

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).

Questi codici non erano dapprima che compilazioni ufficiali degli usi anteriori; raccolte ufficiali di giurisprudenza, contenenti gli oracoli giudiziari resi in circostanze vere o immaginati in previsione di casi possibili. Per esempio, il Corano non è giuridicamente, che la riunione in codice delle *sure* o delle usanze arabe; e per la stessa ragione, la redazione legale del diritto francese, prescritta dall'editto di Montils-les-Tours nel 1453, non fu che una raccolta ufficiale delle usanze del nostro medioevo.

Spesso questi codici non sono opera dell'autore del quale portano il nome, ma vengono attribuiti retroattivamente a qualche eroe nazionale. Si sono perciò attribuite le XII Tavole a un personaggio leggendario, e le Assise di Gerusalemme a Goffredo di Buglione; a san Luigi gli *Etablissements* che portano il suo nome (1), e a Mosè, Solone, Licurgo... delle leggi a loro posteriori.

2. *Ulteriori vicende di questi codici.* A poco a poco si vien formando una « dottrina » per interpretare la « legge », come si era prima formata una giurisprudenza per guidare l'opinione pubblica e la coscienza giuridica. Allato alla « Scrittura » legale sussiste perciò una « Tradizione », un « magistero ». Tali furono i *sounab*, commentari del Corano, i *responsa prudentium*, per le XII Tavole, e i *consulti rabbinici* dei « dottori della legge » in Israele.

In queste « scuole » l'influenza era contesa tra due correnti contrarie; quella dei liberali o progressisti, e quella dei conservatori; — questi erano trattati da quelli come reazionari e a loro volta li trattavano da rivoluzionari o eretici. Tali furono, presso gli Israeliti, le due scuole rivali di Hillel e di Scham-

(1) Paolo Viollet ha fatto la critica di questo documento.

mai, — presso i Romani quelle dei Sabiniani e dei Proculiani (1).

Questa « scolastica » giuridica finisce coll'incorporarsi alla legge, della quale, in principio, non era che il commentario. Da ciò, la formazione di quei grandi « Digesti » come la *Mishna* dei Giudei, redatta nel II secolo dell'era nostra, da Rabbi Iehuda Hanasi, il Gaio degli Israeliti, o le celebri *Pandette* romane (2).

Questi grandi Digesti furono a loro volta commentati da grandi commenti, come la *Gemara* dei Giudei (V secolo della nostra era) o la *Grande Glossa* d'Accursio nel medio evo.

2. — Caratteri delle legislazioni primitive.

1. *Loro rigidità legale.* Essendo fatti per porre argine all'arbitrio collo stabilire ufficialmente l'uso, i codici primitivi portavano l'impronta della legalità più giudaicamente letterale: era necessario conformarsi scrupolosamente alle loro prescrizioni.

Perciò in un processo, bisognava impiegare per propria difesa giuridica, i mezzi rigorosamente legali, e perfino le parole stesse usate dalla legge. Per esempio, si sarebbe perduto un processo se, per rivendicare un toro, si fosse adoperata la parola « toro » invece dell'espressione « capo della mandria » usato dalla legge, o se, per un capro, si fosse usata la

(1) Successe la stessa cosa nella storia religiosa. I primi cristiani, specialmente, erano divisi in due correnti: quella dei « giudaizzanti », che volevano restar fedeli ai vecchi riti della Sinagoga, e quella di s. Paolo che preconizzava l'abrogazione dell'antico regime religioso; le dottrine di s. Paolo prevalsero. Cfr. Tixeront, *Histoire des dogmes*. I. *La théologie anténicéenne*, 1905.

(2) Cfr. Lambert, op. cit.

parola « capro » invece del termine legale: « *l'animal qui broute le poreau* » (1).

Il diritto era perciò confuso colla legalità: l'ossatura legale copriva interamente la vita. Nella storia del diritto, come nella storia naturale (2), lo scheletro primitivo, destinato a sostenere e proteggere la vita, era esteriore all'essere vivente prima di divenire interiore: era come un guscio di tartaruga, e la lettera uccideva quasi lo spirito.

2. Loro « *chauvinisme* ». D'altro lato la legislazione, non essendo ancora il decreto di un'autorità sovrana, ma semplicemente la redazione degli usi anteriori, aveva un carattere contrattuale o quasi contrattuale: non aveva forza di legge che tra coloro tra i quali l'uso si era formato e stipulato, cioè tra concittadini. Perciò non si riconosceva nessun diritto nè allo straniero nè al plebeo, che era un antico straniero, immigrato da lungo tempo nel territorio nazionale.

La terminologia dell'epoca mostra bene questo carattere contrattuale delle prime legislazioni. La legge è la *communis reipublicae sponsio*, il comune accordo dei cittadini; - le leggi sono *rogatae a populo*: - il diritto è il *ius*, parola derivata, secondo Jhering, dalla radice sanscrita *ju* che significa *legare, accordare, convenire*, e dalla quale derivano le parole *ζυγον, iugum, iungere, iumentum* (come il giogo degli animali riuniti insieme per l'aratura - *iumenta* - così anche il diritto è un legame, un accordo).

Del resto questo carattere contrattuale era in armonia con uno Stato, la cui legislazione non poteva

(1) Sumner-Mayne, *Etudes sur l'histoire des institutions primitives*, cap. IX, pag. 316.

(2) Noi alludiamo a certi pesci di specie inferiori che sono contenuti nel loro scheletro, invece di contenerlo.

essere che una convenzione come un'altra tra le famiglie, poichè l'autorità sociale non era ancora propriamente politica, sovrana e superiore alle famiglie, ma si racchiudeva domesticamente in ogni famiglia sottoposta alla monarchia del suo avolo.

La legislazione non era dunque ancora un « diritto pubblico » ma un « diritto privato ». Ora, dice Jhering, « il riconoscimento dei diritti civili dello straniero suppone una separazione completa del diritto privato da quello pubblico... Questi suoi due aspetti sono da principio confusi l'uno con l'altro... l'idea della protezione giuridica dovuta dallo Stato è collegata coll'idea di una convenzione stipulata con lui. Come avrebbe mai potuto uno straniero reclamare la protezione del popolo, quando gli stessi cittadini dovevano farsela espressamente garantire? » (1).

Si potrebbe credere davvero di udire il famoso articolo 1165 del nostro Codice civile, secondo il quale « i contratti non hanno effetto che per le parti contraenti: essi non nuociono agli altri, nè profitano loro... ».

Il diritto romano ha conservato traccia di questo nazionalismo geloso, fino in pieno periodo classico, come ci è attestato da questo frammento di Pomponio: « Un popolo col quale non siamo legati nè da un'intesa cordiale, nè da trattati di ospitalità, nè da alleanza amichevole, non è senza dubbio nostro nemico; ma se i nostri beni cadono nelle sue mani divengono sua proprietà e i nostri uomini liberi che esso riuscisse a catturare sarebbero suoi schiavi. La stessa cosa accadrebbe reciprocamente, se ciò che ad esso appartiene venisse a cadere nelle nostre mani » (2).

(1) *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, pagg. 211, 219.

(2) *Digesto*, XLIX, xv, 5, 2.

Lo stesso avviene nel diritto musulmano, secondo il quale i beni degli *herbi*, cioè degli infedeli non sottomessi ai musulmani, sono *muboh*, ossia sono loro legalmente concessi in proprietà.

Nel medio evo, abbiamo trovato, anche nella nostra storia, qualche cosa d' analogo, sotto il nome di « diritto del profitto casuale ».

CAPITOLO III.

L' EPOCA IDEALE

AFFINAMENTO PROGRESSIVO DELL' IDEA DI DIRITTO

COME gli eccessi dell' arbitrio avevano prodotto i rigori della più scrupolosa legalità, così anche l' esclusivismo e la strettezza di questa determinarono la resistenza del popolo contro un previsto indebolimento del diritto.

Invece di essere puramente psicologico ed empirico, come nell' epoca primaria - o arbitrario; come in quella secondaria, - o di casta e di nazionalità, come nella terziaria, il diritto dell' epoca quaternaria è veramente umanista e pacificatore, superiore cioè - e alle *frontiere* che sbarravano le vie legali agli stranieri - e alle caste nelle quali si fortificavano i patrizi e si chiudevano i plebei. Il diritto cessa allora di essere strettamente civile per diventare largamente naturale.

È specialmente nella storia del diritto romano che ci è più facile di studiare questa trasformazione, dovuta a tre cause principali.

1. *L' influenza della democrazia e del commercio.* Il pretore, magistrato incaricato di amministrare la giustizia, non poteva mancar di osservare il grande movimento democratico e commerciale che, con

l'aiuto delle circostanze economiche, cominciava a delinarsi.

Per tener il debito conto di questo movimento democratico, egli fu costretto a volger il vecchio diritto patrizio in favore delle persone da esso riconosciute; facendo uso di « ripieghi » e « analogie » ritorceva « utilmente » la legge troppo rigorosa, e, in caso di bisogno, giungeva fino a contrapporre apertamente l'equità. Usava giuridicamente la metafora applicando il testo della legge, per mezzo di analogie e ripieghi, a dei casi pei quali esso non era stato fatto, nello stesso modo col quale i letterati arricchiscono la lingua nazionale, troppo povera di parole, infondendo un nuovo significato nelle parole antiche. « Per mezzo di ripieghi... il diritto si cambia un po' dappertutto. Come in linguistica il progresso si ottiene con l'aggiunta di un linguaggio figurato a quello proprio delle parole, così pure nel diritto col'aggiunta dell'adozione, parentela figurata, alla parentela naturale » (1), o con altri ripieghi.

Per tener conto del movimento commerciale, accelerato dalle conquiste militari che facevano in Roma il luogo d'incontro di tutto il mondo, il pretore fu costretto ad adoperare un nuovo diritto con gli stranieri assoggettati e con quelli coi quali si era in relazione d'affari, poichè a loro il diritto civile era inapplicabile. Questo nuovo diritto fu lo *ius gentium*, un riassunto di tutto ciò che v'era di comune tra i diversi usi delle nazioni straniere.

Lo *ius gentium* determinò da allora in poi, come per uno sfregamento elettrico, un ampliamento e un'espansione delle idee giuridiche: si fu portati a concepire un diritto, non soltanto *differente*, ma anche *superiore* al diritto civile. « Si deve al commercio se, nonostante l'esclusivismo delle idee nazionali, l'ele-

(1) Tarde, *Les transformations du droit*, 1893, pag. 195.

mento cosmopolita si è introdotto e sviluppato in seno al diritto romano. Un negoziante commissionario fu il primo pioniere della civiltà » (1).

Anche l'Egitto, per influenza dello *ius gentium* dovuto al suo commercio con la Caldea, aveva tentato, durante il regno del re Boccori, le prime riforme liberali del suo diritto nazionale (2).

Lo sviluppo del diritto naturale è dovuto principalmente alla formazione del diritto commerciale ed alle aspirazioni democratiche che riavvicinavano i diversi popoli, e le caste di uno stesso popolo. Perciò non dobbiamo maravigliarci che esso abbia avuto per culla il bacino del Mediterraneo, che era il luogo d'incontro delle nazioni marittime e commerciali.

2. *L'influenza stoica.* L'influenza della filosofia stoica contribuì pure potentemente a far decadere il vecchio diritto di casta e di nazione.

Riservata dapprima ad una cerchia di scelti pensatori, la filosofia fu poi resa popolare dal cristianesimo che, portando al livello di tutti le abitudini dello spiritualismo e della meditazione, sviluppò e rese popolari le attitudini filosofiche. Del resto, essa influenzò anche dei giureconsulti come Labeone, Proculo, Paolo, Ulpiano, Papiniano.

L'influenza stoica si scorge bene nella filosofia sociale di Cicerone, se la paragoniamo con la filosofia sociale di Aristotele. Per questi l'organismo sociale è basato sulla *ineguaglianza* degli uomini; per Cicerone, invece, sulla loro *eguaglianza*; perciò, per quest'ultimo, la giustizia è soprattutto una legge psicologica e morale, *nata non scripta*, immanente in tutti gli uomini; — egli cerca di render meno dura

(1) Jhering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, pag. 232.

(2) G. Platon, loc. cit.

la schiavitù la quale, per Aristotele, non è altro che la legge naturale di una società progredita; - finalmente Cicerone preannunzia la liberale partecipazione di tutti i cittadini nel governo del paese, mentre Aristotele prevede il trionfo dell'aristocrazia e dell'oligarchia (1).

D'allora in poi si introdusse nel diritto l'ideale stoico di «vivere secondo la natura» e non più secondo l'uso arcaico di un geloso nazionalismo, e si giunse a credere che lo *ius gentium* fosse stato il codice primitivo del «diritto naturale» ritrovato finalmente dopo esser stato a lungo obliato. Si portò perciò nelle questioni giuridiche l'amore dell'unità, della simmetria, della chiarezza, dell'uguaglianza e della semplificazione, che la filosofia greca associava all'idea della natura (2). Si concepì l'ideale di un diritto razionale, generale, elegante e adattato alla «natura umana» e non esclusivo e troppo libero.

Il commercio aveva dato l'idea di un diritto *commune* e *internazionale*; la filosofia dette quella di un diritto elegantemente *razionale* e largamente *umanista*; al commercio si doveva lo *ius gentium*; alla filosofia si dovette il diritto naturale.

3° *L'influenza cristiana.* Infine, il Cristianesimo rese pratiche le idee di uguaglianza, praticate troppo teoricamente dagli stoici. Se la concezione accademica del diritto naturale si deve attribuire alla filosofia, spetta principalmente al Cristianesimo di averla messa in luce nella società. Jhering ha scritto perfino «che le rivendicazioni delle classi lavoratrici non avreb-

(1) Meynial, ragguagli intorno alla *Mediaeval political theory in the west* del Carlyle («Nouvelle Revue historique de droit français et étranger», 1905, pag. 126).

(2) Sumner-Mayne, *L'ancien droit*, cap. III e IV.

bero potuto sorgere nei tempi della Roma antica», perchè queste classi non avrebbero concepito l'idea che la società avesse il dovere di soccorrerle (1); e, come è stato notato da Troplong, le Costituzioni degli imperatori pagani non hanno favorito «l'emancipazione del diritto naturale e dell'equità» (2).

Trasformando i costumi ed elevandoli, per dir così, di una nota, il Cristianesimo aumentò la delicatezza della coscienza pubblica e, conseguentemente, del diritto. Appunto questo diede origine al diritto canonico della Chiesa, che aveva per compito di applicare la morale cristiana, per la quale il diritto imperiale non era sufficientemente puro.

La Chiesa preannunziò poscia, nell'Europa del medioevo, la conversione del diritto romano in diritto razionale e umanista. Essa se ne fece anche, a volte, il lirico campione: «Dio ha sparsa la luce della sua giustizia, non soltanto per mezzo degli apostoli, ma anche dei Romani» dicono le *Constituzioni apostoliche* (libro VI); e il papa Giovanni VIII diceva che le leggi romane erano «degne di venerazione e provvidenzialmente promulgate».

Il Cristianesimo portò oltre a ciò nel mondo l'*idea del progresso*. «La tendenza di cercare dei modelli di perfezione nell'avvenire, e non nel presente, è stata introdotta nel mondo dal Cristianesimo. La letteratura antica ha poche o nessuna espressione che indichi la fede in un progresso della società verso il meglio» (3). Perciò grazie al Cristianesimo, il diritto diviene un *ideale*, verso il quale dobbiamo volgerci, e del quale siamo responsabili verso Dio. Una filosofia sovranaturale, sopraggiunta al momento

(1) *Histoire du développement du droit romain*, trad. Meulenaere pag. 92.

(2) *Influence du Christianisme sur le droit romain*, pag. 129.

(3) Sumner-Mayne, *L'ancien droit*, cap. IV, *Histoire du droit naturel moderne*, pag. 71.

opportuno, quando cioè la filosofia naturale diceva con gli stoici la sua ultima parola, ha compiuto il progresso del diritto, col completare o sorpassare l'opera secolare della natura, e col completarla al punto giusto in cui questa non sarebbe più stata sufficiente.

CONCLUSIONE

APPRIMA semplice fatto, il diritto si è dunque svolto divenendo successivamente un *uso*, e una *giurisprudenza* teocratica, per l'influenza dell'autorità sacerdotale; - poi un *testo*, scrupolosamente letterale e gelosamente civile, per opera del popolo desideroso di mettere un confine o, almeno, un limite all'arbitrio dell'aristocrazia regnante; - infine un *ideale* superiore alle frontiere, sotto l'influenza del commercio internazionale e della filosofia greca, - e pratico e superiore alla terra stessa e perfettibile indefinitamente sotto l'influenza del Cristianesimo. Il sentimento pubblico, l'*opinione*, il rispetto umano che si teme e che si affronta - l'*arbitrato* ufficiale che si domanda - il *testo* della legge che si rispetta - l'*ideale* al quale si mira: ecco quel che fu successivamente il diritto.

1. *Precedenza e superiorità del diritto sulla legge.*
Il diritto è quindi anteriore alla legge scritta, poichè esso, prima di divenire un testo di legge, fu una coscienza pubblica e una giurisprudenza dell'uso; esso è a lei superiore perchè, per l'espansione del commercio, della filosofia e del Cristianesimo,

la coscienza giuridica dovette spezzare la morsa troppo stretta della legalità.

L'analisi storica, come quella logica, ci induce a credere che il diritto preceda la legalità, la contenga e la sorpassi. Esso è l'atmosfera che deve riempire le costruzioni del legislatore, — che deve circolarvi come l'aria in una buona casa — ma che però è immensamente più estesa di loro; le penetra, ma non ne deriva e non è limitata da esse.

2. *Carattere storico e sperimentale del diritto naturale.* La nostra seconda conclusione è che il « diritto naturale », nel senso superiore e classico della parola, non è una conseguenza primitiva e immutabile della natura, ma un'opera lentamente secolare dell'umanità che progredisce. Come tutto ciò che vi è di bello nel mondo, come il firmamento, come i fiori e i frutti, come le specie superiori della vita, come le grandezze nazionali, come il mondo stesso, esso è il punto culminante di una lunga evoluzione.

Ma non è per questo meno rispettabile e divino; poichè « si rende certamente un omaggio più degno al Dio che cerchiamo nella storia, scoprendo la sua mano nelle opere degli uomini, e mostrando come per mezzo del libero arbitrio umano, egli faccia derivare, nel modo più naturale e intelligibile, l'infinitamente grande dall'infinitamente piccolo » (1). Se è ben compresa, la teoria dell'evoluzione delle cose non sopprime l'azione di Dio: essa la mette invece in più viva luce: libera i suoi procedimenti largamente grandiosi, silenziosamente efficaci, dolcemente onnipotenti, dai nostri piccoli procedimenti umani e dalle nostre misere ideologie, mostrandoci che Dio non opera nello stesso modo degli uomini. Quale è

(1) Jhering, *Esprit du droit romain*, pag 225.

allora il suo modo di operare? Questo ci è rivelato dalla storia naturale del mondo.

Alle idee troppo « antropomorfe », che noi ci facciamo della divinità, la dottrina dell'evoluzione sostituisce una concezione di Dio meno umana, ma più divina. Essa è il commentario scientifico di queste parole della Bibbia: *I miei pensieri non sono i vostri pensieri.*

INDICE

PREFAZIONE. Corso di Diritto naturale nell'Istituto cattolico di Parigi	Pag. 5
---	--------

PARTE I.

Analisi logica dell'idea di diritto.

CAPITOLO I. L'IDEA GENERALE DI DIRITTO.	Pag. 9
I. <i>Differenti significati della parola « diritto »</i>	9
1. Significati non giuridici della parola. — 2. Suo senso giuridico. — 3. Sintesi dei due diversi significati.	
II. <i>Riduzione del diritto all'estetica.</i>	14
1. Cenno dell'idea del bello. — 2. Sintesi dell'idea del bello e di quella del diritto. — 3. L'idea di diritto e quella di bene.	
III. <i>Ampiezza dell'idea di diritto</i>	18
1. Posto del diritto nella classificazione delle scienze. — 2. Il diritto e la cosmologia.	
CAPITOLO II. SINTESI DELL'IDEA GENERALE E DELL'IDEA COMUNE DI DIRITTO	23
1. L'idea di diritto e l'idea morale del dovere. —	
2. L'idea di diritto e l'idea religiosa d'inviolabilità. —	
3. L'inviolabilità del diritto e la libertà di coscienza. — 4. Definizione pratica del diritto.	

PARTE II.

Genesi storica dell'idea di diritto.

CAPITOLO I. L'EPOCA DELL'USO	Pag. 35
I. <i>Primato dell'uso nelle epoche primitive</i>	35
1. Carattere empirico del diritto primitivo. —	
2. Trasformazione dell'uso in dogma sociale.	
II. <i>Conversione del costume empirico in costume giuridico</i>	
1. L'arbitrato delle monarchie e delle oligarchie	
giudiziarie. — 2. Carattere teocratico e sacro della	
giurisprudenza primitiva. — 3. Suo carattere rituale	
e simbolico.	
CAPITOLO II. L'EPOCA LEGALE	45
I. <i>La redazione legislativa degli usi</i>	45
1. Motivi della loro riunione in codici. — 2. Ul-	
teriori vicende di questi codici.	
II. <i>Caratteri delle legislazioni primitive</i>	47
1. Loro rigidità legale. — 2. Loro « chauvi-	
nisme ».	
CAPITOLO III. L'EPOCA IDEALE. AFFINAMENTO PRO-	
GRESSIVO DELL'IDEA DI DIRITTO	51
1. L'influenza della democrazia e del commer-	
cio. — 2. L'influenza stoica. — 3. L'influenza cri-	
stiana.	
CONCLUSIONE	57
1. Precedenza e superiorità del diritto su la legge.	
— 2. Carattere storico e sperimentale del diritto	
naturale	