

rienza secolare, cioè a narrare approssimativamente la genesi e l'evoluzione dell'idea di diritto (1).

(1) Sulla genesi dell'idea di diritto, confr. Lambert, *Fonction du Droit civil comparé*, pag. 211 e seg. per quel che concerne gli Ebrei, - pag. 279 e seg. e 388 per i Musulmani, - pag. 390 e seg. per i Romani, - e pag. 718 e seg. per i Germanici.

CAPITOLO I.

L'EPOCA DELL'USO.

I. — Primato dell'uso nelle epoche primitive.

1. *Carattere empirico del diritto primitivo.* Nelle società ancora primitive non si sa nè si può ancora ben distinguere, come noi possiamo fare ai nostri tempi, ciò che appartiene al *diritto* da ciò che spetta alla *morale* o semplicemente al *fatto*. Per conseguenza gli uomini non sapendo ancora fare una distinzione tra i loro doveri e i loro usi, sono spinti psicologicamente a fare prudentemente ciò che hanno sempre fatto. Per questo, nelle primitive società, il prezzo commerciale delle cose è stato rigorosamente fissato dalla consuetudine fino a tal punto, dice Sumner-Mayne, che in Oriente gli artigiani che attendono ad un commercio tradizionale preferiscono cambiare la qualità della merce, piuttosto che alterarlo: per aumentare i loro guadagni, amano meglio dare una qualità inferiore, non osando rialzare il prezzo tradizionale. Si potrebbe forse trovare una sopravvivenza di questa superstizione economica nelle leggi moderne che hanno lo scopo di imporre le tariffe al commercio.

Noi abbiamo conservata questa *facile* mentalità per ciò che concerne le obbligazioni mondane, a provar le quali spesso non abbiamo altro argomento che: « questo si usa »... « questo non si usa »... « è l'uso »...: per esempio « non si dà del tu ad

un superiore», cioè: non *bisogna* dar del tu ad un superiore: il fatto, l'abitudine, hanno forza di legge.

2. *Trasformazione dell' uso in dogma sociale.* Nella sua epoca primitiva, il diritto si ricollega quindi essenzialmente coll' uso: questo si leva in dogma intangibile, in forza di quella legge psicologica, studiata dal Sumner-Mayne, per la quale lo spirito umano è condotto a considerare un uso inveterato come se fosse sempre esistito e dovesse sussistere in eterno. Prima di essere una *norma*, come un decreto imposto dall' autorità sovrana, prima di essere *Normenrecht*, il diritto fu dapprima *impulsivo* e spontaneo; esso era un *Rechtgefühl*, un sentimento, uno stato d' animo, un' opinione pubblica, secondo la quale si giudicavano *ufficiosamente* le questioni, i litigi e i conflitti. Il diritto era allora tra le famiglie quello che oggi esso è tra le nazioni: la reazione prodotta dagli avvenimenti sulla psicologia dell' opinione; questa prendeva platonicamente un partito nei litigi e nelle lotte, come, anche oggi, fa nelle guerre. Il diritto non era altro che una maniera abituale di considerare i fatti e di comportarsi rispetto a loro: esso, nei popoli primitivi, non era che uno « stato di coscienza » proveniente da una psicologia modellata essenzialmente sull' abitudine.

Ma è necessario precisare qual fosse il carattere della coscienza pubblica nell' epoca primitiva.

Non era in nome « dei principii superiori del diritto » che l' opinione si volgeva da una parte o dall' altra: nelle epoche primitive, la coscienza pubblica non è ancora sufficientemente affinata da poter dedurre « i principii »; per esempio, è per questo che « nella lingua di alcuni popoli inferiori non esiste un' espressione equivalente alla parola diritto » (1).

(1) Jhering, *Histoire du développement du droit romain*, trad. Meulenaere, pag. 19.

Soltanto per impulso di necessità *pratiche* l' uso si è a poco a poco fissato in un senso o nell' altro. La ragione giuridica era allora « diretta soltanto verso fini pratici » (1) e non era affatto « molestata da principii già ben saldi » (2).

Il diritto primitivo era una specie di *casuistica* degli usi e aveva lo scopo di risolvere le difficoltà pratiche e i casi di coscienza pubblica, man mano che si presentavano. In tal modo si formano anche oggi, in alcune « giurisprudenze », più sperimentali che legali, certe materie giuridiche che erano sfuggite alla previdenza dei legislatori, come quella delle assicurazioni, quella della dote mobiliare. Quando poi si è dimenticato tanto l' uso, quanto la sua origine interamente pratica, esso si mostra a noi come un principio della ragion pura; *la ratio civilis*, l'*utilitas*, ci sembra essere *la ratio naturalis* (3), e andiamo a cercare un' idea filosofica, là ove non esiste che un espediente economico.

Come la ragione astrae le idee generali dalle sensazioni (*nihil est in intellectu quin prius fuerit in sensu*) così pure in seguito astrarrà, da antecedenti umilmente economici, l' idea metafisica del diritto (4). Sembra allora – per un fenomeno analogo a quello della « yena inversa » – che sia stato il sentimento naturale che abbia dettato l' uso, mentre invece è stato l' uso a fissare, nell' uno o nell' altro senso, il sentimento naturale del diritto: nel pomeriggio il viandante sembra esser preceduto dalla sua ombra, benchè in realtà le sia anteriore, ed essa lo abbia dapprima seguito durante il mattino (5).

(1) Jhering, op. cit., pag. 16-19.

(2) Jhering, op. e loc. cit.

(3) Jhering, op. e loc. cit.

(4) Anche l' economia politica e sociale è un' introduzione necessaria agli studi giuridici.

(5) Jhering, op. cit., pag. 24.

La prima sorgente del diritto fu perciò l'esperienza, non la speculazione astratta: il diritto non era che l'opinione pubblica, guidata dall'esperienza pratica. D'altronde, come le esperienze industriali nel mondo moderno sono dirette dai sapienti, così pure l'opinione primitiva era guidata, nelle sue esperienze giuridiche, da una specie di *leaders* che avevano un'intuizione particolarmente viva delle soluzioni richieste dalla pratica. Si possono perciò spiegare le origini giuridiche del diritto coll'esempio seguente: « Una strada traversa una foresta vergine o un deserto; tutti vi passano, ma essa non è stata fatta da nessuno, si è formata soltanto perchè intiere generazioni di uomini vi sono passate. Oggi essa è completa, è tracciata, ma dapprincipio non esisteva, e mille tentativi sono stati necessari per cercare e trovare la via più sicura e più comoda (1). Oggi tutti se ne servono senza più pensare a questo lungo lavoro. Ma se ognuno può servirsene, ciò si deve al fatto che altri si sono adoperati a scoprirla, ed essi sapevano ciò che volevano. La strada non è dunque stata creata dall'oscuro istinto delle masse, ma la sua origine deve essere alla volontà cosciente dei primi pionieri; dopo di loro la folla è passata senza più pensare.

« La strada è il diritto dell'uso; nella loro forma attuale, l'una e l'altro sono prodotti collettivi della massa. Senza un'azione continua ed uniforme, e cioè senza l'uso, non potrebbe esistere un diritto dell'uso; tutti hanno in parte contribuito a tracciare la via, a formare il diritto » (2). Come la moda, così anche il costume giuridico proviene dalla collaborazione di coloro che « danno l'indirizzo da seguire » e di coloro che lo seguono.

(1) L'idea di comodità è stata messa in vista più di recente tanto nella teoria della scienza, quanto in quella del diritto, confr. Poincaré, *La Science et l'Hypothèse*.

(2) Jhering, op. cit., pag. 13.

2. — Conversione del costume empirico in costume giuridico.

1. *L'arbitrato delle monarchie e delle oligarchie giudiziarie.* In seguito si venne abbozzando, come ora avviene per le relazioni tra le nazioni, il principio dell'arbitrato. Alle decisioni officiose dell'opinione si sostituiscono quelle ufficiali dei « giudici », le quali a poco a poco formano una « giurisprudenza », un diritto di un uso di nuovo genere, cioè giudiziario, e non più esclusivamente pratico. Alle generazioni spontanee della « pratica » si aggiungono, per disciplinarle le costruzioni della « giurisprudenza ». Il re, aiutato e ben presto sostituito, dai « saggi » diventa il gran direttore della coscienza giuridica. La giustizia diviene un diritto, un attributo reale; l'arbitrato del re viene richiesto: il suo prestigio sociale gli guadagna la confidenza del popolo, e la sua potenza militare garantisce l'efficacia dei suoi giudizi. In seguito, quando si comincia a dubitare del « diritto divino » dei re, quando la dinastia si indebolisce per l'incapacità dei principi la funzione reale è usurpata dal Consiglio del re: dopo un periodo di reame, dice Sumner-Mayne, è cominciato un periodo di oligarchia, se non in tutto il mondo, almeno in tutta la stirpe indo-europea.

Era pretesa di questa primitiva magistratura, di avere in monopolio la conoscenza del diritto e i principii secondo i quali i processi dovevano essere giudicati. Per questo il *fas* (diritto primitivo dei Romani) fu un segreto del collegio dei pontefici, fino a quando Cneio Flavio ebbe l'audacia di divulgarlo. Del resto, prima dell'invenzione della scrittura, un'aristocrazia investita del potere giudiziario era l'unico mezzo pratico per conservare fedelmente gli usi: è necessario un magistero per conservare le tradizioni!

2. *Carattere teocratico e sacro della giurisprudenza primitiva.* L'autorità della sentenza giudiziaria, non potendo esser fondata sulla legge, che ancora non esisteva, era basata sulla credenza in un'ispirazione che dal cielo scendesse nello spirito del giudice, nell'atto in cui pronunziava il giudizio. La sentenza era quindi un *oracolo*, e perciò i sacerdoti furono anche i primi giudici: per esempio, i *gesetzsprecher* germanici, gli *échevins* franchi, i *prudentes* romani, furono dapprima sacerdoti; tali erano anche i giudici ispirati da Dio dei quali ci parla Omero nell'*Iliade*, e i druidi descritti da Cesare.

L'Antico Testamento palesa bene questo carattere teocratico della giurisprudenza primitiva, specialmente nei consigli che Mosè riceve da suo suocero Jetro. « Che è quello che tu fai col popolo? Perchè tu solo al tribunale, e tutto il popolo sta aspettando, dal mattino fino alla sera? » Rispose a lui Mosè: « Viene a me il popolo per udire la sentenza di Dio. E quando nasce tra loro qualche disputa, vengono a me, perchè io ne sia giudice, e faccia loro conoscere i precetti di Dio e le sue leggi ». Ma quegli: « Tu - disse - non fai bene; tu consumi con inutile fatica te e questo popolo che è teco; la cosa è al di sopra delle tue forze, non puoi reggervi da te solo. Ma ascolta le mie parole e i miei consigli, e Dio sarà teco. Sii tu mediatore del popolo nelle cose che riguardano Dio... e per insegnare al popolo le cerimonie, e i riti del culto, e la strada che debbono battere, e quello che debbono fare. Ma scegli da tutta la moltitudine uomini di polso, e timorati di Dio, e amanti della verità e nemici dell'avarizia, e di questi crea dei tribuni e dei centurioni, e dei capi di cinquanta e di dieci uomini, i quali rendano ragione al popolo assiduamente; e le cose più gravi riferiscano a te, e solo le minori decidano onde tu sii sollevato, dividendo il peso con

altri. Se così farai, potrai eseguire i comandi di Dio, e tener mano all'esecuzione delle sue leggi, e tutta questa gente se ne tornerà in pace ai suoi posti » (1). Mosè profitto del consiglio: « E io in quel tempo vi dissi: non posso io solo reggervi, perchè il Signore Dio vostro vi ha moltiplicati e siete in oggi in numero grande come le stelle del cielo... Non posso io solo reggere ai vostri affari e alla fatica, e alle dispute. Scegliete tra voi degli uomini saggi, e di esperienza, e la vita dei quali sia lodata nelle vostre tribù, affinchè io ve li dia per vostri capi... E io presi degli uomini saggi e nobili delle vostre tribù, e li dichiarai principi e tribuni, e capi di cento, e di cinquanta e di dieci uomini, affinchè vi istruissero su tutte le cose. E comandai loro dicendo: Ascoltateli e giudicate secondo il giusto; o si tratti di un cittadino o di un forestiere, non si farà differenza di persone; ascoltate il piccolo come il grande, ... *perocchè in luogo di Dio giudicate voi* (2). Se in qualche negozio che pende dinanzi a te, vedrai delle difficoltà e ambiguità tra sangue e sangue, tra causa e causa, tra lebbra e lebbra, e vedrai che vari sono i sentimenti dei giudici della tua città... ti porterai dai *sacerdoti della stirpe di Levi*, e dal giudice che risiederà in quel tempo; e li consulterai, ed eglino ti faranno scorta, a giudicare secondo la verità » (3).

3. *Suo carattere rituale e simbolico.* Non essendo che un semplice arbitrato sacerdotale, l'autorità nascente, per calmare le dispute e i processi, si occupava più di assicurare la pacifica sanzione dei diritti rispettivi di ciascuno, che di *definirli* teoricamente. Essa trasformò abilmente le primitive violenze in

(1) Esodo XVIII, 14-23.

(2) Deuteronomio I, 9-17.

(3) Deuteronomio XVII, 8-9.

pantomime giuridiche e cerimonie simboliche, come la Chiesa seppe volgere dolcemente certe superstizioni pagane in devozioni cristiane. Vinse le violenze e le guerre primitive, presso a poco con lo stesso metodo col quale Luigi XIV seppe venire a capo dei signori feudali: col pacificarli e col mansuefarli, col volgere le loro antiche rivalità in pompe, in cerimonie, e in procedure di precedenza per « dar modo — come dice Summer-Mayne — al sangue troppo bollente di raffreddarsi » e per « impedire agli uomini di farsi giustizia da loro stessi »; la « vendetta privata » si assopì quindi nei pretori, come la feudalità si assopì a Versailles. Per questo la primitiva procedura era essenzialmente un *rito*, e la sentenza un oracolo.

Tale fu, per esempio, l'antica procedura romana del *sacramentum*, rito simbolico che rappresentava l'origine dell'intervento giudiziario, cioè un litigio calmato da un terzo. Tale anche la scena che, secondo Omero, sarebbe stata incisa sullo scudo di Achille dal dio Εφαιστος. Tale la cerimonia nuziale che, presso molti popoli primitivi, non è che una reminiscenza dell'antico ratto della sposa da parte dello sposo. Tali, tutte le procedure che avevano per iscopo di ritardare il conflitto tra creditori e debitori; per esempio, presso i capi, i testimoni del creditore vanno armati da quelli del debitore; prima però di venire alle mani, e per evitare di giungere a questo, si fa una pausa, subito seguita dalle trattative della conciliazione; — presso i Persiani, il creditore semina un po' d'orzo avanti alla porta del suo debitore, volendo con ciò significare che egli aspetta, prima di mangiare, o che l'orzo sia spuntato, o che gli sia pagato il suo debito; — tale è, nel diritto indiano e nell'antico diritto irlandese, la procedura dell'imposizione per mezzo del digiuno: nell'India, il non rispettare la vita di un bramino è un peccato che

è seguito da pena nella vita futura; perciò, quando uno di questi è creditore, se ne va a digiunare davanti alla porta del suo debitore che, per non lasciarlo morire di fame, gli paga il suo debito (1). Allo spirito di queste primitive procedure, si collega l'uso delle *ordalie*, come la prova delle acque amare alla quale, giusta il diritto ebraico, era sottoposta la donna sospetta di adulterio (2); alle *città di rifugio*, nelle quali, come è noto, colui che aveva commesso un omicidio involontario poteva ripararsi dalla vendetta dei parenti della sua vittima (3); del *taglione*, secondo il quale non si aveva più il diritto di inferire contro l'avversario, dopo che gli si era contraccambiato il male ricevuto (4); degli *accomodamenti legali* (5), coi quali lo Stato impone agli avversari una transazione pecuniaria, la tariffa della quale è proporzionale alla gravità dell'offesa. Tutte queste procedure hanno lo scopo di riappacificare e di guadagnar tempo.

*
* *

Quindi il diritto che nel suo periodo primario non era che una pratica, un uso, uno « stile », una tradizione dell'opinione pubblica, diviene, nel suo periodo secondario, una giurisprudenza teocratica, un uso sacro come il *fas* dei Romani o il suo equivalente arabo il *figh*. Esso, nella sua epoca secon-

(1) Cfr. Sumner-Mayne, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, cap. IX e X.

(2) *Numeri*, V, 11-31.

(3) *Numeri* XXXV, 11-13; Giosuè XX; *Deuteronomio* XIX, 4.

(4)-(5) Si sono ritrovati il taglione e gli accomodamenti legali nel Codice d'Hammurabi, che è il più antico documento giuridico conosciuto. Cfr. Dareste, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1903, pag. 25 e 29.

daria, è essenzialmente canonico: è ciò che è stato *dichiarato* - quod *fas est (fari)* - in nome della divinità (1).

Dopo essere stato dapprima *impulsivo*, e prima di divenire *legislativo* il diritto è *dichiarativo*.

(1) Cfr. il greco *δικη* (*dicere*).

CAPITOLO II.

L'EPOCA LEGALE.

I. — La redazione legislativa degli usi.

1. *Motivi della loro riunione in codici.* Come segreto e monopolio di un'aristocrazia clericale, l'uso giudiziario era facilmente arbitrario. Da ciò nasce la lotta tra i plebei, che vogliono sottrarre l'uso alle interpretazioni interessate dei patrizi, e questi che vogliono conservare il monopolio giuridico.

Questa lotta termina generalmente colla vittoria dei plebei, che finiscono coll'ottenere la *redazione ufficiale degli usi*. Allora, senza cessare di essere teocratico (poichè tutti i sistemi scritti del diritto hanno cominciato, dice Sumner-Mayne, coll'essere incastriati nel ritualismo religioso), il diritto fu, almeno, pubblicato e fissato. L'*arbitrato* era divenuto *arbitrario*, e fu sostituito dalla *legge scritta*.

I primi codici appaiono in quest'epoca *terziaria* dell'evoluzione del diritto; sono, per esempio, la *Thora* degli Ebrei, il *Corano* degli Arabi, le *XII Tavole* dei Romani, il *Ta-sing-lu-li* dei Cinesi (2° secolo avanti la nostra èra), la *Carta d'Antem* degli Egiziani, il più antico monumento giuridico dell'Egitto (1).

(1) Confr. G. Platon, *Les grandes lignes du droit égyptien* a proposito del libro di Révillout (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, gennaio 1903).