prima; i celibi, gli uomini dai 25 ai 60 anni; le donne dai 20 ai 50, sono incapaci di acquistare per testamento qualsivoglia cosa. La seconda torna sfavorevole ai conjugii non aventi prole, avvegnachè egli non potessero redare se non la metà di quanto veniva ad essi lasciato per testamento, nè fosse loro concesso l'istituirsi vicendevolmente predi se non della decima parte dei beni che avevano: mentre all'incontro accordavansi grandi privilegi a quelli che avessero uno o più figli (p. e. la preferenza al conseguimento di pubblici impieghi; il diritto di rifiutare una tutela assegnata). — Del resto col vero matrimonio sussiste anco il concubinato, il quale per la *lex Julia* diviene una *licita consuetudo*. Ma queste leggi in generale le erano tutte illusorie; e la stirpe d'Augusto stesso si abbandonava, con esempio perniciosissimo alla capitale, ad ogni eccesso di scandalo.

Conformavasi maggiormente al principio della indipendenza il rapporto de' conjugii. Una *conventio in manum mariti* era già assai rara al principio di quest'epoca. Il *fundus dotalis* divenne inalienabile per una disposizione della *lex Julia de adulteriis*. Le donne erano presso che libere d'ogni tutela, ed invece esercitavano sui loro figli e nipoti.

Sommamente modificata la *potestà paterna*. Secondo il concetto fondamentale di essa, il padre conservò fino al tempo degli imperatori il diritto di vita e di morte. Ma imperando Augusto avvenne che un padre il quale avea fatto flagellare a morte il figlio proprio, non potesse esser salvo dal popolo furioso sollevatosi nel foro, se non per interposizione di esso Augusto (1). Alessandro Severo strinse il diritto di correzione nei limiti di un moderato castigo. Il vendere i figli fu da Adriano detto essere *illicita res et inhonesta* (2), e permesso solo per estrema miseria in riguardo ai figli appena nati. Il giureconsulto Paolo colloca per vero nella stessa classe dell'assassino colui che affida il figlio suo ad una misericordia che esso stesso non sente (3); ma solo il cristianesimo fu da

(1) Seneca, de clem. I, 19.

(2) L. 1. C. VII, 16, cf. 7. 39 § 3 D. 21, 2.

(3) L. 4. D. 25. 3.

tanto da distruggere completamente quella feroce consuetudine (la falsa filantropia moderna manifestantesi nella istituzione delle case per gli esposti, risale certamente ai cari tempi antichi seguiti in ciò più mitamente).

Il *diritto sulle sostanze* venne perfezionato mercè il continuo avvicinare lo stretto diritto al *jus gentium*. Nel diritto sulle cose era benissimo stabilita la differenza tra *res mancipi* e *nec mancipi*. Varie erano le opinioni sul concetto del possesso (1), ma quella di Sabeo abbracciata poscia da Giustiniano viene seguita come retta anche dai più ragguardevoli giureconsulti (Paolo, Ulpiano). Fra le servitù occorrono più frequenti che per lo innanzi *l'usus fructus* ed il *quasi usus fructus* introdotto per decreto del senato sovra tutti gli oggetti componenti una sostanza, per il che fu esteso eziandio alle cose fungibili.

Il *diritto sugli obblighi* in siffatta epoca ebbe ad essere condotto per la scienza ad un grado elevato di sviluppo, il che avvenne in ispecial modo nelle dottrine generali e nella determinazione dei concetti, manifestandosi in cotali indagini tanta svariatazza di vedute da non poter essere messe in armonia manco dalla stessa legislazione di Giustiniano. Mercè il *senatusconsultum Macedonianum* vennero limitati i prestiti fatti ai figli che si ritrovavano sotto la paterna potestà; e pel *senatusconsultum Vellejanum* le fidejussioni delle donne.

Nel *diritto ereditario* fu stabilita la *lex Falcidia* (probabilmente un plebiscito dell'epoca precedente, 719) per la quale accordavasi all'erede il diritto di sottrarre ad una eredità esaurita da' legati, una parte tale che rappresentasse il quarto senza aggravii (*quarta Falcidia*); misura estesa dal *senatusconsultum Pegasanum* (sotto Vespasiano) anche ai fedecommessi; e per una costituzione del Divus Pius, anco ai fedecommessi *ab intestato*; da Giustiniano poi applicata ad altre *mortis causa capiones* (2).

Si fece severo di molto il *diritto penale*; frequente la pena di morte rara quella del carcere, in uso la relegazione e deportazione. Conseguenza di tutte le pene capitali, era la confisca dei beni.

Affidata ai pretori rimase ancor lunga pezza la *procedura giudiziaria civile*. Ma la sfera di loro attribuzioni venne limitata dall'antica giurisdizione de' consoli tornata alquanto in vigore, nonchè dal potere di nuovi impiegati, in ispecial modo dal prefetto di città, e soprattutto dal diritto di riformar le sentenze spettanti allo imperatore qual primo magistrato. Tale appello al sovrano, il che non era se non un modo d'applicare il diritto d'intercessione inerente ad un magistrato di eguale o superiore attribuzione, venne a regolarsi giuridicamente come un privilegio; ed accordarsi anche ad altri impiegati, specialmente al prefetto urbano che ben presto rappresentò un'istanza intermedia.

Siffatta nuova istituzione degli appelli non fu inefficace sulla proce-

(1) L. 5 § 8, D. 41, 2.

2) L. Arndts manuale delle Pandette § 262; c. 18, C. VI, 80.

dura in generale. Mentre nel processo ordinario la quistione giuridica di competenza del pretore era separata dalla attitazione innanzi il giudice, decideva allora sovra entrambe l'imperatore. Tal modo di procedere venne presto adottato dai nuovi giudici istituiti dall'imperatore, specialmente nei casi contemplati dalle nuove disposizioni, di guisa che il numero delle *extraordinariae cognitiones* aumentò a segno da introdurre Diocleziano a stabilire come ordinaria l'insolita procedura. Per il che esso ordinò doversi tutti i processi decidere dallo stesso magistrato, cioè dal preside della provincia, al quale era però acconsentito assegnarli ad un giudice da lui dipendente, e che in sua vece sentenziasse, e quindi originarono a poco a poco giudici permanenti e sino collegi composti di siffatte autorità. E regolato fu pure l'appello, sì che l'ultima istanza veniva rappresentata dal *praefectus praetorio* (1).

Il *processo giudiziale penale* (2) il quale nell'epoca precedente, al principio del VII secolo, mercè i giudizi permanenti (*quaestiones perpetuae*) era stato organizzato in armonia al concetto repubblicano dello stato, benchè modificato spesse fiate dalle varie *leges judicariae*, ed in molli riguardi imperfetto, e nel quale l'iniziamento e la condotta del processo erano separati dalla sentenza; venne caratterizzato nell'epoca imperiale pel trionfo del principio inquisitorio.

Epoca quarta.

Da Costantino, alla morte di Giustiniano; 332-565.

L'interno sfacelo dell'impero condusse Costantino nell'opinione, che a porvi riparo null'altro fosse sufficiente se non uno spostamento del punto di gravità spirituale e materiale dello stato. Dopo aver egli, 323, innalzata a religione di stato il cristianesimo, il quale avea mostrata la sua forza imperitura traverso le più terribili persecuzioni, e che si era diffuso in guisa da poter servire di fondamento alla politica, traslocò la capitale, 330, nell'antica Bisanzio riedificata. Il potere terrestre abbandonò Roma, per agevolare il conquistò della nuova potenza religiosa. Per Costantino venne condotto a termine il meccanismo di stato, meccanismo cui Diocleziano iniziava a foggia dell'orientale (3). Bisanzio si ebbe il *jus italicum* e ben presto tutti i privilegi della antica capitale. Ma la lingua latina continuò per lunga pezza ad essere la lingua ufficiale del diritto e dei giudizi, come in generale l'influenza d'Oriente ben poco modificava il diritto privato che sostenevasi per propria forza. Allorquando nel 476

(1) Mainz » *Eléments de droit romain* « I p. 155.

(2) Intorno a questo vedi la storia del processo criminale romano, sino alla morte di Giustiniano, opera di G. Geib, 1842.

(3) Un fedel ritratto della gerarchia degli ufficii e onori, vien porto dal prospetto dell'impero, conosciuto sotto il titolo « *notitia dignitatum* » escito nel principio del V secolo; nuova ediz. di Ed. Böcking, 1840.

l'impero romano-occidentale fu distrutto dai Germani condotti da Odoacre anch'esso il diritto romano venne tolto al suo terreno nativo e trapiantato nella terra greca, per il che tornavagli impossibile qualsivoglia altra sussistenza che quella non si fosse di frutto già maturo e spiccato, onde ne segue essere una tale età quella appunto delle *collezioni*. Nel diritto privato si fe' palese a preferenza il benefico influsso del cristianesimo il quale toccò in molte materie il potere esterno, migliorando in particolar modo l'interno diritto di famiglia (matrimonio, paterna podestà, diritto ereditario), e continuando in proporzioni più gigantesche l'opera incominciata dal *jus gentium* e dall'*aquitas*, quantunque però non giugnesse a cancellare nel diritto romano in varie tendenze il carattere esclusivo ed unilaterale.

Per quanto concerne le vere fonti, giova avvertire riunirsi esse in una sola, nelle costituzioni imperiali, le quali ponendosi a regolare ogni cosa movendo dalla più elevata alla meno, compongono il vero *jus scriptum*, però che Costantino deliberasse dirigere per decisioni imperiali, quanto innanzi veniva assegnato alla libera operosità dei pretori, dei giudici e giureconsulti.

In questo ciclo il diritto privato assume il caratteristico aspetto di regolamento esterno, e di *collezione*. L'interna forza motrice è spenta; la materia giuridica scaturita già dalle varie sue fonti, attualmente che trovavasi estinto il comune spirito interno, ebbe a manifestarsi in tutta la sua svariatezza, dal che naque il bisogno di unità, bisogno cui non fu possibile appagare se non in foggia esterna. Quest'epoca è un succedersi di tentativi d'una siffatta unificazione, continuati sino a Giustiniano (1). Avea Costantino, formato il divisamento di far eseguire certe collezioni di leggi (2); ma non l'pose in esecuzione. Teodosio II e Valentiniano III intesero coll'ordinanza del 426, cui da Ugo in poi suolsi chiamare la *legge citatoria*, a semplificare la matassa delle giuridiche cose, collo accordar forza di legge soltanto alle opere dei 5 giureconsulti dell'epoca precedente, Papiniano, Paolo, Gajo, Ulpiano e Modestino. Al che determinarono quegli imperatori dovesse decidere nella diversità d'opinioni la maggioranza dei voti di essi 5 giuristi, e comè per ciascuna sentenza vi avesse un egual

(1) Questi conati porgono una invincibile testimonianza della confusione e misere sorti dell'interno stato del romano diritto, cui appunto i più intelligenti uomini che presiedevano alla pubblica cosa, nonchè gli imperatori cercavano migliorare, avvegnachè essi fossero maggiormente compresi dal bisogno pratico dei popoli, che non delle scientifiche dispute de' letterati. Che se un grand'uomo come Cesare vagheggiato avea il piano d'una codificazione, ciò mostra in quali incertezze si ritrovasse in allora il diritto. In generale conviene figurarsi ben tristi le pratiche condizioni del diritto a Roma, condizioni cui solo la civile procedura giuridica, avea alcun poco migliorato.

(2) Tal cosa vien dimostrata dalle due costituzioni recentemente scoperte, *1. et. c. cod. Theod. 1, 4 de responsis prud.*, senza che però facciano conoscere più di presso il modo della esecuzione.

numero di pareri, quello di Papiniano dovesse essere prevalente, ordinando inoltre che ove tal parere non fosse formulato con sufficiente chiarezza, fosse libero al giudice di accedere ad una di quelle sentenze che meglio gli tornasse.

Il complesso delle molte *costituzioni* imperiali che trovavansi sparpagliate, venne dapprima coordinato in private collezioni, delle quali le più rinomate furono: 1, quella di un'ignoto *Gregoriano* (*Codex Gregoriani*); 2 la collezione che vi si connette, di *Hermagenianus* (*Codex Hermagenianus* (1)) uscita probabilmente verso la metà del IV secolo.

Un *supplemento* ufficiale delle due raccolte or menzionate e che rimasero perennemente in uso, fu posto da Teodosio II, 438, nel *Codex Theodosianus* (2).

Finalmente dopo che lo stato giuridico avea continuamente peggiorato per quasi un secolo, a cagione che sempre meno si intendessero le opere antiche, che somma fosse la varietà delle fonti, e perchè riescisse sommamente difficile il discernere quanto fosse come troppo vieto abbandonato, da quanto tuttora vigeva, Giustiniano (3) giunto all'impero, 527, romano-orientale, s'adopò con somma energia a coordinare e riunire il diritto tuttora applicabile.

1. Innanzi tutto egli ordinò che i tre *Codici* delle costituzioni imperiali unitamente a quelle emanate dopo Teodosio, si stringessero in un solo *Codex* che venne pubblicato nel 529 sotto il titolo di *Codex Justinianus*.

2. Quindi, dopo che trovavansi già sciolte per 50 decisioni imperiali alcune importanti quistioni di antico diritto, allo scopo di coordinare tutto il diritto ancora opportuno qualunque ne fosse la sorgente, nominò sotto la presidenza di Triboniano una commissione di 17 giurisperiti, la quale secondo l'ordine seguito nell'editto pretorio e nel codice, togliesse da una gran quantità d'opere di 39 dottori, e compilasse e foggiasse per excerpta (estratti) a sistema giuridico il diritto ancora applicabile (ponendo tal volta a simile intento delle aggiunte, modificazioni ed inserti, detti *emblemata Triboniani*). Questa collezione di excerpta (*jus enucleatum*) divisa in 7 parti ed in 50 libri di cui ciascuno era suddiviso in titoli, ebbe il nome di *Pandette* ovvero *Digesto*, detta anche *Codex enucleati juris*, e fu pubblicata il 16 dicembre 529, per essere posta in vigore il 30 dello stesso mese.

(1) La più recente edizione delle due collezioni, è di G. Hänel, Bonna 1837; nella seconda parte del *Corpus Juris Civilis* antej.

(2) La miglior edizione è quella di Hänel, 1842.

(3) Giustiniano era Slavo di origine, e proveniente d'una bassa famiglia del Tauresium. Il suo primo nome era *Uprauda*. Ritter osserva in una nota alla « Heinecii historia juris civilis » etc. § 582; « *Uprauda* vox est slavica et bene per Justinianum exprimitur. Etiam nunc apud slavicas gentes *prauda* justum denotat. » Rettamente viene apprezzato Giustiniano da Am. Thierry nella *revue des deux mondes*, 1, nov. 1854, pa. 427.

3. Mentre promulgavansi le Pandette, Giustiniano conoscendo per nulla acconcie allo insegnamento giuridico le istituzioni di *Gajus*, incaricò *Tribonianus*, *Teophilus* e *Dorotheus* dei quali ultimi due, il primo era professore di diritto a Bisanzio, il secondo a Berito) a comporre un nuovo manuale *Institutiones*, il quale diviso in 4 libri e 98 titoli, ricevette forza di legge nello stesso giorno che l'ebbero le Pandette.

4. Avvegnachè non si ritrovasse armonizzare il Codice del 529 colle Pandette, ed occorressero pure alla composizione di queste, oltre le 50 decisioni, anche di molt'altre costituzioni imperiali allo scopo di conciliare le antitesi e togliere tutto quanto non avesse pratica, utilità, venne esso Codice riveduto, completato e lo si pubblicò il 6 novembre 534 quale *Codex repetitæ prælectionis*.

5. Finalmente emanò Giustiniano nel tratto di tempo che corse dal 535, alla sua morte nel 565, parecchie nuove ordinanze, parte scritte in lingua greca, parte in cattivo latino, dal che ebbero ad essere modificati degli essenziali punti di diritto. Queste ordinanze raccolte subito dopo la morte di esso Giustiniano sono note sotto il nome di *Novelle*, *νῦνταὶ διατάξεις*.

Varii furono i giudizi sulla collezione giuridica di Giustiniano (1). Che se non poniamo in calcolo nè la forma delle disposizioni, la quale è scipita e risente dell'orientale gonfiezza, nè il modo imperfetto con cui fu eseguita la compilazione, e considerando invece la cosa in sé, non si può sconoscerne come il diritto e nel suo intrinseco, e per il più elevato spirito umanitario cristiano, si è innalzato a maggiore grandezza. Le riforme benigne iniziate dai primi imperatori nel diritto delle persone e della famiglia, riforme delle quali ancor una sola porge un valore ben più pregievole che non offrano centinaia di sottili distinzioni dei classici giuristi, furono da Giustiniano non solo sancite, ma condotte ad un più grande sviluppo.

(1) Giudizii assai parziali ed esclusivi furono messi dalla scuola storica contro l'opera di Giustiniano, per l'avversione di quella a tutte le così dette modificazioni. Che se gli storici invece di riferire delle semplici parti, avessero apprezzate a modo le modificazioni *interne* ed essenziali che dall'opera giustiniana vennero introdotte nel diritto, non altrimenti che suolsi fare sponendo il carattere e l'energia del diritto pretorio e della scienza giuridica, tanto il lettore che lo scolaro avrebbero ben più evidentemente compresa l'altezza di quella intrapresa. Il lavoro di Giustiniano segnava necessariamente il termine a tutto il primo sviluppo. Del resto faceva ancor mestieri di qualche cosa di nuovo perchè emergesse la necessità di essa codificazione, e per conciliare le antitesi sussistenti tra l'antico diritto ed il *jus gentium*, nonchè per iniziare degli essenziali miglioramenti. Abbandonato il diritto romano al proprio intimo sviluppo, non avrebber giammai da solo vinte queste contraddizioni; ed il *jus gentium* non sufficientemente coltivato dalla filosofia prettamente romana, ebbe in molti rami a nobilitarsi per le vedute *cristiane* ed *umanitarie* di Giustiniano, ed essere di tal guisa condotte ad eliminare completamente l'antico formale diritto romano. Senza l'opera di Giustiniano, il diritto di Roma non sarebbe per fermo stato accolto dai popoli moderni. — Intorno all'influenza del cristianesimo, vedi Troplong » de l'influence de christianisme sur le droit civil des Romains, Paris 1843.

Per quanto riguarda il *diritto delle persone e della famiglia* vennero favorite le emancipazioni; svanirono le differenze fra gli emancipati; la *servitù* rimase, ma mitigata di molto. Il matrimonio si fu un vincolo morale più severo, quantunque non vi fosse per anco congiunto l'elemento ecclesiastico. Le separazioni rese difficili, il concubinato avvilito. Protetta la dote, e introdotta pure una *donatio propter nuptias*. Sciolto l'antico rapporto romano del potere inerente al marito ed al padre, cessò la tutela del sesso, ed anzi in certi casi anco le donne furono tutrici.

Scomparve la distinzione tra *agnatio* e *cognatio*, col che cessò di sussistere l'antica famiglia romana. La nuova *successione ab intestato* sanzionata dalla novella 118, basterebbe ad assicurare a Giustiniano un perenne onore, per le disposizioni in essa contenute e dedotte dalla natura dei rapporti di parentela.

Nel *diritto sulle cose* cessò la distinzione fra le *res Mancipi* e *nec Mancipi*, fra la stretta proprietà romana e quella *in bonis*, sendo che tutte le cose si tenessero come *nec Mancipi*, tutta la proprietà come romana.

Nel *diritto sugli obblighi* si attribuì ai semplici contratti, *pacta* piena efficacia giuridica. La donazione che divenne pure fondamento di giuridiche azioni, presenta il più vivo contrasto cogli antichi contratti, alla validità de' quali si esigeva sempre una *causa civilis*, riposta originariamente dall'egoismo romano soltanto nella scambievolezza della prestazione. La severità de' modi di stipulare scemossi secondo il contenuto e la forma, e Giustiniano dichiarò valide molte stipulazioni che non lo erano innanzi (per esempio la *stipulatio præpostere concepta*), ed attribuì pure forza di prova ai documenti di contratti stessi in iscritto.

Il *diritto penale* non venne però migliorato, e solo vi si aggiunsero pene atroci contro gli eretici e gli apostati.

Nella *procedura giudiziaria*, la quale venne compiuta secondo la prima tendenza, sorse una nuova giurisdizione ecclesiastica, per la quale non solo decidevano i Vescovi le cose del clero, ma eziandio — in base ad un'ordinanza di Giustiniano — le controversie civili nelle quali avesse parte un sacerdote.

È per fermo l'opera di Giustiniano nulla più d'una compilazione, e non già un sistema fondamentale di leggi statuenti il diritto da applicarsi; chè di cotanto non trovavasi l'epoca sua suscettibile, nè era questa la di lui vocazione. Presso che spento mostravasi lo spirito romano; per la qual cosa la era sublime intrapresa quella di coordinare fra gli estremi palpiti d'una civiltà moriente, e nel raggio d'un'ultima speranza, tutto quanto aveasi ricavato dal ricco e lungo sviluppo del diritto, fondandolo sulle basi del cristianesimo riformatore del mondo morale; e di trasmettere un simile legato alle nuove stirpi chiamate a primeggiare nella storia.

CAPITOLO III.

Breve prospetto delle sorti posteriori del diritto romano.

1. NELL'ORIENTE.

I libri giuridici di Giustiniano vennero ben tosto tradotti in greco, e malgrado lo stranissimo divieto di quell'imperatore, escirono di molti commenti intorno ad essi. Anche *Teofilo*, uno de' tre compilatori delle *Instituzioni* (e maestro di diritto a Costantinopoli), elaborò in lingua greca una pregiata parafrasi delle *Instituzioni*, parafrasi che tuttora possediamo (1).

Giuliano pubblicò in latino un'estratto delle novelle, *epitome novellarum*. Siccome poi il numero delle nuove ordinanze degli imperatori si aumentava incessantemente, così tornava sempre più analagevole l'intendere le collezioni giuridiche giustinianee, le quali oltre a ciò (come osserva Puchta) dovendo nell'impero bizantino applicarsi a popoli e rapporti di vita diversi di molto da quelli ond'esse trassero l'origine, non presentavano se non un'artata sussistenza, e riceveano in pratica mille modificazioni (come accadde più tardi nell'impero tedesco). *Basilio Macedone* pubblicò quindi, 876, un'altra opera di *Instituzioni* (ὁ προκελευστος νόμος ed ordinò si riformasse l'intero *corpus juris* e lo si esponesse in lingua greca, lavoro che venne condotto a termine sotto il di lui figlio *Leone il filosofo*, e si ebbe l'appellazione di *Basiliche* (Βασιλικὴ διαταξίς), 887. *Costantino Porphirogeneta* fece fare una nuova edizione delle *Basiliche* (2). Ne restano poi 113 novelle greche di *Leone il filosofo*, colle quali intese a migliorare varie disposizioni di Giustiniano. L'ultima opera ragguardevole sul diritto greco-romano si è un manuale pubblicato, 1345 da *Harmenopulus* (*Hexabiblos*) che può tenersi siccome una seconda edizione dal *Procheiron* di *Basilio* accresciuta, e che dopo la caduta dell'impero greco conseguì in alcune sue parti forza di legge, ed or pure in Grecia ove le basiliche sono la principal fonte del diritto, trovasi avere autorità di codice.

Dopo che i Turchi conquistarono Costantinopoli, 1453, rimase per la popolazione cristiana in vigore il diritto romano-greco, nè vi ebbero altri giudici che ecclesiastici; ma la scienza del diritto declinò e fu poscia del tutto trascurata.

(1) *Reitz* » *Teophili antecessoris paraphrasis greca* » etc. Hag, 1751, opera tradotta in tedesco da *Wustemam*. 1825.

(2) Un edizione completa oltre gli *Scogli* (*Scholien*) coll'annessavi traduzione latina si è quella di *Heimbach* in 7 vol., 1835 — 1843. — L'uso delle fonti bizantine per il diritto giustiniano è triplice: completamente delle lacune, specialmente nel codice e novelle; critica di singoli passi; ed interpretazioni di ciascuna parte. — V. *Puchta* corso I, p. 719.

2. NELL'OCcidente

Spettava ai paesi occidentali una più elevata missione in riguardo al diritto romano, avvegnachè esso dovesse conservare in que' luoghi alquanto di sua forza, e mercè l'interno merito proprio riacquistare vita novella. Italia, la culla di questo diritto conservollo più studiosamente, com'era naturale facesse, e nel volgere della distruzione dell'impero romano, e mentre fondavansi nuovi stati; facendosi essa il centro da cui doveano partirsi in tutte le direzioni i raggi di quella luce scientifica.

La divisione del diritto in due parti, avvenuta dopo la morte di Teodosio, 395, non ebbe a modificare per nulla il diritto privato. Manco le conquiste delle stirpi germaniche, fondatrici di nuovi regni nelle Gallie meridionali e nell'Italia, non produssero la sospensione del diritto privato, concedendo quei popoli anche ai vinti di vivere secondo le leggi patrie, onde avvenne che nella stessa città i Romani serbassero il proprio diritto, e le tribù germaniche le loro consuetudini.

Ma il diritto romano a motivo di sua elevatezza ed incontrastabili meriti, venne ben presto in sommo onore. Da poichè gli Ostrogoti ebbero fondato in Italia il loro regno, *Teodorico I*, fece eseguire un'estratto, quantunque breve ed incompleto, delle fonti di diritto romano allora conosciute; estratto che venne pubblicato — 500 — qual codice ugualmente obbligatorio per *tutti* i sudditi del regno, *Edictum Theodorici*. Ma venne questo Editto abrogato, e fu riposta in vigore la collezione di Giustiniano, quando Narsete — 553 — ebbe riconquistata l'Italia.

Negli altri stati di nuova fondazione sorsero circa quell'epoca svariate collezioni, alcune del diritto di consuetudine germanica per le stirpi di questa nazione (*leges barbarorum*), altre del sussistente diritto romano valide per i Romani (*leges romanae*). La più importante *lex Romana* era quella che per i Romani del regno Visigoto (la cui capitale Toulouse era sita nella Gallia meridionale), Alarico II, fece apprestare da una commissione di giurisperiti, e sancire da una ragunanza di vescovi e nobili — 506. Questo *Breviarium Alaricianum*, avente anche l'appellazione di *lex romana Visigothorum*, presenta un'estratto del codice di Teodosio, di quello di Gregorio, dell'Ermogeniano e dell'opera di Papiniano. La più meschina raccolta si è la *lex romana Burgundiorum* così detta di *Papiano* (dopo il 517).

Come fu distrutto il regno degli Ostrogoti in Italia (553), ivi si pose in vigore la collezione giuridica di Giustiniano, la quale non perdette del tutto la forza sua nè sotto il dominio dei Longobardi, nè sotto il posteriore dei Franchi e del Papa. Lo studio del diritto romano venne promosso principalmente mercè le scuole e gli istituti d'insegnamento; alcuni de' quali, come sarebbero quelli di Roma e Ravenna sembrano essere stati fondati appositamente per l'istruzione giuridica (1).

(1) Vedi l'opera principale di Savigny » storia dell'impero romano nel medio evo « I vol. 1815 — 1831; 2. ediz. dei 3' primi volumi 1834.

Per più secoli non trattossi se non di conservare il materiale ereditato. Ma come sul principio del XII secolo incominciò ad agitarsi uno spirito di indagine nelle scienze, come Abelardo leggendo teologia e filosofia a Parigi (1079-1142) radunò intorno a sè da tutti i paesi numerosissimi scolari avidi di sapere, sorse a Bologna fondata da *Irnerius* (verso il 1120), e quindi in altri luoghi, una scuola di giureconsulti i quali seguendo la nuova direzione nello sviluppo della vasta materia giuridica, ebbero a manifestare una forza spirituale, che malgrado non fosse quasi per nulla aiutata da alcun' appoggio letterario e storico, tuttavia, e per l'acutezza dello intelletto, e per la dote sintetica, e pel tatto pratico, appare quasi come una rivelazione del giuridico intelletto romano (1), dal che ne venne possentemente modificata la scienza del diritto nei successivi secoli fino a' giorni nostri. Questi giuristi chiamansi *glossatori*; però che al *Corpus juris* (titolo che da essi deriva) contenente il *Digesto*, il *Codice*, 97 *Novelle* e le *Instituzioni* nonchè i *libri feudarum*, apponessero brevi osservazioni, *glosse*, componenti un continuo commento. Siffatte glosse furono riunite da uno degli ultimi celebri glossatori, *Accursius* (intorno al 1260), ed il *Corpus juris* glossato, fu poscia accolto nei giudizi, i quali aveano riguardo e praticamente usavano solo di quei testi, che si ritrovavano in tal foggia illustrati; *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*.

All'epoca de' glossatori se ne congiunge un'altra nuova, la quale misurasi dal secolo XIII al finire del XV, cui puossianco nominare *l'epoca scolastica della scienza del diritto* — nel qual tempo fu pure in onoranza la filosofia scolastica —, ed i principali rappresentanti suoi sono *Bartolus* (1357) (dove i Bartoliani) e *Baldus* (1400). Gli accorsi alle lezioni dei glossatori, nonchè i maestri di diritto venuti dopo, tra i quali tutti trovavansi di molti stranieri, diffusero la cognizione, l'amore e lo studio del diritto romano anche in altri paesi, specialmente nella Francia, Paesi Bassi, Spagna, e molto più tardi in Germania. Esso diritto coltivossi ben presto in Francia con sommo amore, nelle cui regioni meridionali qual *pays de droit écrit* in contrapposizione alla parte settentrionale o *pays coutumier*, trovavasi avere, forza di legge. Luigi il santo, 1226-1270, fe' tradurre in francese il diritto romano; e quantunque il Papa Honorius II (1220) proibì-

(1) I glossatori i quali così meschine storiche cognizioni si avevano da accennare nella glossa ad nov. 47. c. 1. a Giustiniano come a contemporaneo di Gesù Cristo, vanno però distinti per somma forza indagatrice dei principii, come per una incessante imparziale osservazione de' bisogni pratici della vita. I glossatori più rinomati erano: *Guarnerius* ovvero *Irnerius* (avanti il 1140); *Bulgarus* (1166); *Martinus Gosia*, i quali ultimi due fondarono due scuole celebri per le loro giuridiche controversie, sendo poi rinomata la scuola di *Bulgarus* per la glossa di *Accursius*, e quella di *Martinus* per essere spesse fiate preferita nel diritto canonico; *Ugo de Porta Ravenate* (1168); *Jacobus de Porta Ravenate* (1170); *Albericus de Porta Ravenate*; *Azo* (1229); *Jacobus Balduinus* (1252); *Accursius* (circa il 1260); *Odofredus* (1268).

se in Parigi lo studio di tale diritto, perchè trascurato veniva per esso il diritto canonico, tuttavia con tal divieto non s'ebbe alcuna efficacia. Sullo scorcio del secolo XVI sorsero in Francia due celebri maestri di diritto, *Jaques Cujas* (Cujacius, 1590) fondatore d'un nuovo metodo *esegetico e storico*, e *Doneau* (Donellus, 1591) il primo che trattasse in modo degno di elogio *dogmaticamente* il diritto romano.

Anco ne' paesi bassi si trattò scientificamente il diritto romano. I più rinomati giureconsulti sono: *Arnoldo Vinnius* (1588-1657); *G. Noodt* (1728); *Antonio Schulting* (1734) e *van-Bynkershoek* (1734).

In Germania fu accolto il diritto romano ed a cagione del suo vero merito, ed anco perchè teneasi l'impero romano-tedesco per una continuazione dell'impero romano. Ed ivi fu introdotto dai dottori nei tribunali, presso i quali trovavasi in vigore prima che — 1495 — per la istituzione del tribunale delle camere dell'impero, i giudici (formati da 8 sapienti di diritto estero, e da 8 cavalieri quali rappresentanti del diritto germanico) venissero abilitati a sentenziare secondo il diritto comune e quello dell'impero.

Il diritto romano venne in Germania, ove ebbe tardo sviluppo, modificato per molti pratici cambiamenti, ed ebbe ivi pure a segnare il principio della grande rinascenza scientifica; ma però non si pose come perpetuo ostacolo alla legislazione nazionale, sibbene quale forza spirituale ajutatrice. A inisura chè i popoli germanici recarono la distruzione nello impero romano, formandone un nuovo colle sue ruine vivificate da giovani elementi, pare che simultaneamente lo spirito di quelle genti intendesse a spastoiare il diritto romano che in alcune parti importantissime avea di già a causa del diritto canonico espiato il *rigor civilis* secondo l'espressione della chiesa — dalle sue esclusive ed unaterali tendenze, a riformarlo con nuovi principi di diritto germanico, e a farlo riconoscere soltanto per una sola parte, quantunque essenziale, di una scienza giuridica più elevata.

In questo processo dello sviluppo del diritto romano convien distinguere parecchie epoche, nell'ultima delle quali domina specialmente la direzione *filosofica* che caratterizza lo spirito tedesco.

Il *primo tempo* d'una scientifica elaborazione del diritto romano, dopo che questo veniva messo in pratica come diritto sussidiario applicato a tutti quei rapporti giuridici pe' quali non vi aveano apposite leggi germaniche, ha principio col cominciare del secolo XVII, per l'impulso di molti dottori tedeschi, i quali ebbero a ricevere quella legislazione dall'estero, e specialmente dai francesi Cujas e Donneau, nonchè dagli olandesi Vinnius e Noodt. In questo ciclo il quale ha termine con Leibnitz ovvero con Thomasius, non si va per nulla investigando il rapporto del diritto romano verso il germanico, quantunque in pratica vi avesse la coscienza di una essenziale diversità fra il diritto straniero ed il patrio, e si sentisse vivissimo il bisogno di recare al primo delle modificazioni. Il diritto romano manifestasi semplicemente quale *jurisprudentia romana*

in foro germanico. Quantunque si osservasse il così detto ordine legale nello svolgimento dei libri di diritto romano, si fa però però palese la scientifica tendenza tedesca nel coordinare gli assiomi comuni alle due manifestazioni giuridiche, e ciò all' intento di *preparare un sistema* del diritto.

La seconda epoca comincia propriamente con *Leibnitz*, avvegnachè questo per le sue speculazioni giuridiche e per l'opera (1668) « *nova methodus descendæ docendæque jurisprudentiæ* » influisse di molto sovra il di lui contemporaneo *Thomasius*; in oltre mercè *Wolff* il propagatore della dottrina filosofica di *Leibnitz*, questo ebbe ad ottenere somma importanza su tutta la scienza del diritto. Quinci origina la vera tendenza filosofica esprimentesi in diverse fasi, una formale logica, una dogmatica, ed un'altra specialmente critica, tutte e tre però pressochè esclusivamente esterne, essendo che poco si penetrasse l'intima natura delle istituzioni giuridiche. Questo ciclo abbraccia la scuola di *Wolff* ed in parte quella di *Kant*, e si chiude col sorgere della scuola storica.

Thomasius (1655-1728) il quale — come *Hugo* giustamente osserva — promosse una rivoluzione nell' interno studio del diritto di Germania, caldo avversario dei processi delle streghe, della tortura e di molti altri pregiudizi, ed il primo che porgesse lezioni in lingua tedesca, iniziò vigorosamente una più profonda trattazione scientifica e metodica del diritto. Occorrono in questo tempo uomini chiarissimi: *Heinecius* (1741) che in siffatta epoca si fu quello maggiormente conosciuto; i due *Böhmer*, padre e figlio; *Leyser* (1752); *sam. d. Cocceji* (1755). Indi gli stoici del diritto, come: *Gio. Aug. Bach* (1758). Ultimi vengono quelli che esposero in compendii le *Pandette*, fra i quali *Hellfeld* (1782) e gli altri che in generale si attennero maggiormente ad una dogmatica trattazione, cioè: *Westphal* (1792); *Hofacker* (1793); *Höpfner* (1797); *Hoch* (1808); e *Glück* (1831).

Veggiamo in tale epoca formare il diritto romano tanto in teoria che in pratica, la parte più importante del diritto comune; ed abbracciarsi praticamente varie istituzioni giuridiche romane, abbandonando perciò le analoghe tedesche, (per esempio il sistema dotale romano pose in disuso la comunione de' beni, ed il mutuo sostituì la compera delle rendite). Tuttavia si fa più sentita la coscienza delle diversità tra il diritto romano ed il germanico, e quest'ultimo si eleva ad oggetto di trattazione scientifica e di cattedratici discorsi. *Gärtner* e *Schiller* pubblicarono, il primo « lo specchio sassone », il secondo quello « della Svevia »: ed *Heinecius*, *Pütter*, *Runde* scrissero dei compendii del diritto privato tedesco. Col destarsi dello spirito alemanno nello svolgimento del diritto germanico, rendesi evidente il principio essere le leggi romane applicabili solo parzialmente, e molte di esse doversi perciò abbandonare; e da questa novella conoscenza nasce in molti stati il desiderio d'una legislazione tedesca, la quale assorba tutta quanta la materia giuridica romana che trovasi opportuna; desiderio che in varia guisa venne soddisfatto in Baviera, Prussia ed Austria.

Ebbe la filosofia critica di *Kant* molta efficacia sovra di *Hugo*, il quale con novello spirito critico eliminò per il primo dall'intera scienza giuridica romana molti errori tradizionali, « chiedendo come Savigny intorno a lui s' esprime — a ciascun concetto ed assioma di diritto la origine sua. » Il criticismo kanziano influi quindi moltissimo sul modo di trattare il diritto del Lazio, quantunque stringesse un tale studio entro limiti *formali*, il che manifestossi nella elaborazione dogmatica indipendente dal così detto ordine legale, nonchè in lavori didascalici e manuali foggiali sistematicamente, libri tutti ne quali la materia del diritto romano viene spesse volte divisa ad arbitrio secondo alcuni concetti esterni, *formali* e logici, come veggiamo in *Heise* (1831), *Schweppe* (1829), *Mackelley* (1834), in parte in *Mühlenbruch* (1843), ed in ispecial modo in *Thibaut* (1772-1840) il più distinto rappresentante di siffatta tendenza.

La terza epoca incomincia colla *scuola storica*, che venne inaugurata dalla operosità critica di *Hugo* nel 1788, e raggiunse la massima grandezza mercè lo spirito critico di Savigny, dottrinario creatore e regolatore. L' opera di Savigny « sul diritto del possesso » (1803) formulò questa nuova tendenza. Impertanto la scuola storica come reazione contro il formalismo astratto della teoria di diritto naturale, e dello sviluppo formale filosofico del diritto romano, cercò di studiare questo sistema fuori di se stesso, nello spirito di sue istituzioni e principii, e di ricostruirlo ne' suoi momenti speciali mercè il lume della storia. Dopo che fu scosso il giogo straniero, sorse pressochè da tutti un dimando d' un codice universale tedesco al che essa scuola si oppose colla dottrina di un progressivo perfezionamento del diritto, perfezionamento alla cui effettuazione crede necessario lo sfuggire le codificazioni, epperò sforzossi di mostrare gli errori nei quali incorsero i codici moderni in molte gravi materie, ed intese a rendere viepiù pregievole gli imperituri concetti giuridici che ne sono porti dal diritto romano. E per vero il diritto tedesco può andare superbo di una trattazione profonda e storica, poscia che *Eichhom* nella sua storia alemanna « dello stato e del diritto » vi diede l'impulso; ma l' attività diretta con preferenza al diritto romano ed evidentemente non curvole del tedesco, era volta ad eliminare anche dalla pratica alcuni principii che apparivano contrari a quel sistema giuridico o che appoggiavano sovra un frantendimento di esso, e che fondavansi essenzialmente nel diritto germanico e nella consuetudine. Impertanto il diritto tedesco quantunque non venisse completamente abrogato, non lo si ebbe a considerare se non in relazione al diritto romano; e dal punto di veduta di questo. Il che riesci ad eccitare la scuola storica romana, contro la tedesca, si che i fautori di questa (1) cercarono mercè una elaborazione profonda e illuminata dalla storia, svolgere le istituzioni giuridiche patrie, e dar loro un pratico valore. La *contrappo-*

(1) Intorno a questa scuola ed i principali seguaci suoi, vedi la fine della storia del diritto tedesco in quest' opera.

sizione tra i fautori dei due sistemi passò per molte fasi, ed alla fine condusse ad una novella e più gagliarda lotta di principii, avvegnachè quelli che sono presentemente teneri del diritto tedesco, cercano perfezionarlo e secondo lo spirito suo ed i suoi pratici bisogni, declinando assolutamente dal diritto romano. Ma le due antitesi, sulle quali per dire il vero fa mestieri gittare ancora di molta luce, non potranno conciliare se non per principii superiori, che solo ponno esser porti da una filosofia del diritto la quale sappia comprendere i rapporti della vita e del reciproco avvicinamento degli uomini, e che si basi sulla storia e sopra una continuata comparazione del diritto romano col tedesco. (1)

Presentemente trovasi di già iniziata una nuova epoca, la quale conciliando le contrapposizioni tutt' ora sussistenti potrà dirsi filosofico-storica, e col perfezionare una giurisprudenza comparata anellerà ad introdurre nella tendenza pratica delle riforme necessarie, proponendosi perciò a meta una *legislazione universale tedesca*. Ed il vivissimo contrasto fra le due direzioni ebbe già a scolorare in guisa, che ormai i più rinomati rappresentanti di esse, riconoscono la necessità di collegare la filosofia collo studio storico positivo. Col che per dire il vero non si fece che il primo passo di ravvicinamento. Del resto l'alta importanza non solo teoretica ma anco pratica della cosa, la sublimità della scienza, ed i sinceri conati ad una vera colleganza, comandano di non si abbandonare ad illusioni d' un accordo che in realtà non sussiste. Nè qui è solo argomento di una mera coesistenza esterna. Del resto non si avvantaggerebbe la scuola storica, qualora la si svolgesse esclusivamente in un modo esteriore, e ad un tempo si approfondisse la speculazione giuridico-filosofica; perocchè questa ritrovasi perfettamente opposta alla credenza fondamentale storica, da cui si ammette uno sviluppo graduato derivante dai rapporti della vita siccome rappresentanti il costume complessivo di un popolo. Dal suo lato manco la filosofia giuridica andrebbe contenta se venisse trattata solamente come una maniera di ginnastica spirituale, oppure quale logica formale applicata alla sfera della scienza del diritto, e le si rifiutasse l'attitudine ad instruire e determinare idee giuridiche e ad apprezzare la storia e la data condizione del diritto. La filosofia giuridica, fatta astrazione da alcuni traviamenti ingenerati fin qui in qualsiasi sviluppo dall' amore degli eccessi, ha la missione di tutelare il retaggio di un luminoso passato, e può con orgoglio accennare ai risultati, che si manifestano nella diffusione di principii umanitarii, nel conato

(1) I principali scrittori moderni nella sfera del diritto romano, i quali più o meno seguissero la tendenza storica, sono: Haubold, Bethmann-Holleweg, Biener, Blume, Burchardi, Dirksen, Göschen, Elvers, Hasse, de Löhr, Marczell, Widle, Zimmeren, Roshirt, Schrader, Warnkönig, Waller, Wächter, Seuffert, Sintenis, Haimberger, Unterholzner, Franke, Ribbentropp, G. E. Puchta, Pügge, Arndts, Sell, Ed. Böcking, de-Vangeroid, Keller, Kirruff, Ihering, Leist ecc.; — in Francia: Klimrath, Giraud, Laboulaye ed Ortolan; nell'Olanda: Holtius, van-Tex, van-Assen, de-Wal, Vreede; nel Belgio: Nolitor e Mainz.

a togliere molte disarmonie sociali, nella cardinale riforma del diritto penale, e finanche nelle stesse nuove legislazioni positive. Per il che al bisogno che andiamo studiando, non è dato essere soddisfatto se non per un collegamento razionale tra la filosofia del diritto e la investigazione storica positiva. Al quale intento fa mestieri che d' ambo i lati si effettuino delle necessarie condizioni.

La filosofia giuridica ha da mostrare come l'idea che serve di base al diritto da essa speculazione stabilito, la è una idea della *vita*, avente come la stessa vita le radici sue in un principio supremo ed in forze fondamentali essenzialmente immutabili e tali che nel tempo gradatamente s'incarnano, e che perfezionansi anco nei rapporti della vita e ne' costumi progressivi. La filosofia del diritto di Kant, malgrado abbia in molti punti resa facile la materia, e le sia inerente l'incontrastato merito d' un metodo filosofico severo, e d' una esatta e profonda definizione dei concetti, tuttavia non potè rispondere alle esigenze che andiamo determinando, però che trovasi avere il vizio essenziale di una soverchia separazione del diritto dell'etica, nè siasi internamente conciliata colla storia. La filosofia di Hegel, mercè la teorica razionale dello sviluppo progressivo dello spirito dell' universo, teorica la quale ha in se di molti altri errori, confuse in siffatta guisa la filosofia colla storia, che veramente perdono entrambe la propria indipendenza, e veruna d' esse afferra la propria meta. Stahl a dirè il vero si attaccò strettamente alla scuola storica, meno forse per il di lui concetto giuridico che trovasi ristretto in se, quanto per altri momenti della sua dottrina etica; ma nemmeno in tal sistema, la filosofia e la storia toccarono la dovuta indipendenza, nè furono altrimenti soddisfatte. La filosofia giuridica di Krause accolse nel concetto del diritto stesso il principio della vita, che in vari modi atleggiassi in armonia al costume progressivo. Ma questa dottrina a cagione delle sue argomentazioni profonde ed etiche, fu poco gradita ai giuristi di Germania (1), i quali più che non avvenga presso

(1) R. *Mohl* il quale in una critica della mia fil. di dir. edita negli annali di Aidelberga, 1840, se' noto pel primo il valore della scienza di diritto e di stato di Krause, predisse a ragione che la maggior parte di quelli i quali insegnano la filosofia giuridica, non si lascerebbero tanto facilmente condurre in errore nè si acconterebbero tranquilli « alla beatificante dottrina di Kant, Hegel e Stahl. » Del resto fra i veri filosofi avvenne un' importante variazione, avvegnachè tra essi si faccia ognor più famigliare la filosofia del diritto. I. H. *Fichte* accettò nel suo sistema etico, 1810, parecchi efficaci concetti etici fondamentali di Krause. Uno de' più distinti rappresentanti della dottrina di Hegel, il prof. *Erdmann*, dipinge nella sua « storia della filosofia moderna » Hegel e Krause come i due filosofi i quali soltanto, malgrado l'opposta tendenza, assomigliansi per un sistema perfetto in ogni parte; ed osserva pure come Krause venisse, per gli studi nella filosofia pratica, in ispeciale e durevole vanto, il che è privato dal numero ognor crescente dei suoi seguaci, cui Erdmann chiama « plagiarì. » Il prof. *Hoffmann*, l'avversario di qualsivoglia tendenza materiale nella speculazione, osserva intorno alla filo-

altre genti colte, per la prisca aberrazione filosofica e le presenti agevolzze, trovansi mancare di studi metodici e speculativi. In oltre la teorica di Krause abbisogna di perfezionamento e deva esporre con maggiore esattezza il di lei rapporto colla storia; ed è appunto a tale intento che si fanno novelli sforzi per raggiugnere in questo senso una migliore conoscenza. Indi emerge non avere dal suo lato la filosofia del diritto risposto completamente alle esigenze della colleganza dei due sistemi.

Ma anch'essa la scuola storica non s'è per anche posta sulle vie d'una vera conciliazione. Al penetrante ingegno dei più eminenti rappresentanti di questa scuola non venne fatto scorgere, come vi abbiano de' veri fondamenti giuridici, i quali non sieno afferrabili da storici studii, ma solo per una nozione filosofica, della natura umana e della vita. E quando, poichè fu rifiutata la dottrina astratta filosofica del diritto, si conobbe necessario ricorrere alla vera fonte, l'uomo, si trovò debole di molto il metodo filosofico, ed ebbesi a desiderare l'accordo nelle idee fondamentali. Così presso Savigny che offerse svariati modi di trattare le singole parti con subordinazione a concetti generali, scorgiamo avere esso insufficientemente e non senza errore dedotta l'idea giuridica dallo spirito e dalla coscienza popolare, e portone nella parziale determinazione del diritto una rifusione del concetto kantiano anco più vagamente che presso Kant non si ritrovasse. Appo Puchta è ben più sentito il regresso ad una dottrina giuridica subbiettiva, affine assai a quella di Fichte, e manchevole d'ogni profondità di metodo. Altri a Stahl, altri ad Hegel accedettero. Del resto un siffatto volgere a teoriche altrui gli è pressochè esclusivamente esterno, non sendosi improntati a qualche speculazione filosofica, se non alcuni concetti, applicandoli poscia a proprio talento. Ma la gran maggioranza fu incurevole, d'ogni maniera di filosofia, nè tolse se non alcune indispensabili nozioni che a Savigny ovvero a Puchta.

Secondo l'attuale stato delle cose non si avrebbero a vagheggiare se non lievi speranze, che dallo interno della scuola storica possa partirsi un moto d'avvicinamento alla filosofia del diritto, se non fosse che alcuni fatti che ricevono d'ora in ora maggiore efficacia, nè che è dato per niun modo eliminare, non acconsentissero migliori speranze. E questi fatti sono in primo luogo lo studio e la esposizione iniziata dalla scuola di Hegel ed ora continuata da fautori del diritto romano, dei *principii fondamentali di questo diritto*; poscia il continuamento sempre più necessario della *conciliazione* in parte già cominciata da fautori del diritto tedesco, fra il diritto romano, il germanico e le novelle legislazioni, finalmente la co-

sua filosofia del diritto nella prefazione alle opere del suo maestro Bader 1832, p. 22: «Avvi forse filosofia del diritto e dello stato basata sovra principii più profondamente meditati, e più grandiosa di quella di Krause?!» E poscia aggiunge: «L'alto merito di essa verrà pienamente a manifestarsi, quando sia condotta a termine l'importante opera del prof. Ahrens: la filosofia del diritto e dello stato.»

dificazione imminente anche a quegli stati alemanni che non possiedono leggi proprie; tre fatti che di necessità conducono alla filosofia del diritto.

Per il diritto romano, che Hegel studiosi il primo di concepire secondo l'interno suo carattere, e che Stahl apprezzò con saggezza in alcuni momenti importanti, venne indubbiamente introdotta, sulla base propria della scuola storica, una gagliarda investigazione che abbraccia con più profondità le idee vitali e la natura delle istituzioni di esso sistema giuridico (1). E questa indagine cui fa mestieri continuare, ed ancor più il giudizio filosofico ed etico sul diritto, verrà mai sempre mostrando la necessità di una salda e profonda base giuridica filosofica.

Prima che anco il diritto germanico venisse studiato con simil metodo nella sua essenza, erasi già tentato determinare la *differenza fra i principii* suoi e quelli di jus romano, nonchè di porne in vigore le parti principali. Ma ben presto si conobbe che s'anco è mestieri investigare profondamente il diritto tedesco per entro la sua natura, l'apprezzamento e la conciliazione d'ambidue i sistemi giuridici non può aver luogo se non sulle basi di una filosofia di diritto, la quale gli importanti concetti della vita che storicamente si formarono nel diritto romano e germanico e che manifestansi in molteplici speciali rapporti, assuma e coordini in un'idea superiore etica della vita umana e sociale, che faccia sentire nel contrasto — senza dubbio soltanto parziale — dei due diritti, la necessità di un completamento. Per vero le generali ricerche se il diritto tedesco consideri i rapporti etici della vita, di più che il romano non usi, se questo — come erroneamente si volle sostenere — faccia totale astrazione dai momenti morali lasciando che il mero arbitrio generi il diritto ecc., non possono venir sciolte se non per esatta determinazione del concetto del

(1) Ciò venne di già effettuato da *Rod. Thering* nella sua opera più volte citata « lo spirito del diritto romano nei vari gradi del suo sviluppo » I, par. ed. 1832, II, par. ed. 1834. Egli si attenne bensì strettamente ad Hegel in riguardo alle nozioni fondamentali filosofiche, ma queste poi elaborò e svolse con indipendenza nel materiale storico per lui raccolto. Quest'opera a motivo della profonda nozione del diritto del Lazio andrà sempre vantata come splendido lavoro. Siccome poi essa espone assai bene e con somma accuratezza il carattere fondamentale di quel sistema giuridico nelle importantissime origini sue, così pare sia ben più acconcia a far conoscere l'interna natura delle più essenziali istituzioni romane, di quello che non li sieno molte opere dogmatiche e storiche che si dilungano e smarriscono ne particolari; per il che lo studioso ritroverà in esso lavoro un componimento necessario dello studio dogmatico e storico. Sulla applicazione dei concetti filosofici può essere benissimo che vi abbiano svariate opinioni; ma chiunque vagheggi una sintesi della speculazione e della storia, dovrà saper grado a Thering, come esprimersi Röder, d'aver manifestato con somma energia il desiderio di assumere in esame l'insieme del diritto romano; di considerare lo svolgimento suo costante, le idee fondamentali da cui si diparte, e dell'aver additato in modo lusinghiero a' contemporanei da molto tempo svezziati a tale occupazione, la vera via per giungere a tanto scopo.

diritto e della moralità, nonchè della relazione (quand'anco compresa superficialmente) di essi, com'anco della base originaria e dello scopo del diritto, ecc. A ciò si aggiunga che se, come non puossi negare, il diritto germanico non separò la parte giuridica che concerne le sostanze, in tanti rapporti ed istituzioni proprie e specialmente sociali, nè del tutto astrassela giammai dalle relazioni morali giuridiche, torna conveniente far calcolo d'una tale differenza. Finalmente a' *tempi nostri* in cui svilupparonsi molti novelli modi di contatto e colleganza fra gli uomini, modi non conosciuti al diritto romano ed all'antico tedesco, fa mestieri vengano ammessi ed apprezzati dei rapporti economici nazionali, fin qui tanto trascurati nello studio giuridico.

Ed ormai veggendosi come si faccia sempre più grande la confusione giuridica nella maggior parte degli stati alemanni, sentesi il bisogno di venire ad una *codificazione di diritto* universale, quantunque sulla prima la si divisasse solo per alcuni stati; ed a siffatta codificazione sembrano accedere anche i fautori del sistema romano, però che la riguardino siccome destino inevitabile. Ma dessa fin qui non cessa d'essere una difficile impresa, non sendovisi adoperata la scuola romano-storica se non se pochissimo, sia con intenzione diretta, sia per favorire la scienza, imperocchè in luogo di considerare la dottrina romana dal punto di vista della vita, quella scuola guardò la vita solo traverso i concetti romani. Ma questi se pur furono compresi secondo lo spirito del diritto romano con maggiore esattezza e profondità di prima, sendo incompleti ed esclusivi trovansi sì poco acconci ad una nuova legislazione, come appunto non l'erano quelli già sussistenti e che dovettero unirsi nelle principali materie alle nozioni germaniche. Nella scienza non avvenne per anco veruna conciliazione tra il diritto romano ed il tedesco. Per il che non trovarono i recenti esperimenti di legislazione se non un fiacco sussidio nella nuova scienza alemanna, onde fu loro d'uopo attenersi alle moderne legislazioni le quali — malgrado i poco favorevoli giudizi — sorsero sotto l'influenza delle prische dottrine giuridiche filosofiche, e specialmente si rivolsero al codice austriaco come quello che più d'ogni altro porge dei principii generali, quantunque però concepiti in forma troppo astratta. Che se invece si fosse condotta a perfezionamento una scienza giuridica *comparata*, senza recar danno alla fondamentale investigazione del diritto romano e tedesco, o sulle basi di un giusta valutazione di questi due sistemi in armonia alle attuali esigenze della vita, sarebbe stata la scienza di grande aiuto pratico, ed avrebbe offertti dei punti di vista direttivi per una nuova legislazione, ed anco del materiale sommamente idoneo: Una tal scienza di diritto comparata, che già da lungo tempo applicossi con felice successo al diritto penale, avvegnachè questo debba la sua riforma alla filosofia giuridica e sia sempre più conformato allo spirito filosofico, sta come invincibile bisogno anche nella sfera delle cose civili, perchè trovasi essa scienza necessaria non solamente a preparare una nuova legislazione, ma anche a condurre a miglioramento quella attualmente in

vigore. Con ciò si presfigge pure alla filosofia del diritto una nuova ed elevata missione. Siccome essa favoreggiò da prima essenzialmente la legislazione, quantunque si trovasse nei primi stadii di suo sviluppo, così ora spetta a lei che accoglie il diritto nell'intima relazione colla vita e coi rapporti di questa, di stabilire il regolo supremo per la comparazione e l'apprezzamento de' varii concetti giuridici, di agevolare la via all'attività legislativa, e di far opera perchè le moderne legislazioni vengano foggiate e svolte non sul modello d'un prisco diritto unilaterale, ma bensì poste in armonia allo spirito di progresso che le informa, ed ai bisogni della vita e dell'avvicendamento degli affari.

CAPITOLO VI.

Breve apprezzazione giuridica e filosofica del diritto romano (1).

La valutazione del diritto romano abbraccia necessariamente: 1) il giudizio *storico* di esso diritto cui viene considerando secondo quanto da questo sistema giuridico venne incarnato nell'universale sviluppo storico, nonchè a tenere dell'intimo carattere del suo interno svolgimento nel tempo; 2) la *stima* del diritto romano in se stesso, cioè nel contenuto e forma sua; 3) l'esposizione dell'efficace *influenza* che desso si ebbe nel condurre a perfezionamento il diritto di parecchi popoli moderni, ed in particolare quello tedesco; come pure il suo *pregio* in riguardo allo studio ed alla vita giuridica del *presente*.

§ 1. APPREZZAMENTO STORICO.

1. Dietro l'esempio di Hegel, la missione storica universale dello spirito romano venne ne' tempi moderni pressochè da tutti riposta nella *incarnazione della idea del diritto*; (2). Se però non vuolsi che debba questa opinione urtare colla storia e colla indubbia verità per cui sappiamo, regolare ogni popolo pel diritto, secondo le proprie credenze ed il costume, variamente le essenziali condizioni della vita, epperò esserne il diritto la più sincera espressione; devesi pur ritenere avere il genio popolare romano innanzi tutto reso indipendente il diritto nel jus di stato ed in quello privato, recando specialmente a perfezione quest'ultimo.

(1) Intorno a ciò, vedi in generale: *Hegel* « prelezioni sulla filosofia della storia » II. ed. 1846; *Gans* « diritto creditario; *Stahl* « filosofia del diritto » II, 1 appendice; e specialmente *Jhering*.

(2) Lo stesso dice *Stahl*: « La è ormai una convinzione diffusa e giusta, avere da prima il diritto romano *realizzato* a preferenza nella storia universale *l'idea del diritto* »; e nella nota aggiunge: « Tale convincimento ingenerato dalle grandiose ricerche storiche de' tempi nostri, venne primamente espresso con chiarezza e precisione da Hegel. » Osserva però « che desso non può trovare giusto e vero il giudizio morale di Hegel intorno ai Romani considerati in contrapposizione ai Greci. »

Siffatta tendenza a sviluppare lo stato ed il diritto, non conviene spieghi dal modo onde trasse l'origine Roma, nè quindi dal di lei » *principio di rapina* » come pensa erroneamente Hegel, e manco dagli svariati elementi concorsi a formare la nazione; ma invece è mestieri derivarla dall'interno carattere, cioè dalla direzione fattasi predominante in tutto il popolo romano, dai rapporti finiti e condizionati della vita esterna, dallo sforzo di sopporre ogni cosa a queste esterne mete, di afferrare il tutto con chiaro intendimento e di attuarlo per energica volontà. Tale tendenza condusse progressivamente a *segregare* la vita dello stato e del diritto dalla *religione*, ed in parte anco dal *costume* e dalla *moralità*, e fe' che il popolo romano rappresentasse negli antichi tempi l'astrazione di stato e di diritto. Essa direzione manifestossi fin da principio nel concetto della vita e del diritto, ad aquistò sempre maggiore tenacità, come ora verremo esponendo, palesandosi specialmente nella *religione*.

Non altrimenti che avviene in tutte le fasi primitive della vita de' popoli, trovansi anche a Roma negli antichi tempi congiunti intimamente tra loro, religione, costume, stato e diritto. Tuttavia malgrado siffatto vincolo, ivi si fa palese la preponderanza della vita dello stato. Nelle colonie fondate da Roma fiacossi l'elemento religioso, e nella difficile fondazione del nuovo sistema comunale in cui entravano svariati componenti, fu pur mestieri che la mente si rivolgesse pressochè esclusivamente al nesso di stato. Di tal guisa religione e culto assunsero fin da principio un carattere esterno presso i Sabini ed i Latini, aventi molte qualità comuni con altre stirpi ariche (indo-europee, Indiani, Persi e Greci), come p. e. il culto delle stelle e del fuoco, (il qual ultimo servossi a Roma nella devozione pel fuoco di Vesta), e la purificazione. E la colonia degli Etruschi partitasi da uno stato in decadenza, quantunque fosse già stato fiorentissimo, recò bensì indubbiamente a Roma molti ingegnosi provvedimenti, e per vero più fina politica ed arte di governare; ma con questo portovvi purè oltre il tetro culto volto alla magia — che però non potè allignarvi —, le esterne forme e cerimonie religiose, le quali ben ragionevolmente vengono dagli stessi Romani derivate dalla capitale etrusca Cære. A cagione di sua fiacchezza ed esterilità dovette la religione rinunciare ad ogni influenza direttiva e determinante, però che lo stato nel suo sviluppo assorbisse tutte le forze; ma essa però rimase in tale onoranza che fino al cadere della repubblica nessuna cosa di gran momento si intraprendesse, senza che la religione non si consultasse. Ma ogni spinta, ogni iniziativa, dipartesi sempre a Roma esclusivamente dallo stato e dalle autorità da questo costituite. E innanzi tutto al re spetta la dignità di sacerdote supremo *rex sacrorum*, (come fuolsi anche derivare *rex* da *εξενν*, sacrificare), ma per quanto riguarda le forme esterne, trovasi soggetto al *rex sacrorum*. Siccome tra gli ufficii sacerdotali, quelli che aveano prettamente questo carattere, come i Flamini, i collegi dei Salii e degli Aryali furono fin da principio così inconcudenti che rimasero estranei alla lotta dei partiti, laddovè i collegi che eserci-

tavano un' influenza di stato, come i Pontefici, gli Auguri, i Feciali (pei rapporti di diritto internazionale, per la conservazione dei libri Sibillini (1)) dovettero accogliere nel proprio seno i plebei dopo la lotta che questi vinsero per esservi ammessi; perciò a siffatte cariche non andava congiunto un *imperium* come avveniva per tutte le altre funzioni civili. L'influenza di quei collegi e di quelle persone era resa necessaria, come giustamente si osservò, per l'obbligo loro imposto dallo stato di esercitare le funzioni loro.

Finchè mantenessi viva la credenza religiosa, il *jus sacrum* trovavasi efficace ad escludere quello che venne dichiarato *sacer* da tutti i *sacris*, ma la legislazione potea appena formare della *sacertas* un mezzo penale. Ai pontefici (2) era dato per vero pronunciare sentenze penali, ma convenia ne fossero richiesti, e del resto contro le loro decisioni era acconsentito di appellarsi al popolo.

Non era però concesso ai Feciali d'operare cosa alcuna se non richiesti, e nella dottrina degli Aurispici si ebbe a stabilire con leggi apposite il

(1) Intorno al *jus sacrum* in generale e sui varii impieghi ecclesiastici, vedi *Gottling* « storia della costituzione dell' impero romano » 1840, p. 167-218. Molta utilità offrono pure gli scritti di *Ambrosch* « studi e cenni intorno all'antico diritto romano e sul culto » 1839; ed « i libri religiosi romani » 1845; come pure le ricerche di *Rubino* sulla costituzione romana e sulla storia, 1840; e *Jhering* p. 286.

(2) Mommsen, p. 117, caratterizza l'influenza pratica della religione nel seguente modo: « I sacerdoti, e specialmente i Pontefici, approfittarono del timore che incutevano gli dei, onde ringagliardire i doveri morali, ed in particolar modo quelli pe' quali non vi avea bastevole sanzione giuridica. Così a chi arando avesse rimossi i confini de' campi, a colui che commettesse notturno un furto campestre, oppure manomettesse la persona del re, minacciavasi oltre la pena civile, anco lo sdegno della relativa deità. Simile anatema scagliavasi anche ne' casi, a cui per nulla avea parte il comune, come contro il marito che vendesse la moglie, contro il padre che alienasse il figlio ammogliato, oppur contro il figlio o la nuora che percuotessero il padre od il suocero. Chi di tal misfatto facesi reo, potea bensì schivare la pena civile, ma giammai sottrarsi all'anatema divino che pesava sul suo capo. Non avveniva per certo che un tale *sacer* in preda alla vendetta della divinità, incontrasse la proscrizione (cioè fosse in balia di chiunque), avvegnachè tale sventura contraria ad ogni ordine civile, non occorreva in Roma se non per eccezione durante le lotte politiche siccome un'inasprimento dell'anatema, del quale essa pena non era certamente la conseguenza, avvegnachè il relativo castigo non poteasi infliggere nè dai giudizi civili, nè dall'impotente sacerdozio, ma solamente dalla divinità. Del resto la pia credenza alla quale appoggiavasi esso anatema, dev'essere stata gagliardissima durante gli antichi tempi, anco negli animi degli scellerati e de' leggieri. » Mommsen soggiunge pure a p. 116: « Valse invariabilmente il principio, che nello stato rimanesse del tutto impotente il sacerdozio, ed escluso da ogni impero non solo, ma anzi astretto ad ubbidire, come qualsivoglia altro cittadino, anco all' infimo impiegato. »

principio, come già in tutta la religione vedea qualche cosa di giuridico (1), che il segno posteriore distruggesse il precedente, in guisa che ogni ufficio di questi ultimi sacerdoti si limitasse alle sole disposizioni di quegli a cui conveniva dare l'impulso, ordinare, continuare o sospendere i presagi. Indi innanzi per lo sviluppo storico e dalle lotte di partito venne sempre più fiacca la credenza religiosa. Scorgesi già ne' tempi del regno una somma mutazione nello spirito religioso, e farsi preponderante la tendenza alla politica, tendenza che anima anco la repubblica mentre palesemente trascurasi la religione (2). Serbarono i patrizii il principio religioso, ma solo all'interesse dello stato conformavano. Trascinata la religione a rappresentare un partito nelle lotte intestine, venne siffattamente subordinata alle viste politiche, che ogni vittoria della plebe segnava un novello indebolimento della idea religiosa, finchè e questa e lo stato perirono nello stesso naufragio.

Per la qual cosa è forza giudicare il concetto romano del rapporto di stato e di religione, ed in se e nelle conseguenze sue. In principio iscontrasi un' essenziale progresso in confronto all'Oriente, per l'indipendenza della vita giuridica e di stato di fronte alla religione ed agli organi suoi, mentre non sendosi a questi concessa alcuna forza esterna, non palesano essi un giusto criterio politico. Siccome poi dalla mancanza d'una vera forza interna religiosa, cui non poteva produrre il politeismo, fa mestieri derivare la più remota causa della corruzione, così nella impotenza del sacerdozio a victare cosa alcuna che fosse conciliabile coll'assolutismo dello stato, e nella stretta colleganza dei destini di quella istituzione a quelli dello stato, devesi scorgere il perchè dell'affrettata decadenza comune. Oltre a ciò, l'esclusiva tendenza politica, non limitata da veruna contraria forza religiosa morale, e favorita da tante egoistiche passioni ognor più ringagliardentisi, agevolò il soggiogamento degli altri popoli ed il prosciogliersi dell'interna vita romana.

Facciamoci ora a considerare la nozione romana della vita giuridica e di stato in rapporto al *costume* ed alla *moralità* (3).

(1) *Jhering*, a p. 524, tiene per cosa di sommo momento il mostrare la somiglianza della giurisprudenza romana col modo di trattare la religione (p. e. tra il formalismo, le finzioni, gli affari fittizii ecc.). Avvegnachè, come osserva *Rubino* « la *justi atque injusti scientia* possa bastevolmente presentare anche la fisonomia della religione, così il modo con cui la legge definisce la giurisprudenza trova la più acconcia propria espressione nelle note parole: *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia.* »

(2) *Ambrosch* (Studi p. 64) colloca il principio del decadimento della teologia pontificale, come pure della disciplina degli Auguri, nell'epoca che comincia subito dopo la seconda guerra punica.

(3) Confronta *Jhering* II. par. p. 48. Esso esordisce nella sua esposizione colle seguenti parole: « La nostra esposizione tocca qui un momento considerevole: esso è il punto culminante della filosofia del diritto. E credo dovermi il lettore saper buon grado se di troppo non mi accosto a tal capo,

Nella stessa guisa che dalla famiglia, da questa primitiva comunione morale, quando si perfeziona l'organismo della consorteria, tendono a manifestarsi quali organi distinti le loro forze essenziali in quella celate nonchè le funzioni della vita umana, la religione, la morale, il diritto, le varie industrie; così veggiamo avvenire a Roma, come giustamente si osservò (1), ove nell'ufficio della *censura* si sviluppa efficacemente ed in modo organico una funzione che muove dal principio della famiglia, si incarna nella realtà fin quando rimane un sociale bisogno. E la *censura* serve eziandio d'espressione allo spirito romano, che effettua esternamente in forme ed organi quanto stima una esigenza della vita, e subordina ogni cosa all'elemento politico, però che la *censura morum* venga appunto unita alla *censura politica*, ovvero all'estimazione civile. Siccome il principio morale rappresentato dalla *censura* distinguevasi però dal giuridico, così non si ebbe a pareggiare il giudizio censorio (*animadversio, notatio, auctoritas censoria*) alla sentenza del giudice, *judicium*, ed alla conseguenze di essa, *res judicata*. Quello non potea indebolire o sospendere l'efficacia giuridica di legali bisogna; valea soltanto per un lustro, tempo in cui durava l'ufficio del censore; e questo rispondea al concetto di un possibile miglioramento dei costumi, perocchè mediante il diritto di intercessione del collega censore, diritti che incontrasi pressochè tutte le superiori magistrature, la *censura d'ufficio* potea convertirsi in una mera ammonizione personale.

Per tale distinzione della *censura* dell'ufficio di giudice, non potea nè il censore nelle sue funzioni, nè il popolo nella propria mente confondere costume e diritto, e quivi pure devesi ammirare il carattere formale del diritto romano, a preferenza del greco, ove gli abusi contrarii alla moralità (*ὀβριε*) non trovavansi con tanta esattezza contraddistinti dalla ingiustizia.

L'autorità del censore non manifestavasi soltanto nei giuridici rapporti vicendevoli e privati, ma anco nelle relazioni prettamente morali, pubbliche giuridiche ed economiche. La sua energia era però specialmente

ma anzi lo riguardo più lungi che lo scopo nostro me l'consenta; » e nella nota dichiara che « per quanto concerne la differenza tra diritto e morale si attiene all'opinione di Stahl professata nella filoso. del dirit. » Sotto quest'aspetto, non posso a meno di far osservare come Jhering diverga pure essenzialmente dalle opinioni di Stahl, avvegnachè questi avrebbe in parecchi momenti principali messo un giudizio ben diverso intorno al diritto romano. Siffatta quistione è vitale e per chi studia la filosofia del diritto, e pel giurista che ama considerare il diritto non solo come una gretta e diaccia realtà, ma desidera assumerlo nel suo reciproco rapporto colla vita, dalla quale non è concesso staccare la moralità, è che vuole porre in conveniente raffronto il diritto romano, colle moderne legislazioni.

(1) Jhering, p. 31. Già le famiglie sannite conoscevano i giudizi morali in affari di matrimonio, ed i Lucani anco in altri interessi; v. Golling p. 9, e l'opera di Jarke sopra citata p. 233.

vólta contro lo spergiuro, la menzogna, la viziosa educazione data da genitori sia per soverchia condiscendenza oppure rigore, la corruzione della gioventù, la disobbedienza di questa ai genitori, la separazione conjugale senza conveniente motivo, la trascuranza dell'economia domestica, l'intrusione ereditaria, la crudeltà contro gli schiavi — la quale però non veniva ulteriormente punita per legge — il commercio girovago non conveniente al cittadino romano, il darsi all'esercizio dell'istrione, la prodigalità, la dissipazione, il lusso, la cattiva agricoltura, la mancanza del rispetto dovuto alle autorità, l'abuso del potere d'ufficio, la villà innanzi all'inimico, l'abbandono dei patrii *sacra*, ecc. (1)

La sentenza dei censori appoggiava in parte all'intimo convincimento, in parte all'esame degli accusatori, dell'accusato e dei testimoni da questo propesti, nonché al voto del consiglio censorio, il quale non era però che consultivo. Il giudicato poteva appellarsi al popolo, il quale se l'accusato riesciva a provare l'ingiustizia della sentenza, toglieva talvolta, ma ben di rado, la pena. Questa se era inflitta ad un senatore consisteva nell'espellerlo dal senato; se contro un cavaliere, nel togli il cavallo (e le più volte simil pena veniva inflitta per cattivo governo di quest'animale); nel cacciare dalla tribù il cittadino che non apparteneva nè all'ordine senatorio nè all'equestre, per cui veniva posto fra gli Erarii, onde perdeva immediatamente il diritto di venir tassato secondo il censo.

Siffatto potere censorio, venne accresciuto anche dalla *lex Ovinia* (2), d'incerta data. In forza di essa progettavano i censori la lista del senato che abbisognava dell'approvazione di questo, e ciò faceano alla presenza di 30 littori che raffiguravano le curie. Ed in ciò è forza riconoscere un importante miglioramento di tutta la vita romana di stato e giuridica, non che un cotale complemento il quale tenesse luogo degli impiegati greci di controlleria. Ma come pel dilatarsi della città e dello stato, essa autorità censoria ebbe a fiaccarsi ognor più, dividendo le sorti della decadenza in cui cadde la vita pubblica, quantunque rimanesse ancora quale simulacro (come *praefectura morum* sotto gli imperatori); così manifestasi pure in tale istituzione il vizio dello spirito romano, vale a dire la tendenza astratta e formale. Ciò si fa più palese nel raffronto colla vita germanica. Perocchè mentre ivi le funzioni morali accolte nella censura veggonsi tralignate organicamente in uno ai più importanti istituti di diritto, ed il principio morale scorgesi in tutti i ceti, corporazioni e società, si nei rapporti meramente personali, come in quelli riguardanti le sostanze, sempre nelle condizioni dell'onoratezza, del costume morale, della tutela degli interessi ecc.; e mentre che anche il potere disciplinare viene esercitato dai singoli ufficii; si offre invece esternamente in Roma un potere che serve di centro al tutto, laddove la vita giuridica tedesca ebbe a languire di molto per non essersi animata con un vigoroso principio centralizzatore. E se l'epoca presente richiede senza dubbio una riorganizzazione

(1) V. Le postille nell'opera di Göttling, p. 343; Jhering, II, p. 80.

(2) V. Niebuhr, luo. cit. I, 886; e Göttling, 346.

in modo giuridico e morale dell'elemento di corporazione, puossi benissimo sostenere, che il diritto romano sarebbe un acconcio supplemento al germanico. Che se cotale aiuto non si avesse a sperare dall'unione del principio morale a tutte le istituzioni della società, dovrebbeasi attendere dalla forza dell'associazione, com'anco dall'organizzare un'autorità sociale dotata di tali e sì determinati privilegi, da non essere altrimenti possibile si confondessero i confini tra la moralità ed il diritto (1).

Se poi ne facciamo a considerare partitamente il rapporto del *costume* e della *morale* verso il *diritto privato*, ripeteremo quanto osservammo sopra, essere il costume e la pubblica opinione fin dagli antichi tempi, come più tardi la censura, per molti riguardi determinati dal principio della forza (*potestas, manus, mancipium*). Intorno al vero principio morale che manifestasi quando nei *difettosi* impulsi che determinano la volontà e la divertono dal vero scopo, quali sarebbero l'errore, l'inganno, il timore ecc.; e quando palesasi nei *doveri* da tenersi per motivi del volere sussistenti di per se obbiettivamente; può stabilirsi come nel primo sviluppo del diritto romano fosse iniziato un progresso dal concetto e dalla trattazione meramente esterna dei rapporti giuridici, verso la valutazione di quei motivi interni che accennano ad una viziosa tendenza della volontà.

Il diritto antico come trovasi esposto nelle 12 tavole, veniva in tale riguardo contrassegnato dal principio: « *Cum nexum faciet mancipium-ve, uti lingua nuncupasset, ita jus esto* », per lochè quelle circostanze non vennero considerate. Tuttavia esse furono l'oggetto della speciale provvidenza pretoria, e le teorie sul *dolus, error, vis ac metus, culpa*, come quella consimile sulla garanzia per vizi nella permuta e nella compera, determinata dall'editto degli edili ed estesa indi dalla scienza, vennero perfezionate con acutezza d'ingegno ed in modo rispondente ai rapporti. Per quanto concerne i doveri obbiettivi prescritti dall'etica, verso terze persone e la comunità, converrà qui distinguere il concetto fondamentale e le disposizioni occasionate dagli inevitabili rapporti della vita. Sotto tal'ultimo aspetto, anche nel diritto romano si rispettarono quegli obblighi come non è manco imaginabile una completa trascuranza delle comunali giuridiche bisogna. Per tal guisa la stima della famiglia e del comune si manifestò nella perdita dell'amministrazione dei beni, pena inflitta al prodigo. Le relazioni coi vicini originarono le leggi contenute nelle XII tavole, sul corso dell'aqua pluviale, sul taglio degli alberi stendentisi sull'altrui fondo, sulla raccolta della frutta ecc. Intorno al diritto sulle cose

(1) Nella prima edizione francese della mia filosofia del diritto, 1839, pag. 492, feci emergere la necessità dell'organizzazione sociale del principio di moralità, riportandomi precisamente alla censura romana ed a quella affine ecclesiastica nel medio evo, ma mostrai la convenienza d'una istituzione essenzialmente diversa. Vedi una larga esposizione nel IV libro della dottrina di stato.

non aveavi del resto limite alcuno, nè a beneficio della famiglia fur poste sanzioni d'inalienabilità, nè per viste economiche nazionali giovevoli al comune fu regolata la divisibilità ed impedito il soverchio accumulamento del possesso fondiario in una sol mano, quantunque in seguito si avesse a conoscerlo cotanto pericoloso (*latifundia perdidere Italiam; Plin.*) Nel diritto sugli obblighi fssossi la prima volta dalle XII tavole il limite degli interessi, sconosciuto innanzi (*fenus unciarium* dell'8 1/3 per. cento). In quanto spetta al diritto ereditario, le XII tavole accordavano illimitata libertà di testare, senza far caso dei morali riguardi alla famiglia ed ai figli, cui potea il padre diseredare senza motivo di sorta, ed anco all'incontro istituirli eredi contro il voler loro, sì che essi dovessero in ogni caso adire l'eredità. Soltanto molto tempo dopo il diritto pretorio e la scienza giuridica limitarono questa incondizionata libertà di testare, e ciò in forza della *querela inofficiosi testamenti* (quasi non sanæ mentis fuerit testator, l. 2. §. D. 5. 2.)

Tali restrizioni occasionate dai più urgenti riguardi non cangiano però il carattere fondamentale del diritto romano. Ed all'intento che questo venga apprezzato sotto il punto di vista della morale, è forza far quivi precedere alcune osservazioni. Il diritto considerato in se e per se, non è nè morale nè immorale; esso è dotato d'una indipendenza a lui inerente, e che deve gli mai sempre essere serbata intatta. Del resto la massima fondamentale, posta qual base del diritto, che gli spetta determinare e conservare in una comunione le condizioni della coesistenza (e secondo il concetto nostro, anche quelle dell'assistenza) tra le libere persone conviene la si applichi al diritto stesso. Anche questo, malgrado abbia una propria speciale sussistenza, trovasi in una suprema colleganza con tutti i beni della vita, e specialemente con quelli della religione e della morale, ed in questa comunione etica fondata da Dio nella esistenza e nella vita, convien si serbano intatte le condizioni della coesistenza, della reciproca operosità, e dell'aiuto vicendevole. Siccome però il principio comune, che stabilisce meramente le estreme condizioni della coesistenza fra i suoi membri, e che del resto abbandona ogni cosa alla svincolata forza di ciascuna indipendente persona, non è dato trovare se non nei rozzi primordi; così ad un certo stato di selvatichezza fa mestieri ascrivere quel diritto che tutela solo le più vitali relazioni etiche, per quanto del resto si manifesti gagliardo ed acconcio. Però il diritto romano sino dalle origini sue palesa una cotal natura e sancisce principii siffatti, che lascia scorgere evidentemente come punto si curi d'ogni morale elemento, del quale, anzichè sforzarsi a sorreggere ed agevolare essi principii, sopporta si direbbe a stento le più necessarie restrizioni. E di siffatta cosa parecchi scrittori toccarono (1). Giova

(1) *Hegel*, filos. della storia 2. ed. 1840, accennò per il primo, sebbene con poca esattezza al fondamento interno. — *Sthal*, fil. del dir. II, 1, contrassegnò il carattere dello stesso diritto con maggiore accuratezza. *Hegel* scrive a p. 331: « Noi dobbiamo saper grado della origine e perfezionamento del

però ripetere che se biasimasi quel sistema giuridico, non gli è già che gli si dia colpa d'aver data l'indipendenza al diritto, ma bensì dell'asprezza del concetto fondamentale e della trattazione stessa del jus, avvegnachè il diritto romano invece di attrarre, tenda a respingere l'elemento morale. E s'anco s'avesse a concedere che nello sviluppo dello incivilimento de' popoli che fin' ora progredi tendendo sempre ad uno degli opposti estremi, fosse necessario assumere il diritto specialmente nella sua parte subbieltiva, nella sua acerbezza, onde render ben chiara la coscienza della personale dignità ed assicurarla anche ai posterì come una imperitura conquista; non ne verrebbe che l'apprezzamento obbiettivo non debba far emergere come essenziale difetto nella elevazione dell'individuo, quella esteriorità del diritto.

Dopo di che hassi a lamentare nel diritto romano un'altro difetto, non tanto che esso si mostri assai viziato in se quanto lo è nella sua più remota derivazione dal carattere del popolo del Lazio, per ciò che nella vita romana, nell'interna organizzazione, manchi il principio della *comu-*

diritto positivo, all'intelletto, schiavo e manchevole di spirito del mondo romano. Cioè fu per noi visto come nell'Oriente si elevassero a giuridici precetti de' rapporti solo morali; fin' presso i Greci il costume era ad un tempo una giuridica sussistenza, per il che nè venia che la costituzione dipendesse del tutto da esso nonchè dalla intenzione, nè si ritrovasse avere fermezza contro le instabilità interne e la subbieltività individuale. I Romani effettuarono tale separazione e crearono (?) un principio giuridico, il quale si è esterno, cioè senz'animo e senza sentimento. Che se dessi ne porsero con ciò un vero vantaggio, almeno secondo la *forma*, ne potremo noi per certo trarre giovamento senza però incatenarci a siffatto sterile concetto, e tanto meno riguardarlo come estremo prodotto della sapienza e della ragione. Erano quelle genti gli schiavi che vissero sotto il dominio di essa concezione, ma appunto con ciò conquistarono pei posterì libertà di spirito, cioè libertà interna, la quale per ciò ritrovossi emancipata dai ceppi del finito e dell'esterno. Spirito, animo, intenzione, religione non hanno ora di certo a temere d'essere confusi con quel giuridico astratto intelletto. » Stahl a p. 394 dire: « L'idea dell'abilitazione (di diritto in senso subbieltivo, di diritto acquistato) si manifesta appo i Romani in una veduta unilaterale, cioè quale mera abilitazione (diritto spettante ad alcuno) non vivificata nè circoscritta da verun'obbligo o necessità determinatrice superiore. Nè già conviene imaginare che i Romani, come è andazzo dell'odierna teoria di diritto, naturale o, per dir meglio, di rivoluzione, accogliessero diritti umani astratti e privi d'intrinseco, o che accordassero al cittadino soltanto dei diritti senza imporgli doveri di sorta; chè invece veggiamo fra loro sempre *diritti concreti* e stabiliti, quali scendono dalla natura delle istituzioni giuridiche, dalle tendenze secondo le variè situazioni della vita, dal carattere degli affari. Se non che mentre il porre la misura ed il confine dell'uso di questi diritti, il farli dipendere da una prestazione compensatrice, dall'adempimento d'un dovere, dovrebbe tutto ciò scendere dalla natura delle istituzioni giuridiche, invece trovasi alieno al concetto di queste, e gli obblighi sussistono siccome affatto staccati, a lato e fuori della sfera dei diritti. Il diritto secondo la veduta dei Romani gli è una sfera affatto incondizionata dell'operare romano. »

nila, dei vincoli del vivere morali giuridici, della *suddivisione* in varie sfere giuridiche morali secondo i ceti e le tendenze, ond'è che tale lacuna si manifesta d'un subito nel diritto. Per le quali cose il diritto romano prese un carattere di unità ed eguaglianza, che sommamente allesta la speculazione, s'acconcia in modo mirabile allo svolgimento scientifico, e favoraggia l'eguaglianza nella cerchia giuridica. In questa direzione del diritto romano a centralizzarsi scorgesi un sussidio ed un ravvaloramento al diritto germanico, che si smarrisce in soverchie particolarità delle condizioni della vita e delle tendenze. Ma siccome il sistema romano trovasi ristretto in un campo esclusivo, perchè gli manca il senso delle organiche istituzioni, perciò esso rimane difettoso come quello che non accenna se non astrattamente ai membri esterni di una contrapposizione, vale a dire da un lato alla unità e generalità dello stato, coi suoi poteri e funzioni, dall'altro ad un'individualismo atomistico nelle singole persone che trovansi in vicendevole indipendenza, e che non seguono se non l'egoismo. Invece i colleganti vincoli del diritto tedesco palesano come l'elemento morale si ritrovi in armonica unione col giuridico, avvegnachè i rapporti dei beni, vengano determinati non già astrattamente, ma come devono essere secondo gli scopi di legami sociali; com'anco in questo sistema si considera ed apprezza l'operosità secondo la meta che si propone, ed anco dal punto di vista de' buoni e virtuosi costumi, mentre che azioni contrarie a queste morali, se fossero *esternamente palesi* trarrebbero con se anco delle giuridiche conseguenze. Tuttavia non si confonde il diritto colla morale, avendo luogo questo soltanto nel diritto penale, ove e si punisce incondizionatamente l'immoralità fattasi esterna, e si inferiscono le qualità psicologiche interne dell'autore, dai fatti esteriori. Dal che ne segue che se non vuoi sia il diritto romano o spargere errori, e diffondere un concetto giuridico molto limitato, conviene completarlo col diritto germanico, avuto però riguardo dover questo venire largamente purgato per mezzo d'una etica filosofia giuridica.

La vita romana tramontò pel decadimento del buon costume antico, ed il suo diritto anzichè servire di ostacolo alla ruina, l'accelerò (1).

Il sistema romano segnò finalmente de' severi confini al diritto *privato* ed al *pubblico*, contrappouendo l'individuo e la sua libera volontà allo insieme pubblico. Tal processo di separazione venne attuato mediante le XII tavole. Ma siccome il diritto dopo la sua segregazione dal diritto sacro e pontificale, venne ancor per lungo tempo modificato dalla religione e dal costume, così rimase nella *publicità* delle giuridiche bisogna

(1) Commentando Cicerone il verso di Ennius: « Moribus antiquis res sta Romana viri-que » osservava: « nostris vitis non casu aliquo, rempublicam verbo retinemus, re ipsa vero jam pridem amisimus. » Agostino fece emergere pel primo questo difetto morale dello stato romano, come in parte anco del diritto privato, e ciò nella sua opera: *de civitate Dei*, specialmente nei primi sette libri. V. pure il lib II al Cap. 21.

un'importante elemento, quantunque fosse pubblico solo in modo formale. Così trattavansi tutti gli affari principali, anche dopo le XII tavole, pubblicamente avanti le ragunanze popolari, ovvero ai 5 testimoni rappresentanti le classi del popolo, sottoponendo quei negozi ad un tempo alla pubblica guarentigia, come in fatto erano in origine i testimoni veri garanti dell'affare conchiuso sotto la loro assistenza. Questa pubblicità andò in disuso a poco a poco, ed in suo luogo subentrò il costume che ogni persona operasse isolatamente e privatamente di per se (*privus*) entro la sfera del diritto privato individuale, costume a cui si deggiono apporre di molti difetti venienti dalla segretezza con cui trattavansi le bisogna riguardanti i beni materiali. Nel diritto romano si contrappone più che non avvenga in alcun'altro sistema giuridico, l'individuo allo stato. Da questo però non conviene inferire che non si conoscessero in quella legislazione se non quei due estremi. Vi hanno fin da remoti tempi (oltre l'antica costituzione delle *gentes*), dei *collegi* di varia natura, delle *corporazioni* (*corpora*) e delle *comunità* (1) (*universitates*), e più tardo i *municipi*, ovvero la città cui fu accordato il diritto di cittadinanza romana. I collegi avevano i loro proprii *sacra*, cioè esclusivamente dedicati al loro *genio*, e quelli non riservati che erano comuni. Vuolsi istituìsse Romolo due collegi sacerdotali, e Numa accordasse agli artisti che trovavansi riuniti col sacerdozio, la costituzione dei collegi sacerdotali. Ma colle XII tavole anco in questo argomento s'ebbero a distinguere con maggior diligenza i collegi e le corporazioni intesi a scopo pubblico, da quelli volti a privati interessi, accordandosi ai membri di queste ultime società il diritto di autonomia in quanto il bene dello stato non ne venisse lesa (2). Ma la formazione di tali società non era però liberamente acconsentita ai privati; ed in vero sussisteva e rimase saldo anche più tardo il principio, che solo una legge (spesse fiate un senato consulto, quindi *quibus ex St. coire licet*) ne potesse e concedere la abilitazione, e toglierla, come in fatto più volte levolla. Lo stato romano adombrava l'unità sua eziandio per l'uniforme interna costituzione sociale di tutti i collegi. Del resto per quanto spetta all'origine esterna del diritto rimasero a Roma soltanto i due fattori, lo *stato* cogli organi suoi, e gli *individui*. Sotto questo punto di vista ben diverso offresi il diritto germanico, avvegnachè per libero volere originario, pel naturale diritto di associazione e non in seguito all'acconsentimento d'un'autorità dello stato, si formasse un ricco sistema di stati (*stànde*-ragunanze, consigli) e di consorterie in armonie a tutte

(1) Tale argomento venne ben poco approfondito nei tempi moderni, in confronto di altre materie giuridiche. *Krause* nei *documenti della frammentazione* II. vol. 2. sez. p. 93-213, porge una più estesa esposizione di tutto quanto ritrovasi in proposito nel *corpus juris* e negli antichi scrittori.

(2) L. 4. D. de *Collegiis et corporibus* (47. 22). Convien però osservare come più tardo si manifestasse fra gli industriali e commercianti uno spirito di monopolio, cui gli imperatori cercarono togliere, v. L. 1. C. de *monopoliis* etc. (4. 59).

le sfere della vita e rami d'operosità, all'agricoltura non meno che ai mestieri, in guisa che lo insieme si porga come un gradato sistema *sociale* di *riunioni organiche*, presso le quali non ha luogo un vero contrasto tra pubblico e privato diritto.

E. qualsivoglia maniera di unione più o meno stretta si può considerare sotto un doppio punto di vista: in se stessa in relazione interna, nelle sue connaturali determinazioni, ed operosità volta ai di lei scopi speciali, cioè nel diritto privato: in rapporto esterno e vicendevole influenza con tutti gli altri vincoli dello stato ed in singolar modo con quelli più remoti, vale a dire nel diritto pubblico alla cui configurazione essa unione suole cooperare. Però il sistema romano raffigura piuttosto un *meccanismo di stato*, l'alemanno all'incontro un'*organismo sociale* che del resto in parecchi punti è difettoso. Ma in quest'ultimo sistema rimasero troppo dipendenti e deboli i due estremi giuridici, e quindi devesi saper buon grado all'influenza del diritto romano, il quale sviluppò la moderna idea dello stato e trasse questo dai viluppi della società nonchè dalle parziali pastoie, attribuendogli una maggior possanza centrale; e dall'altro lato per esso conseguì l'individuo, stretto in mille guise, una abilitazione maggiore in una sfera più ampia e meglio determinata. Simultaneamente caddero molti vincoli di corporazioni, che quantunque appoggiassero sovrà buoni principii trovavansi però paralizzati dagli abusi. Ma nello apprezzare e custodire quanto di giovevole ne recò il diritto romano, dobbiam guardarci dal lasciar languire lo spirito germanico. Che se non vogliamo incontrare le ultime sventure di Roma, ingenerate dai troppo vivi contrasti, ne è forza adoprarcì a colmare mercè legami organici e veramente conciliativi, la vasta lacuna prodotta dalla scissura tra stato ed individui.

In base a questa esposizione dell'armonia storica in che si trova il rapporto del diritto colla religione ed incivilimento, col costume e moralità, nonchè col diritto pubblico, ne spetta da considerare:

2. Il *diritto privato* nel suo interno sviluppo storico. Innanzi tutto convien soffermarsi a riflettere allo interesse veramente *storico*, che in tal ramo giuridico offre il diritto romano più largamente che non facciano tutti gli altri sistemi, non escluso il germanico; però che in esso si faccia palese un'indubbio perfezionamento del diritto, e non solo delle istituzioni giuridiche speciali, ed un tal miglioramento muova dall'interno al di fuori incarnando parecchi nuovi ordini, e cominciando dalle più semplici condizioni, salga di grado in grado al sommo perfezionamento. Tale sviluppo, onde, brevemente accennarlo, si ritrova principalmente: 1) nel progresso naturale nonchè nel coltivamento delle fonti giuridiche; 2) nel passaggio dai semplici rapporti ai più complicati, da concetti intuitivi alle disposizioni giuridiche più conciliative; e dalle concrete nozioni alle astratte; 3) nel muovere della forma esterna alla interna determinazione dello intrinseco dei rapporti giuridici, e con ciò simultaneamente nel volgersi al considerare più da presso gli impulsi psichici e morali in-

fluenzanti la natura di essa forma, 4) ma eziandio nel regresso cagionato dallo smettere la pubblicità del commercio giuridico, e, nella impotenza di ritrovare forme rispondenti che d'essa facciano le veci; 5) nel completarsi del diritto nazionale mercè il *jus gentium*, e del posteriore conciliamento e fusione di entrambi; 6) nell'essersi condotta a perfezione la *naturalis ratio*, cui il pretore, la scienza giuridica fondata sulla filosofia, e la legislazione fecero riconoscere per base del diritto.

Tali momenti di civiltà li contrassegneremo in breve anco più da presso.

Nel diritto romano ebbero forza tutte le giuridiche *fonti d'origine* immediata o mediata, il diritto di consuetudine, quello di legge, l'altro dei giureconsulti e della scienza, unendosi entrambi questi ultimi da pretori e da giurisperiti privilegiati (da Augusto in poi), in sì mirabil modo, da non esservene finora esempio in verun luogo.

Il progresso dal *semplice*, immediato, concreto ad una più diligente distinzione ed alle disposizioni giuridiche conciliative ed *astratte*, ha luogo in varie guise. Innanzi tutto l'oggetto giuridico viene concepito nella sua unità, per la qual cosa accoglie contemporaneamente e persone e cose. Tale è l'espressione delle XII tavole: *Uti legassit super pecunia tutelare rei sua, ita jus esto*; e questa si è una conseguenza della nozione romana del diritto considerato quale rapporto di dominio, nozione per la quale il signoreggiante è il subbietto, e tutto ciò che trovasi sopra ad un dominio, siano persone o cose, è oggetto. Il diritto esprime quindi la semplicità sua nell'origine di un giuridico affare, però che esso non conosca se non le due forme principali, la *mancipatio* ed il *nexum*. La prima per la fondazione della proprietà e di altri rapporti *immediati* di dominio; la seconda per stabilire le obbligazioni. Perciò abbiamo nelle XII tavole: *si nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Nello sviluppo delle diverse specie di contratto veggiamo i più antichi contratti essere i reali, cioè quelli che vengono stipulati per l'immediata consegna di cosa (*re*). Indi si fa luogo al solenne contratto per *stipulatione*, la quale traendo l'origine forse dal *jus gentium* era in complesso una *forma generale*, per rendere oggetti di azioni legali anco i contratti che per la loro natura non erano tali. Ma antichi sono anco i contratti letterali, che ebbero nascimento dall'essere riportati ossia trascritti nei libri di entrata e di uscita tenuti da ogni buon padre di famiglia, contratti che però devono distinguersi da quello letterale che riscontriamo nel diritto giustiniano. Solo più tardo mercè il perfezionamento dei rapporti commerciali e sotto la riconosciuta influenza del *jus gentium* i contratti consensuali poterono fondare delle vere azioni ed essere tenuti come perfetti. In cotal guisa si vanno sempre isolando vicendevolmente le persone; e prisci rapporti che attaccavansi intimamente alla cosa, estendonsi e si fanno vacillanti, in guisa che fa mestieri cerchi il diritto altre disposizioni onde recar loro solidità e sicurezza.

Dalle forme esterne e generali sviluppassi grado grado un' intrinseco contenuto che si determina armonicamente colle distinzioni reali. Nella stessa foggia che in un'essere organico formansi prima gli involucri generali in cui s'acconciano gli speciali organi; così nel diritto romano emergono innanzi tutto le forme generali di cui vestonsi gli svariati affari giuridici. Per il che, la *mancipatio* ed il *nexum*, ed anco la posteriore *in jure cessio* innanzi il pretore, si ponno tenere non già siccome veri affari giuridici, ma solo per forme pubbliche comuni a diversi negozii. Solo molto più tardo separansi e formansi i singoli generi degli affari di diritto, e nei generi le specie. E questa genesi riguardo lo stabilire e l'esatto distinguere gli affari, durò molta pezza, come ben dimostrato il lungo vacillare nei contratti gemelli della permuta e della compera recente.

All'intento di deteminare più da presso il contenuto, nonchè la natura interna d'un rapporto od affare giuridico, vennero considerate gradatamente dal pretore le circostanze *psichiche e morali*, come il *dolus*, *culpa*, *error*, *vis ac metus*, e fatto calcolo dei motivi di equità nella loro influenza modificatrice, nonchè del *jus gentium*, come più volte si ebbe ad accennare. Del resto l'abbandono della prisca publicità nel trattarsi degli affari giuridici, e l'impotenza di produrre nuove forme che potessero tener luogo di quella pel libero operare in rapporto ai beni, sono l'espressione d'un regresso che avvenne in conseguenza delle estese relazioni le quali più non consentivano le pubbliche forme. In siffatta guisa ne venne tramandato il diritto romano, il quale però non trovossi armonizzare collo spirito o col diritto germanico, quantunque questi sommanente lo modificasse, per il che in quanto spetta alle sostanze e specialmente al diritto sulle cose, rimase sempre prevalente la tendenza per la publicità, che venne maggiormente ringagliardita e migliorata negli ultimi tempi mercè l'introduzione dei pubblici libri.

Giova finalmente avvertire, come la *base* più recondita del diritto, la *naturalis ratio* salì sempre più in estimazione nel diritto romano. E sarebbe del tutto erroneo l'avvisare (1) che i Romani riscontrassero il fondamento del diritto nella volontà sia del popolo, che dell'individuo. Sendo che si scorga nella prima epoca nel *fas* e nel diritto sacro, l'unione del diritto con un ordine divino obbiettivo, quindi ammettevansi pur sempre dei privati diritti sussistenti indipendentemente dal volere del popolo e dal suo ordine di stato, ed ai quali l'espressione del comune volere, la legge, accorda o nega il riconoscimento. La stessa volontà individuale non è tenuta in conto di assoluta generatrice del diritto, ciò che ha di

(1) In quest'errore cadde specialmente *Schmidt* nella sua opera. La differenza tra il vero fondamento giuridico e la *causa* attiva dell'origine e del riconoscimento del diritto, è ancora, come sopra osservammo, ben poco conosciuta nella giurisprudenza, e posta in luce appena da alcuni recenti scrittori, come da *Leist* e presentemente anco da *Ihering* p. II, pag. 60 (specialmente in confutazione di *Schmidt*).

molta importanza specialmente nel sistema giuridico privato, ma — qualunque ciò trovisi poco chiaramente espresso — come la sola causa attiva che determinata da certi stimoli e bisogni della natura umana, porge al diritto la sussistenza esterna. Siffatta opinione sviluppossi ognor più mercè la filosofia, quantunque questa nel diritto romano non avesse toccato un completo sviluppo. Imperocchè per la scienza posteriore appoggiantesi alla filosofia, ed in seguito alla ricognizione di una duplice *ratio*, la *ratio naturalis* e *civilis*, si annise un doppio diritto, il *jus naturale* (a cui Gajus pareggia il *jus gentium*, mentre Ulpiano cita quest'ultimo come un terzo membro), ed il *jus civile* (1); ma ciò fecesi in guisa che nel *jus gentium* come anche nel *jus civile* si riconoscesse l'energia di una *naturalis ratio*, onde il *jus civile* si è quel diritto che sulla base della *naturalis ratio* un popolo sotto l'influenza moderatrice delle proprie ve-

(1) Savigny nel sistema dell'odierno diritto rom. I vol., p. 43, mostrò come la divisione del diritto romano in due parti, propugnata da Gaio fosse sempre la universalmente abbracciata. Tale partimento s'accorda con quello che Savigny fa ritenendo in ogni diritto (internazionale) « un diritto speciale proprio in particolar modo a ciascun popolo, ed un generale basato su quanto avvi di comune nella natura umana »: al che aggiunse come « entrambi trovano il loro compimento nella storia e nella filosofia del diritto. » Ciò che tal pensatore disse ulteriormente sulla missione di essi sistemi, non può qui venire che in parte adottato, tanto più che trovò pochissimo favore presso i seguaci della scuola storica. Egli, dopo aver dimostrata l'esclusività della trattazione astratta filosofica, « che sottrae al diritto tutta la vita, » e di quella puramente storica « che sconosce nel jus ogni supremo destino » così si esprime: « Noi eviteremo tutti e due siffatti travimenti se avremo credenza in una missione generale (del diritto) la cui soluzione in modo particolare, si è il destino di ciascun popolo. La contesa vivissima che elevossi sovra quelle due opposte vedute, servi di certo a determinarle con somma diligenza, ed a lumeggiarle di molto; ma per essa ne seguì che il vero elemento venisse bandito per le parziali avversarie opinioni. Ma trascurando quanto è attinente allo spirito di parte, e studiando puramente in sè le tendenze scientifiche dell'età nostra, ne conforta la lusinghiera speranza di un'interno ravvicinamento, e però di un vero progresso. » — La generale missione del diritto (cui noi indichiamo come scopo *finale* giuridico, diverso da quello *immediato*) viene definita da Savigny con queste parole: « Quella generale missione di ogni diritto può ormai tenersi per identica col destino morale della natura umana, quale esso manifestasi nella cristiana veduta della vita; perocchè non dobbiamo avere il cristianesimo solo per norma della vita, ma conoscere come esso abbia riformato in realtà il mondo di guisa che i nostri pensieri per quanto potessero essere a questa religione avversi, rimangono pur sempre da essa dominati. E per essersi visto uno scopo generale, non ne segue che il diritto si scioglia in una vasta sfera, nè venga privato della sua indipendenza; ed anzi esso appare come una originale e distintissima sussistenza nella serie delle condizioni di quel fine generale. Senza inceppamenti di sorta, domina nella propria sfera, e raggiunge la suprema verità sua, soltanto per quel congiungimento coll'insieme. » — Secondo il concetto giuridico stabilito da Krause venne definito appunto il diritto come l'insieme organico delle condizioni per il compimento di quella missione.

dute e dei proprii bisogni, formossi e quindi realizzò pel proprio complessivo volere, o per quello di individui. È bensì vero che il momento subbiettivo della volontà rimase sempre prevalente; ma siccome il fattore obbiettivo non era però sconosciuto del tutto, così questo mercè lo svolgimento filosofico della *naturalis ratio* ebbe ad essere condotto a maggiore perfezione, e venire modificato quantunque debolmente, dalla speculazione per riguardi morali, umanitarii e di pubblica utilità. In generale lo spirito romano sommamente acconcio ad assimilarsi gli elementi stranieri, si mostrò inclinatissimo nella posteriore giurisprudenza, alla filosofia veniente dall'estero; e nel diritto pretorio, all'accettazione del *ius gentium*.

§ 2. APPREZZAMENTO DEL DIRITTO ROMANO IN SE STESSO

SECONDO IL CONTENUTO E LA FORMA.

Il carattere fondamentale del popolo romano si palesa nelle parti del sistema giuridico che sono più emergenti e di maggiore chiarezza. Queste dottrine, non altrimenti che il genio popolare, dovettero ricevere nello sviluppo storico una riforma parziale a cagione di parecchie influenze, ma serbarono però la loro indole essenziale, e tipo caratteristico fino all'ultima modificazione che si ebbero. Quantunque il diritto toccasse in Roma la più grande indipendenza possibile, e si staccasse da tutte le altre sfere della vita, non venne per altro indebolita la generale verità che il diritto, quale produzione dello spirito popolare, rifletta mai sempre quantunque in un modo parziale ed astratto, il concetto della vita, nonchè la tendenza dello sviluppo di un popolo. Per il che il carattere del romano diritto convien spiegare, desumendolo dal genio dei Romani, dalle principali forze impellenti, nonchè dal supremo ed infimo scopo della vita, a cui quella gente tendea con coscienza oppure in modo inconsapevole.

Siffatto carattere fondamentale può secondo i principali momenti, venire determinato nella seguente foggia. In esso ravvisasi l'impronta di una forza *del volerè e dell'operosità*, forza che veniente dall'intimo impulso e coscienza della propria persona e libertà; e diretta da un acuto ingegno analitico, cerca, senza farsi caso della religione, della scienza e dell'arte, di subordinarsi per iscopi soltanto *esterni* e pratici i rapporti esterni della vita. Al che serve di stimolo direttore *l'egoismo*, non già pel basso scopo sensuale del piacere, ma pel protettore della personalità nella sua apparizione sensibile, cioè allo intento del *dominio* e del potere, cui non concependosi come mezzo, avvegnachè in se stesso non sia più d'un'aiuto ad un'altro oggetto, ma bensì come meta, non viene giammai assunto nella suprema sua morale missione. Ed ora poniamoci a considerare più da vicino questi momenti.

1. Più e più volte lumeggiossi l'alta importanza del principio della *personalità* e della *libertà* individuale, che per la prima volta nel diritto

romano viene stabilmente incarnato nella società e diretto da forme tutelatrici. Il popolo romano si rivela pel serbatore e cultore di un retaggio comune ai popoli arici, che nell'Occidente ed in Grecia non conseguì verun perfezionamento, dalle stirpi celtiche, ne' tempi storici fu perduto, come più tardi anche da' popoli germanici, i quali aveano originariamente concepita la personalità più profondamente ed in modo più elevato che non l'avessero assunta i Romani, personalità che ebbesi a smarrire nello storico sviluppo per sconcertanti circostanze e specialmente pel sistema feudale. Per la qual cosa il diritto romano come venne rimesso in onoranza, penetrando nella vita del secolo XIII, divenne indi un vero benefico sussidio pei popoli germanici e romani, avvegnachè li conducesse ad essere novellamente consapevoli di un proprio originario principio della vita, ed a liberarsi eziandio a poco a poco de' vincoli opprimenti che siringevanli a sprezzare la personalità, che trascinavano alla morale degradazione oppressi ed oppressori, finalmente ogni libero moto nella vita giuridica paralizzavano. Sommatamente conforta il vedere come a Roma venisse tutelata la persona e la libertà sua; come nella cerchia della famiglia sendo inviolabile il domicilio (1), questo si fosse un santuario pel Romano, ed un'arra della sua individuale giuridica esistenza. Così pure allettano nel diritto pubblico le molte guarentigie contro l'arbitrio degli impiegati, quali sarebbero ed il diritto di appello all'adunanza popolare, e quello d'intercessione spettante ai tribuni e ad altri magistrati superiori, in fine la responsabilità degli impiegati; nè altrimenti avviene pel diritto penale, mercè l'abolizione della tortura e delle pene corporali come anco di quella fierissima capitale (2). Ma la personalità e la libertà sono nel diritto romano tuttavia troppo astratte, e concepite senza sufficiente rapporto colle altre persone e coi supremi principii etici della vita. Qualsivoglia persona deve essere considerata solo per un libero membro dell'ordine della vita, ordine il quale abbraccia in egual modo tutte le persone, e non è altrimenti costruito da queste, ma trovasi posto da una forza suprema, ed esige la ricognizione e cooperazione degli esseri liberi. Che se qualsivoglia persona non può allargare a suo talento la sfera giuridica, ma conviene la determini eziandio con riguardo ai vin-

(1) Vedi il bel passo di Cicero pro domo c. 41, e l. 13 D de in jus. voc.

(2. 4) e l. 21, ove egli dice: « sed etsi qui domi est, interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet. »

(2) *Ihering II*, p. 123. Cicero, pro Rabirio c. 4, 5, fa una profonda riflessione psicologica: « Carnifex vero et abductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Romanorum, sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque percussio, sed etiam conditio, expectatio, mentio ipsa denique indigna civis Romano atque homine libero est. » Ed ecco una dottrina in perfetta opposizione coi nostri principii di terrorismo, che s'anco per lo più rigettansi in teoria, non sono però abbandonati in pratica, malgrado che ritrovansi per nulla rispondenti alla morale natura dell'uomo.

coli della vita umanitarii e sociali, nel diritto romano invece ogni persona offresi soltanto in se stessa ed isolata severamente da tutte le altre, colle quali quand'anco avvenga che stringa de' legami sociali (*societas*), si studierà vincolarsi meno che sia possibile, serbando ad un tempo la libertà di sciogliersi, afferrando perciò nei rapporti transitori di avvicinamento reciproco, sempre da un lato unico il momento giuridico (in guisa che gli obblighi bilaterali del contratto fa mestieri risolversi in due unilaterali, avvegnachè i due contrapposti punti di vista subbiettivi non si lascino internamente riunire). È bensì vero che il Romano ammette un ordine morale della vita, quale scorgesi in pratica nel *costume* (1) il quale in vero si ritrova confinare e quasi confondersi col libero arbitrio, e che esso ordine viene derivato da un supremo divino provvedimento; ma il fattore morale non viene considerato nel diritto romano se non negativamente ed in modo sì limitato, che la potenza sua la quale dà forma positiva al diritto, rappresenta la norma di questo e fonda i legami vitali, rimane sconosciuta. Avvisa il Romano potere abbracciare tutti i rapporti degli uomini movendo solo dal principio del diritto astratto ed assoluto. Questo sì è per lui una forma generale, nella quale è forza ugualmente concepirsi e rafforzarsi la più svariata materia dei rapporti vitali. Ma codesto rappresenta senza dubbio un errore fondamentale, il quale in modo non diverso ebbe a palesarsi nei sistemi formali filosofici dell'epoca moderna (Kant), ed a passare nelle attuali giuridiche teorie, specialmente in quelle che foggiansi secondo le vedute romane (2). E siffatto er-

(1) Presso ogni popolo bene accostumato, come è a dirsi dei popoli arici, riscontriamo un'epoca ove il volere è dominato dalla armonia suprema, e le spontanee costumanze dirigono la libertà coscienziosa, al che torna opportuno applicare il detto di Tacito: « *Plusque valent ibi boni mores, quam citi bonæ leges* ».

(2) Que'pensatori che presentemente seguono la scuola romana, tentarono questa costruzione pel concetto improntato ai Romani, del *dominio* o *possanza della volontà* (vedi la prossima nota). Un nuovo ingegnoso propugnatore del diritto germanico, *Gerber*, cercò conformare a tal concetto il diritto tedesco, ed ebbe ad osservare (sistema del diritto feudale tedesco 1853, prefazione p. XXV), non doversi il vero sistema giuridico stabilire secondo i *rapporti giuridici*, ma bensì a tenore del *sistema dei diritti* « il quale tiene tutta la materia giuridica per la sola possibile manifestazione della volontà della persone », per cui poscia « il diritto tedesco è di nuovo riportato alle forze immediatamente operatrici dell'umano volere, cioè viene giuridicamente costruito. » — Con questo però non si fa nulla più che trasformare in jus romano il diritto tedesco contrastando allo spirito di questo. E sebbene una trattazione di tal fatta possa trovarsi in armonia alla prevalente veduta giuridica romana, nonchè agli studiosi teneri dei romani concetti, e ciò a causa dell'uniformità delle due scuole, tuttavia per essa viene travisata la natura del diritto germanico, com'anco quella del diritto in generale. Convienne anco avvertire come venisse capovolto il vero, quando *Gerber* (p. XX) sostiene che i principii del diritto tedesco hanno un carattere *subbiettivo*, e che a Roma (p. XIX) erano d'indole *obbiettiva* ed *astratta* le fondamentali

rore trovasi in oltre contraddire al semplice principio logico, che la forma si deve disegnare in armonia al contenuto, e non questo acconciarsi ad essa. Però sarebbe lo stesso che sovvertire il rapporto delle cose, se si credesse poter *costruire giuridicamente* gli etici rapporti della vita per mezzo del solo concetto astratto del diritto. Siffatto modo di

massime giuridiche; mentre invece gli è tutto opposto il caso, sendo che il diritto romano s'appoggia a basi subbiettive, solo per astrazione generalizzate. Gerber però trovasi nel vero terreno quando (p. XXII) dice che nella primiera veduta germanica del diritto « l'elemento giuridico manifestasi come cosa secondaria, come fattore puramente formale, che appone l'impronta giuridica a quanto risulta dalla libera formazione dei rapporti di fatto. » — Che se desso autore rifiuta un tale concetto e intende attribuire al diritto non solo un significato *formale*, « ma bensì la natura di un'essere sussistente di per sé (?!) con organismo proprio e vita indipendente (?!), » per tale apoteosi di un concetto, si fa del diritto un'idolo cui si sacrifica la vera vita; e per tal cosa è dimostro eziandio in quali errori possano incappare anche profondi scienziati lorchè neglignando ogni filosofia del diritto, muovono solo da vedute giuridiche parziali ed esclusive. Per rischiarare vie maggiormente la diversità della teorica nostra, è prezzo dell'opera l'accennare qui alla veduta schiettamente romana di Lenz (p. 156 e 349), il quale considerando il diritto come la potenza del *volere*, senza però sconoscere i precetti della *libera morale* esclama: « La comunione conjugale dei beni non ha in se nulla di *giuridico*; *giuridico* è solo il sistema della dote necessario per coloro il cui egoismo non sciogliessi manco all'amor matrimoniale. « La vostra comunione conjugale de' beni, per quanto vi sforziate, non la potete dedurre dai vostri così detti *condominia ex jure Germanico*, e tanto meno giuridicamente costruire ». — « Anche il testamento, opina Lenz, sia qual forza del *volere*, il punto principale per il diritto, e che una sanzione legale della successione *ab intestato* non possa avere altra interpretazione, se non quella che essa cerchi esprimere la probabile volontà del defunto ». L'uomo morale — aggiunge egli nel vero spirito tedesco — può benissimo pensare altrimenti, ed il costume è migliore del diritto: « non devono però confondere questi due momenti, e l'ultimo ne è dato nella sua acuta severità a cagione della durezza dei nostri cuori ». — Ed in vero quivi non è espressa se non la logica conseguenza della angusta veduta romana del diritto considerato per una mera potenza della volontà, dal che largamente emerge la sanzione dell'egoismo quale prediletta produzione del diritto, nonchè veggonsi abbandonati ad una illimitata libertà e senza giuridica guarentigia gli intimi vincoli vitali, a cui rispondono gli scopi morali della vita espressi in azioni e rapporti esteriormente valutabili e perciò anco capaci di giuridica determinazione. Del resto torna opportuno il rammentare come il diritto sia del tutto inpossente a costruire di per sé cosa alcuna, nè sistema dotale, nè comunione di beni, nè testamento o successione *ab intestato*, sendo invece la morale ed il costume più o meno purgati quelli che generano secondo le sorgenti necessità tali istituzioni, nelle quali ritrovano giuridica guarentigia e la singola personalità, ed il vincolo della comunione col rannodare gli individui allo insieme superiore. (Intorno a ciò, vedi il diritto naturale di Röder ai §§ 93, 98. che trattano del diritto ereditario, e la mia filosofia del diritto a p. 327 e 600).

considerare limitato ed astratto, gli era appunto inerente al carattere del Romano. Imperocchè questi nella sua tendenza egoista volta ad afferrare i rapporti non in se obbiettivamente ma a soggiogarli al dominio suo; onde estendere la propria potenza per mezzo dei beni (onde la massima di Aristippo: « mihi res non me rebus subjungere conor, » Hor., sembra proprio uno slancio dell'anima), considerava tutto il diritto in riguardo privato giuridico, soltanto come una facoltà sulle sostanze determinante la sfera del potere entro la quale una persona può a suo talento operare in modo giuridico ed in armonia alla propria individuale natura, sia questa morale od egoista. Ma in opposizione a tale concetto romano, convien pure si distinguano nel diritto privato due essenziali cerchie. L'una si è quella in cui *predomina* il volere della persona esistente *per se stessa* ed operosa, e che trova nel possedimento de' beni materiali un dominio, nel quale il principio morale non può essere giuridicamente assunto se non in modo secondario e limitato, e solo all' intento che la disposizione dei beni non urti coi doveri riconosciuti universalmente per morali (p. e. nella lesione degli obblighi verso i congiunti, veniente da prodigalità). L'altra cerchia si è quella in cui le persone incontrano dei rapporti ancor più durevoli nelle varie maniere di società, e nella quale convien che il volere degli individui si conformi all'indole ed allo scopo della consorceria; e dal loro lato quelle società che hanno o non dovrebbero avere la sola tendenza del conquista di sostanze, ma invece di incarnare etici rapporti, devonsi giuridicamente ordinare in armonia a tali ultime relazioni. A queste non appartengono solo le coniugali e di paternità, nonchè quelle de' servi, ma eziandio tutti i legami di consorceria di cui abbonda cotanto la vita germanica, e che il diritto tedesco al contrario della romana *societas*, nella quale non si manifestò se non l'egoismo avverso ad ogni maniera di nodi, regola in rispondente guisa non soltanto secondo le giuridiche vedute sul possesso dei beni, ma ben anco all' intento di raggiungere scopi morali e giuridici, come è a dirsi del sussidio e cura delle vedove e degli orfani. Siffatti legami di corporazioni furono sciolti pei moderni principii di economia popolare, e per l'influenza del diritto romano. Se non che la vera missione economico-popolare, morale e giuridica dell'era nostra, si è quella di ristabilire simili rapporti, i quali quantunque debbansi per lo innanzi fondare sul principio della libertà, tuttavia hanno ad essere morali e giuridici; come pure conviene si stringano de' vincoli che sieno norma a quelli che offrono ed agli altri che abbisognano di lavoro. Finalmente la nostra vita animata da un più elevato spirito di moralità, se nascere varie associazioni dirette a scopi spirituali e morali; nelle quali è bensì regolato il modo di partecipazione de' socii per le azioni e loro quote dei beni, ma però il lato facoltativo giuridico è subordinato come mezzo allo scopo, per il che non è dato tener parola di un dominio, o potenza di volere dell'individuo. Gli è quindi che il punto di vista (1) unilaterale giuridico

(1) Anche *Ihering* non abbondò tal punto di vista, dicendo nella p. II. pag.

romano è forza abbandonare, e non muovere dalla persona e dalla sua sfera individuale, onde porre il diritto in un dominio, in una potenza del volere, ma collocarlo nell'ordine esterno dei rapporti della vita che reciprocamente si presuppongono e si richieggono, in guisa che ogni relazione vitale sia a determinarsi anche obbiettivamente con riguardo a tutti gli altri rapporti, e non soltanto in armonia al volere subbiettivo di uno o più individui. Indi ne viene che la conoscenza fondamentale dei rapporti religiosi, morali, economico-nazionali della vita, formi il sostegno d'ogni giurisprudenza, in confronto alla quale ogni qualunque cognizione meramente storica è di gran lunga inferiore.

2. In base a ciò è dato conoscere la natura del *principio volitivo*, il quale emerge parimenti in modo totalmente astratto nel diritto romano. Benchè doppia sia la fonte del diritto, una obbiettiva posta nei rapporti della vita formanti il vero *fondamento*, la *ratio juris* obbiettiva, l'altra subbiettiva collocata nella *volontà* che si è la *causa* attiva dell'origine del diritto considerato per una manifestazione esterna; malgrado questo, il diritto romano riconosce pressochè esclusivamente il solo volere come sorgente del diritto, in guisa che esso sistema può venire designato per il *principio della volontà subbiettiva* (1). Trovasi per vero nell'antico concetto religioso del diritto, come *Fas* (*fari*, sentenza divina) accennato ad un'origine superiore all'umano volere; e più tardo si cercò per mezzo

145: « Il contenuto di ciascun rapporto di diritto, com'è spogliato degli accessori e ridotto alla sua giuridica essenza, si rivela per la forza della volontà, il dominio, e le varie maniere di giuridiche relazioni, sono diversità di potere ». *Ihering* non sconosce che « la materia del *jus* trovasi molte volte frammista ad altri elementi, e precisamente in proporzioni assai disuguali, però che costituisca dessa ora una parte assai insignificante, tal'altra siata la prevalente, e quando l' unica esclusiva d' ogni rapporto. » Ma esso autore opina che « il giurista sia obbligato a stabilire nell' analisi del diritto, per quanta parte i singoli rapporti entrino a formare il contenuto giuridico. » Ma — per serbare la similitudine — speita al giureconsulto non solo analizzare, ma eziandio colla sintesi giuridica mettere l'elemento vitale di diritto in giusto rapporto cogli altri fattori della vita, secondo che li va condizionando o da essi è condizionato, al quale intento torna necessario si approfondisca la natura degli altri principii. E sarà pur sempre un'errore il credere che si possa stabilire in modo giuridico un qualsivoglia rapporto della vita, assolutamente senza un concetto del diritto. — *Puchta*, corso delle Istit. II. pag. 595, ove egli assume il concetto del diritto, come un *potere* sovra un oggetto soppo alla *volontà* di chi ne ha il *dominio*, concetto che ci pone a base della determinazione di tutte le parti principali del diritto, non vuole in armonia a tal veduta regolare i rapporti di famiglia; e contro a ciò ebbe a pronunciarsi molto ragionevolmente *Savigny*, sistema ecc. I, pag. 540.

(1) Ciò che dissi sull'influenza della filosofia, specialmente per mezzo di Cicerone, sul diritto positivo, venne ora fin quasi alla prolissità dimostrato dal *D. Böigt*, nella sua opera: « la dottrina del *jus naturale, æquum et bonum* e del *jus gentium* dei Romani » 1836, nella quale espone pure la somma efficacia delle teorie filosofiche di Cicerone.

del concetto filosofico, e specialmente per quello di Cicerone, la fonte del diritto nella natura ragionevole dell'uomo, e però che Dio stesso sia la ragione suprema, quella sorgente tentossi derivarla da Dio e dall'ordine di vita da Lui stabilito (1). Tuttavia e presso il popolo ed appo i giureconsulti rimase predominante l'opinione, che quanto è di diritto venga stabilito dalla operosità del volere degli individui o della massa. Per il che appare la volontà siccome la forza generatrice del diritto, quindi qualità inerente alla persona in guisa che da essa trovisi per niun modo separabile, nè acconsenta (come il Romano ritenne coerente a se stesso) veruna sostituzione. Non altrimenti nel diritto pubblico il volere comune considerasi per fonte della legge, che però non sendo creato dalla personalità subbiettiva, non origina manco i diritti degli individui, i quali diritti, toltine i casi di stringente necessità, non può togliere ma deve anzi proteggere.

Ma nella considerazione morale di un popolo non venne però identificata la volontà col libero arbitrio; eravi invece inerente un concetto più elevato dalla vera *libertà*, che doveasi pur tutelare per la legge contro l'arbitrio. E codesto avvenne e per essersi mantenuto intatto il principio della libera personalità riconosciuta nel diritto civile, e per essersi incarnato (obbiettivato) il concetto della libertà in giuridiche istituzioni (2). Epperò verun cittadino romano non potea per contratto farsi schiavo ad un'altro (come viene narrato da Tacito ove parla dei guochi degli antichi Germani). Così il diritto non acconsentiva verun'azione a que' patti che trovavansi ripugnare alla libertà del matrimonio, quali sarebbero la promessa di stringere o no le nozze, di scioglierle o serbare il vincolo, come anche secondo l'antico diritto di non promuovere lite contro gli sponsali. Ugualmente la legge non tollerava alcuna restrizione al libero testare. Di speciale interesse si era il conservare libera la proprietà come se qualsivoglia limite fossè opposta alla sua natura, onde tramandarla in esso stato anco ai successori ed alle future generazioni, non essendo acconsentito il porle dei vincoli e restrizioni all'intento dell'uso economico, se non per mezzo di servitù. Perciò resi fin da principio impossibili i fedecommessi di famiglia, in ispecialità gli aggravi reali (del diritto tedesco) e le servitù personali; dal che scorgesi di quanta utilità dovesse essere l'accogliere il diritto romano negli stati germanici, allo intento di eangiare le ultime condizioni. Del resto malgrado che per l'interesse morale e sociale, sia ammessa una libertà obbiettiva in contrapposizione

(1) Siffatta relazione della legge verso il diritto dei singoli, venne dimostrata da *Ihering. Cicerone pro Cœcilia* al c. 23, dice; « *Quæro abs te, putæne, si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum, atque firmum futurum? Perspicis hoc nihil esse. Primum illud, concedis, non quidquid populus jusserit ratum esse oportere* ». E al c. 26: « *fundus a patre relinquitur, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus* ».

(2) Ciò venne molto acutamente svolto da *Ihering, II, pag. 224.*

al mero arbitrio, la volontà quale causa del diritto viene insufficientemente assunta nella sua vera posizione circa il *fondamento* giuridico, la *ratio juris*, fondamento che è appunto riposto nei rapporti della vita derivanti dalla natura etica dell'uomo. Questa *ratio* (1) esige per una parte che il volere riceva la spinta determinatrice appunto da esso-supremo fondamento; e per l'altra, che a causa del nesso organico di tutte le relazioni, la volontà abbia riguardo a que' rapporti religiosi, morali, economico-nazionali e publico-giuridici che modificano la relazione che sono da determinarsi giuridicamente più da presso. Nè trascurò del tutto simili riguardi il diritto romano, avvegnachè facesseli anzi egli apprezzare nella loro varietà, come l'*humanitas, æquitas, boni mores, utilitas* (2). Ma la somma importanza viene però data alla forza subbiettiva del volere, che nel diritto publico emerge nel concetto dello stato inteso come contratto, *communis reipublicæ sponsio*, nella *voluntas populi*, e nel *consensus utentium* tenuto per base delle leggi e consuetudini, nonchè nel caratteristico *imperium* degli impiegati.

3. La facoltà mentale che trovasi predominante nel popolo romano, si è l'*intellelto*, cioè la potenza analizzatrice e sintetica, che afferra principalmente persone e cose nella loro sussistenza individuale ed isolata, e che poscia mediante astrazione delle specialità e differenze, comprende tutto quanto avvi di comune in un concetto astratto. Indi il diritto romano presenta un carattere *formale ed astratto logico*, manifesta la direzione alla *corrispondenza dello scopo*, ed il fondamento universale dell'*intelligente egoismo*.

a) Il carattere formale logico, si rivela nella tendenza a ridurre a certe forme comuni o schemi, tutti i rapporti che le persone hanno tra di loro e verso le cose; a disegnare queste forme chiaramente con acutezza e stretta colleganza fra di esse, ad apprezzarle come se fossero esseri individualmente esistenti; ed a ricorrere piuttosto a delle finzioni ed ambagi, ogni volta che sono cangiati i rapporti, di quello che a rinunziare alle antiche forme. A motivo della natura formale che rivelaasi nell'analisi propria al diritto romano, lo si volle paragonare alla matematica (3). Ma in codesto convien riscontrare un biasimo, anzichè una lode. Nella stessa guisa che la matematica, quantunque le sia dato per leggi costantemente uguali e necessarie della vita di natura, determinare egualmente e per sempre anco i rapporti formali (di spazio e di numero), non può tuttavia arrogarsi l'importanza delle scienze naturali materiali (fisica, chimica ecc.) le quali indagano la natura delle cose. E siccome gli era

(1) Il concetto della *ratio* ne si offre nelle fonti del diritto romano sotto vari significati, cioè come *fondamento, come riguardo, ragione umana, ragionevolezza* obbiettiva insita nelle cose e nei rapporti. V. Voigt. p. 338.

(2) La dettagliata dimostrazione ne vien porta dallo stesso Voigt.

(3) Leibnitz (Spt. vol. 4. P. 5. p. 267). Dixi sæpius, post scripta geometrarum nihil extare, quod yi ac subtilitate cum Romanorum Jurisconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis.

pure un'errore di più matematici il credere di poter determinare per mezzo di forme matematiche le naturali qualità di una cosa, di un fenomeno (p. e. la luce); così gli è pure, come dimostrammo, fallace avviso quello di tenere possibile il determinare il diritto in se solo, facendo astrazione dalle relazioni vitali, e di poter costruire colle forme giuridiche una specie di tavola aritmetica del diritto.

b) Questa direzione formale che si manifesta nell'astrarre e nel generalizzare era l'espressione e ad un tempo il sostegno alla *aspirazione all'uguaglianza* (1) cotanto viva nel popolo romano. Per lo addietro si ritrovavano per vero nel diritto privato delle forme e concetti comuni (p. e. *res*, le forme del *mancipium* e *nexum*), ma servivano più che ad altro, a manifestare la maggior semplicità dei rapporti. Del resto sebbene ne' successivi tempi collo svilupparsi del diritto pretorio e del diritto della scienza, si fosse considerata la diversità delle relazioni, rimase però prevalente, per quanto era concesso, la tendenza a generalizzare ed equiparare. Il Romano come quello che non era dotato di verun senso artistico per una configurazione propriamente concreta individuale, e le cui divinità non erano se non l'apoteosi di concetti astratti ed armonizzati alle circostanze ed agli scopi pratici, studiavasi anche nel diritto accogliere l'individuale ed il concreto in forme comuni. Le XII tavole colla *exaequatio juris* tolsero la differenza di casta tra i patrizi ed i plebei, e quindi in poi non vi ebbe a Roma se non un solo ceto civile, un solo diritto di condizione, quello del *civis romanus*. Anco nel diritto civile rimane sempre predominante la tendenza a trattare, per quanto fosse concesso, egualmente tutto che poteasi collocare sotto un concetto comune astratto. Ciò emerge sommanente nel diritto sulle cose, nel quale la importantissima distinzione tra proprietà mobile ed immobile, non facendone caso di alcuni essenziali momenti p. e. del tempo richiesto per usucapire, non si ritrova avere alcun valore giuridico nel possesso, nella proprietà, nel diritto di pegno, in quello ereditario e nelle obbligazioni. All'incontro il diritto tedesco trattando con fondamentale differenza la proprietà fondiaria e la mobile, variamente definisce il diritto a misura che cangiano le posizioni della vita, del ceto e della vocazione, della nobiltà, del cittadino, di chi esercita una professione, oppure è dedito ad arti od agricoltura. Convien di certo ammettere come appunto per ciò tale sistema sconosca la suprema uguaglianza comune, civile e giuridica. Dal che venia che somma fosse l'utilità di accogliere nuovamente il diritto romano, perchè si ammettesse la universale uguaglianza giuridica; e quindi la somma di lui semplicità, generalità e chiarezza largamente contribuì a far cancellare parecchie inutili distinzioni e leggi particolari, nonchè a dar fondamento ad una maggiore unità giuridica. Il diritto romano ed il tedesco (2) hanno d'uopo d'essere in questo punto

(1) Su questa aspirazione all'uguaglianza, V. Ihering, p. 86-125.

(2) Qualsivoglia fautore del diritto germanico, sarà stretto a convenire con

conciliati. Esigono l'unità giuridica e l'uguaglianza, che vi abbia un diritto ed un giudizio comune a tutti i rapporti, innanzi al quale non sieno diversamente considerati gli individui, nè come uomini, nè come cittadini; ed immediatamente dopo, che le varie condizioni nascenti dalla distribuzione del lavoro umano sociale, ritrovino un'acconcio ordinamento giuridico (1).

e) Nella sua saggia vitale tendenza, il popolo romano conosceva e calcolando, usava prudentemente di tutti i rapporti all'intento di giugnere a proprii pratici scopi; e ad un tempo assimilavasi il diritto privato, che per ciò ebbe a subire continue riforme ricevendone perenne miglioramento. Nessun'altro diritto progredi tanto cogli stessi rapporti della vita, come il romano, nè codesto avvenne certamente per una cieca tendenza, ma in forza della legislazione per coscienziosa volontà sì dei magistrati (specialmente dei pretori), quanto del popolo. Niente era più contrario al diritto romano, che l'abbandonare i rapporti e le istituzioni a loro stesse, sì che avessero a svilupparsi non altrimenti d'una vegetazione, o per un naturale incremento. Ovunque manifestasi le consapevole intenzione, la conoscenza dello scopo e dei mezzi, dal che somma fermezza nell'incessante tendere alla meta. Il popolo romano non sacrificò giammai la vita ad un concetto o a meri assiomi teoretici. Mentre i nostri moderni propugnatori del sistema romano, veggono forse troppo di frequente la vita traverso il prisma de' romani concetti, il popolo del Lazio considerò la vita in se stessa, e a misura che i di lei rapporti cangiavano, riformò con coscienza anche le norme e le forme giuridiche.

Nel suo complesso il diritto romano si manifesta come un diritto sulle sostanze, animato dallo spirito dell'egoismo inteso a toccare i pratici scopi del proprio interesse, ed assumente la forma giuridica del dominio della volontà. L'egoismo (2), la molla della intera vita nazionale,

Thering, ove questo osserva, II, p. 122, che per sottrarsi al diritto romano la vera via non si è quella di segnare la differenza tra la nostra veduta giuridica particolareggiante, e quella romana che centralizza; ma che invece converrà coltivare il momento unificatore della nozione giuridica alemanna, e mostrare come noi non siamo infine sì poveri quanto si credette, nè che ne sia mestieri prendere a prestito esclusivamente dal diritto romano quanto ne fa di mestieri circa a vedute unificatrici.

(1) Il maggior numero degli attuali amatori del sistema germanico, trattano quindi isolatamente anche i rapporti giuridici dei ceti speciali; ma gli è contrario e allo spirito del diritto tedesco, ed alla natura della cosa, il cancellare alla foggia dei moderni cultori del sistema romano queste differenze, come anco si lacere, separando, quanto conviene spelli ad un corpo solo, e si ritrovi in uno stato di reciproca modificazione.

(2) Tale egoismo venne presentato da *Thering*, come per ma fecero *Hegel* e *Gaus*, per l'intima base del carattere del diritto romano. Epperò egli dice I, p. 208; « le istituzioni romane, le virtù ecc. si coordinano in un sistema organico che viene mosso dallo spirito dell'egoismo; e questa forza motrice si palesa solo nella struttura ed energia dello *insieme*, e non già in quella

era volto esternamente a sommettere al potere e dominio romano gli altri popoli, ed internamente nel diritto privato ad estendere i beni onde ampliare di tal guisa la signoria sulle cose e sulle azioni altrui. Il perchè, sendo sempre diretto a cercare i propri vantaggi, anche con danno altrui, risguardavasi come un principio naturale (*in emendo ac vendendo naturaliter concessum est, sese invicem circumscribere* l. 22, § 3. D. locati). Qual diritto sulle sostanze unilaterale ed astratto, esclude quindi il sistema romano dalla sfera giuridica tutti i rapporti che non acconsentono nè un potere nè un dominio egoistico, e nei quali ritrovansi dei più saldi vincoli della vita, quali sarebbero relazioni morali, ovvero una subordinazione dei beni a tali scopi. All'incontro il diritto germanico animato da uno spirito di unione della morale col diritto, impedì che si stringessero e si soffocassero i rapporti giuridici nel diritto sulle sostanze; e però che esso non ammettesse in massima il concetto astratto della sostanza, nè questa considerasse siccome una indipendente unità giuridica, ovunque determinò i rapporti venienti dalla proprietà e dagli obblighi, in armonia alle differenze delle persone e delle relazioni della vita. Di più stabilì parecchie restrizioni morali, e coi vincoli sociali congiunse società e consorterie, beni e fini morali. Il moderno egoismo che cerca condurre a vantaggio di sè la novella libertà del movimento de' beni che veramente è buona ed utile, andrebbe contento se potesse, in armonia allo spirito del diritto romano, seguire senza ritegno il proprio impulso, e non farsi caso nel commercio individuale come nelle collegazioni sociali d'ogni maniera di riguardo ed ob-

delle singole parti . . . La forza del diritto romano si rivela in ciò che non perde mai di vista il nesso complessivo, nè tende manco un istante ad accontentarsi momentaneamente a proprio costo. . . Per il che si può contrassegnare il carattere romano tanto nelle virtù come ne' vizii, pel sistema dell' egoismo disciplinato. Il principio fondamentale di questo sistema si è che l' inferiore si sacrifichi al superiore, l' individuo allo stato, il caso speciale alla regola astratta, il passeggero al perenne. . . Un popolo il quale nell' immenso amore della libertà, acquistò come per seconda natura la virtù del sacrificio, è chiamato a dominare gli altri. Ma il prezzo della romana grandezza si fu ben caro. L' insaziabil demone del romano egoismo tutto sacrifica al proprio scopo, la felicità ed il sangue de' suoi cittadini, come le nazionalità de' popoli stranieri . . . Il mondo che gli appartiene è privo d' anima, spoglio de' beni più cari; gli è un mondo retto non già da uomini, ma da massime e regole astratte. Desso gli è una macchina grandiosa, mirabile per solidità, sicurezza e modo costantemente uguale di muovere, nonchè per la forza che va sviluppando, con che infrange e schiaccia tutto quanto le si oppone; ma tuttavia gli è sempre una macchina, a cui era pur schiavo il suo stesso signore ». (Vedi la simile opinione di Hegel). Ed in questo mondo si spinge e si rilega la gioventù studiosa prima ancora che abbia conosciuta una norma suprema mercè l'etica e la filosofia del diritto; e poi si lamenta che non venga giammai o ben difficilmente raggiunta una elevata idea del diritto, dello stato, e della vita.

bligo giuridico e morale. Ma il principio morale che non è per anco oscurato nel diritto e nella vita tedesca, malgrado il predominio del sistema romano, eleva di nuovo le proprie esigenze e conviene ritrovi appoggio in una suprema filosofia giuridica, e si svolga ognor più sovra una base etica.

§ 3. INFLUENZA DEL DIRITTO ROMANO SULL'ORGANIZZAZIONE MODERNA DELLA VITA E DEL DIRITTO, NONCHÉ DI LUI PREGIO IN RIGUARDO ALLA VITA GIURIDICA ED ALLO STUDIO DEL DIRITTO DELL' ATTUALITÀ'.

Nella precedente valutazione del diritto romano, de' suoi principii in se ed in contrapposizione al diritto germanico, si accennarono i cambiamenti che esso coll'essere in qualche modo accolto, dovea produrre nella vita germanica. Ora quivi andremo considerando i momenti principali da un altro punto di vista.

1. *Influenza dell'adottamento del diritto romano sulla nuova conformazione della vita e del diritto.* L'adottamento del diritto romano, di che non fu per anco scritta la storia interna sì importante (1), conviene lo si consideri da un punto di vista più elevato, siccome un avvenimento che muove da intime cause, quale anello di quella catena che ammaglia tra loro i lavori ed i conquisti dei popoli. Più volte si lamentò che per tale accoglimento, al diritto tedesco si ritardasse il naturale sviluppo. Ma sendo che da un lato convenga avere per sommo beneficio, che ai tempi nei quali la vita tedesca cominciava a fiorire nelle arti e nel commercio, il diritto romano il quale avea già di molto sviluppati i principii giuridici circa le sostanze mobili, diventasse un rispondente completamente al diritto alemanno; così fa d'uopo considerare per somma ventura l'essersi frapposto un'ostacolo allo svolgersi del diritto tedesco, avvegnachè questo si ritrovasse avere una falsa direzione, ed il movimento intero vitale e giuridico fosse cotanto impastoiato da vincoli feudali, che la dignità dell'umana persona e la libertà stessa, si in generale quanto nella conservazione delle sostanze, pressochè completamente spenta nella coscienza morale e giuridica. Però il diritto romano ebbe ad impedire l'ulteriore diversione, ed a rammentare allo spirito ed al sentimento tedesco il principio della personalità e libertà, principio che era in essenziale rispondenza coll'antico diritto germanico, e che attualmente si fu un sussidio a sciogliere quei strettissimi ceppi. L'adottamento del sistema romano armonizzava colla moderna tendenza spirituale, la quale

(1) Qual' alto interesse si debba opporre alla mancanza di una tal storia, fu indicato da *Blundschli* nella prefazione al suo privato diritto tedesco 1885 nel quale manifesta un vivissimo senso tedesco del diritto, contrario alle strane vedute non ancora abbandonate, circa la posizione del diritto romano nella vita alemanna; com'anco esprime una speranza che venga fondata una legislazione germanica, già da gran tempo attesa,

manifestossi dopo l'infelice esito delle crociate, e che condusse gli spiriti a ripiegarsi sovra sè stessi, e la filosofia colmò d'onoranza (l'ultima crociata di già assai debole 1248, — Alberto il grande 1280 e Tommaso d'Aquino 1274), guidandola quindi sovra un terreno indipendente in cui essa sdegnò le prische autorità. Il novello spirito filosofico ringagliardito per gli studii della antica filosofia, l'adottamento del diritto romano, indi la riforma religiosa, divennero tre punti di partenza e tre impulsi al moderno spirito, e vicendevolmente sussidiaronsi: L'*individualità* dell'uomo, come quella che nella direzione intellettuale si impose quale pensiero e riconoscimento di se stessa, e che alla religione chiese una vita emanante dalla fede interna, ebbe dal romano diritto guarentita la sua libera operosità nella vita civile esterna. Il diritto romano tolse innanzi tutto allo stato i vincoli ecclesiastici, fece riconoscere l'indipendenza della vita civile, propugnò il concetto di una comune cittadinanza di stato, il potere dello stato ravalorò e liberollo dalle pastoie feudali, fece che nel diritto privato s'apprezzasse la civile personalità, l'uguaglianza avanti la legge civile, il libero trasferimento delle sostanze, ed in special modo la libertà della proprietà fondiaria, ed introdusse una migliore amministrazione di diritto per l'abolizione degli ordali (giudizii di Dio). Questi sono benefici di cui dobbiamo saper grado al sistema romano. Ma non possiamo però sconoscere, il che ebbimo sopra ad accennare, che siccome la filosofia e la riforma stessa traviarono in parte in falsi sentieri, così anche il diritto romano a motivo della severa esclusività dei suoi principii, fu spesso state guida a di molti errori. Da ciò seguì che esso diritto aspirasse a dominare il tutto e ad acconciare alle proprie forme i rapporti della vita germanica, si spesso nell'interno tra loro varianti. Or qui sommamente emerse la vigoria del sentimento alemanno, e dalla tendenza giuridica del popolo ancor viva e sana, malgrado che la fosse l'epoca in cui i giureconsulti tedeschi aveano pressochè completamente obliato il diritto patrio per troppa vaghezza dello straniero. Ma il popolo nostro colla sua connaturale tenacità e perseveranza serbò, malgrado l'opposizione dei giuristi e dei giudizii, la consuetudine di parecchie importanti istituzioni giuridiche, resistette per necessaria difesa (1) allo straniero spirito innovatore, e tenne ferme le proprie credenze diverse dalle romane, nel matrimonio, nel diritto sui beni conjugali, nella paterna podestà, nella tutela, nel diritto ereditario; in molti importanti obblighi e specialmente in quanto spetta al diritto di associazione. Incominciato lo studio del diritto tedesco, specialmente allorchè *Conring* (1681) dimostrò evidentemente e con molto calore l'indipendenza nazionale del diritto germanico, anco i giureconsulti malgrado propendessero pel diritto romano, ed i rapporti ed istituzioni tedesche avessero subordinati a concetti romani, studiarono con più giustizia il

(1) Intorno a questo, vedi specialmente *Röder*, nozioni fondamentali ecc. pag. 01.

costume alemanno e diedero indubbie o svariate prove di un'intelligenza giuridica più sana e meglio apprezzatrice delle relazioni vere, di quello che non facessero parecchi rigorosi seguaci della scuola romana-storica, i quali per qualche tempo intesero a ripurgare la vita giuridica tedesca col togliere la fusione già incominciata dei principii romani e germanici. Il vero rapporto tra i due diritti venne sempre più lumeggiato da valenti fautori della scuola romana e tedesca, sì che alla fin fine nè emerse non essere stato accolto il diritto romano come tale, ma avere subito di molte modificazioni essenziali, ed essersi fatto luogo ad un'originale processo d'assimilazione, avvegnachè la vita tedesca si appropriasse soltanto quanto rispondeva realmente ad un'essenziale bisogno. Il *jus romano* si fu ben altra cosa in Germania ed in pratica e nella scienza, di quello che si ritrovasse a Roma. La scienza tedesca lo condusse modificandolo ad un tale insieme sistematico, che ben difficilmente allo spirito romano sarebbe stato concesso fare altrettanto. E come già in Francia il diritto romano, non ricevea applicazione se non come *ratio scripta*, così anco in Germania non è propriamente il così detto impero legale del *Corpus juris*, quanto invece l'autorità della scienza riformatrice del diritto romano che dell'ava norma ai giudizi. Ma l'ultimo stadio di tale sviluppo si può tenere per imminente. Del resto fa mestieri che la vita giuridica tedesca acquisti per la sua unità la vivente espressione scientifica. Spetta alla scienza lo svolgere il diritto ancor valevole, nella sua unità e complesso, senza soffermarsi al punto di vista esclusivamente romano o tedesco giuridico; nonchè l'indagare la vera vita nella quale i due sistemi non trovansi isolati, ma sono all'incontro intimamente congiunti. Da ciò non ne segue che debbasi escludere lo studio esclusivo di uno di essi diritti come emergono nel loro fondamentale storico sviluppo, ma fa mestieri il porli in armonia anco nella scienza colla vivente unità giuridica (1). Siffatta scientifica pertrattazione agevolerebbe anco il

(1) Meco stesso mi rallegro d'aver trovato in un valente seguace, del diritto storico-romano, un mallevadore di questo concetto, che già da lungo tempo ebbi concepito, però che esso fosse mi di guida nello sviluppare i principii di privato diritto nel terzo libro di quest'opera. *Windscheid* nel suo pregevole discorso pronunciato alla festa dell'università, discorso che trattava del « diritto e della scienza giuridica » *Griffwaldia 1884*, dice; « Havvi ancora un male a scongiurarsi, male che soltanto ora avvertiamo, però che l'abitudine ce lo abbia reso pressochè indifferente. Quanto vien trovato siccome essenziale del diritto romano, convien lo si esponga col diritto tedesco non altrimenti di un tutto indivisibile. Quindi dietro quanto abbiamo esposto, vedesi come una tale ricerca è da noi fatta, in quanto si indaghi per essa il diritto tedesco, e non già per avere una isolata conoscenza del diritto romano, il quale perciò viene studiato da quel lato che ne concerne, siccome fosse una produzione germanica. Oggidì la trattazione scientifica scompono la materia giuridica che vuole esporre, in romana e tedesca, e le prende a considerare disgiunte, l'una accanto dell'altra . . . Può essere benissimo che una tal epoca (di siffatta divisione dello studio) non sia per

formarsi di una legislazione nazionale, se questa dovesse — come pare — farsi lungamente attendere.

2. Considerando il diritto romano dal lato del suo utile-pratico attuale vedremo dimostro da un'imparziale ricerca e specialmente dalla scienza di diritto germanico novellamente corroborata, come tal merito sia ben lungi da quello che prima gli si voleva attribuire, avvegnachè la vita giuridica tedesca mantenne pressochè in tutti rapporti alcune proprie direzioni (1). Che se ne rappresentiamo la giuridica condizione nei paesi tedeschi ove vige il diritto comune, condizione provocata dalla coesistenza e vicendevole interesse d'entrambi i sistemi giuridici, non sarà dato indicarla se non per deplorabilissima, nè tale a cui possa recar giovamento il mero storico svolgimento scientifico del romano e del germanico diritto. Ebbero per vero le ricerche storiche il felice esito di rischiarare i momenti caratteristici di ciascun sistema giuridico, di levare novellamente la ripugnante fusione d'istituzioni che vennero congiunte a causa della loro esterna somiglianza, ed in tal guisa determinare con maggiore accuratezza la natura di ciascun diritto, nonchè la sfera ed i confini in cui ponno essere applicati. Ma le vedute sul rapporto del diritto romano verso il tedesco nella vita pratica, le sono ancor di molto varie tra i propugnatori delle scuola romana e germanica, e conducono ad incertezze ed ondeggiamenti. In parecchi casi il quesito dell'adottamento di romana istituzione non è di agevole soluzione, *questio facti*. Perciò le tedesche vicende non trovansi impacciate soltanto per la massa delle controversie del diritto romano, le quali anzichè essere composte o diminuite dalla scuola storica, vennero invece accresciute (2); ma eziandio per la troppa dubbiezza di siffatto rapporto. Ed in ciò è riposta una larga fonte di malcontento ben fondato, malcontento che non può esser tolto se da una nuova legislazione, la quale quand'anco non avesse ad appagare tutte le speranze di beneficii che da essa si attendessero tuttavia correggerebbe dei difetti gravissimi. In generale è necessario convincersi ciò che pur s'ammette dai seguaci delle due moderne scuole romana e tedesca, come la sola trattazione storica del diritto non corrisponda ai bisogni ed alle esigenze della vita. Il sogno della nuda scienza storica deve tenersi per una chimera simile a quella dell'antico diritto naturale, il quale siccome diritto dell'universo mondo, senza tener conto della diversità e modificazioni prodotte dal carattere del popolo, dal costume e dalla storia, pretendeva foggare tutti i rapporti sullo stesso tipo, secondo alcune forme astratte. La scienza giuridica la si deve considerare siccome una scienza della vita abbracciante l'elemento filosofico, lo

anco passata del tutto; ma del resto non è men vero che convenga affrettarne il termine. »

(1) Vedi nella seguente storia del diritto germanico la terza suddivisione.

(2) Vedi più innanzi su ciò nella tesi della codificazione; quanto opina Seuffert.

storico e quello immediatamente pratico; ed i rappresentanti di quella disciplina hanno a tenere ognor desto e serbar vivo e puro il suo sentimento giuridico, mantenendo la suprema relazione tra il diritto ed il suo scopo finale, e promuovendo la conoscenza dei veri rapporti della vita.

3. Lo studio del *diritto romano*, quantunque questo cessi d'aver forza di legge, avrà pur sempre una grande importanza scientifica. Esso gli è una parte integrale di quel retaggio lasciato dall' antichità ai moderni popoli d' Europa, e che questi accolsero nel lieto presentimento della gran vigoria vitale che ne dovea loro derivare. Il *jus romano* è una parte della romana letteratura, ma in lui riflettesi lo spirito e la vita dei romani in una forma concreta. Nella stessa guisa che la filosofia segue una aspirazione ideale, e che l' arte greca rivesti l' ideale di belle forme, così il popolo del Lazio creò nel suo diritto una saggia arte della vita. Ma non altrimenti che la filosofia greca e l' arte vive nella libertà ideale, e va destando questa nello studio; nell' ugual modo il diritto romano compreso della subbiettiva libertà del volere, nutre il vivo senso della libertà. Ed era lo spirito di libertà che veniente dalla antichità greca e romana fu accolto con tanto giubilo da quell' epoca e con tanto amore serbato. Ma il sistema romano non fu solo agevolatore del più libero movimento della vita, che educò eziandio in parecchi riguardi lo spirito germanico nel diritto. Del resto sarebbe erroneo il rifiutare in massima al diritto tedesco un senso di forme, che anzi le ebbe in maggior conto che non facesse il diritto romano, quando però esse erano intese a far riconoscere ed assicurare il diritto. Ma ciò che dovea apprendere il genio tedesco, nel che gli resta ancora da perfezionarsi da vantaggio, si è la plastica configurazione di un concetto generale nelle sue singole conseguenze; il dominio di tutta la materia giuridica porto in tal modo per mezzo della forza di principii comuni; e circa lo studio delle fonti, il rivelare una concreta conoscenza della vita traverso una ricca casistica. Siffatta tendenza spirituale convien si tuteli mercè perenne studio, quantunque a tenore delle giuste esigenze dello spirito, e della vita germanica, faccia mestieri condurre a perfezione nell' uguaglianza generale, l' amore della varietà, ed evitare le conseguenze monche ed esclusive, collo avere in considerazione il nesso organico della vita. Assumerà lo studio del diritto romano più libere e scientifiche forme, quando non venga più trattato come un così detto studio pel pane mendicato tanto sconciamente all' università. Di tale svincolamento devono pure esser partecipi ed il popolo e la studiosa gioventù tedesca. Non altrimenti che la letteratura moderna dopo essersi sollevata sulle opere degli antichi, si emancipò dala mera imitazione e si fece a manifestare il genio alemanno, converrà che la scienza giuridica e la legislazione tedesca dopo essersi condotta ad un gagliardo studio dallo spirito del diritto romano, si liberi da questo diritto tuttora vigente, e si svolga in armonia al genio ed ai bisogni del popolo germanico. Ed è ormai tempo

nè devesi indugiare ulteriormente, che lo studio giuridico non venga più confinato cotanto nella sfera del sistema romano. Siccome lo studio limitato ed esclusivo dell'antichità originò in Francia all'epoca della rivoluzione una imitazione cieca delle forme di stato greche e romane (ed il *délivrez nous des Grecs et des Romains* si fu il desiderio d'ogni assennata persona); così l'inaaccencio studio esclusivo del diritto romano, mantenne in varii rapporti una veduta ristretta, nonchè una tendenza di libertà subbiettiva ed astratta, che venne per conseguenza dal diritto privato estesa al pubblico. Impertanto lo studio del diritto tedesco forma ora una speciale contrapposizione ed un essenzialissimo completamento. Ma esso non è sufficiente di per se solo, avvegnachè quanto completa davvero ed emenda, convien si riconosca anche come un criterio superiore. Se non vuolsi soffocato per sempre negli animi giovanili ogni buon germe fin dal suo primo svolgersi, e se bramasi porre una base stabile alla tendenza spirituale, non si sospinga pressochè esclusivamente la gioventù nel diritto romano: Ma invece fa di mestieri che questo sistema sia piuttosto reso familiare mercè simultanei studii severi dell'etica filosofica e della filosofia del diritto, com'anco delle supremè esigenze della vita, nonchè col far apprezzare gli scopi finali del diritto nelle sue interne relazioni cogli essenziali rapporti; in oltre devesi al più presto procacciare ad essa gioventù nell'economia nazionale (1) una viva conoscenza degli importantissimi rapporti economici popolari, che formano la base di tante relazioni giuridiche.

(1) Anche la economia nazionale viene di consueto studiata troppo tardi presso le università tedesche. Essa è la vera base fondamentale del diritto di commercio; l'autore della *etnologia ecc. Vollgraff* dice con molta ragione nella parte 3. pag. 154: « Nei nostri libri di diritto privato si ritiene di solito che gli obblighi scendino dai contratti ecc. Ma in verun luogo si fa la domanda, d'onde derivino i *contratti*. Si presuppone qualche cosa nel lettore od in chi ascolta, che forse gli manca del tutto, cioè la cognizione della teoria del commercio; si che qualunque venga iniziato alla giurisprudenza, dovrebbe aver già fatto degli studii di economia nazionale, potendo soltanto dopo dedicarsi al diritto privato; però si può benissimo essere maestri nella teoria commerciale senza essere giureconsulti, ma non viceversa ». — Il diritto romano è appunto il più astratto diritto di commercio, e più che ogni altro esige quindi i fondamenti ora accennati.

FINE DEL VOLUME PRIMO.