

# LA TEORIA DELL' EVOLUZIONE

NEL

## DIRITTO PRIVATO

---

PRELEZIONE AL CORSO DI DIRITTO ROMANO

LETTA IL 21 NOVEMBRE 1881

DALL' AVVOCATO

PIETRO COGLIOLO

Prof. di diritto romano e codice civile nell' Università di Camerino



CAMERINO

TIPOGRAFIA SAVINI

1882.

---

Ma chi pensasse al ponderoso tema  
E l' omero mortal che se ne carica  
Nol hiasmerebbe se sott' esso trema.

Dante, Parad., 22, 65.

## SIGNORI,

**D**alla bontà di coloro che vollero onorarmi col nome di collega, ma ch'io venero come maestri, chiamato qui ad insegnare il diritto romano e civile, avrei dovuto declinare questo grave *honor et onus*, se avessi considerato *quid valeant humeri, quid ferre recusent*: ma il grande amore che sento per lo studio e la grande speranza che ho nel compartimento vostro, mi hanno dato ardire ad intraprendere un viaggio lungo e spinoso, del quale pongo il cominciamento in uno sguardo generale al diritto, più tosto che in un articolo del Codice.

Chi studia sempre il diritto nelle sue particolari disposizioni sente il bisogno di sollevare qualche volta lo spirito dalle analisi minute e pazienti all'altezza di generali considerazioni e di alti insoluti problemi, quasi *altioris scientiae speculam conscendere*, come diceva Bacone (1), per osservare il lavoro fatto e misurare quello da farsi. È vero che lasciando gli articoli del Codice ed i casi pratici si fa della

---

filosofia, ma è pur vero che questa filosofia non è nè ridicola nè inutile nè vaporosa, quando ci si arrivi con un metodo positivo e storico (2), il quale, fondato sull'osservazione, ha prodotto da Galileo in poi grandi resultamenti nelle scienze naturali, mentre le scienze morali non hanno ancora una vita così rigogliosa e sana: queste, rovinata dalla scolastica, dalla dialettica esagerata, dal continuo *deducere ratiocinationis filo*, sono sempre state ravvolte di nebbia metafisica, che ha loro impedito di vedere e giovare la vita pratica: ai sillogismi però, ai dilemmi, alla Repubblica di Platone, all'Isola Utopia di Tommaso More, si sostituisca la ricerca paziente dei fatti, la loro analisi onesta e critica, lo scoprimento delle leggi della loro evoluzione; alla rapida deduzione la lenta induzione, alle spettacolose creazioni le piccole ed efficaci cause dei fenomeni, e se non possiamo buttar fuori come da una *boite à surprise* un sistema bello e fatto, contentiamoci di elevare la casa pezzo per pezzo, cominciando non dal tetto e dalle cornici dorate ma dal piano terreno. Il fulmine lanciato dalla mano di Giove era più sublime, ma il fulmine prodotto dall'elettricità è più vero. In alcune scienze si è già fatto molto in questo senso: nella psicologia, dimenticate le facoltà dell'anima, volontà libertà intelletto e altre, che formavano un compiuto e geometrico casellario, si sono studiati i nervi il sangue il cervello, chiedendo aiuto alla fisiologia e all'anatomia: nella scienza sociologica il Lubbock (3) ha ricercato i costumi dei selvaggi moderni, e lo Spencer ha esaminato l'evoluzione organica delle nazioni, al lume dei principi darvinistici (4): nella morale (5) si è anche fatto uso dei costumi non civili, si è frugato non più nella pura ragione ma nei sentimenti, e si è trovato il rapporto

dei suoi principi con la vita materiale, senza tirar fuori o il decalogo o la rivelazione o la solita noiosa voce della coscienza. Anche nel diritto è *sentito* da quasi tutti i giuristi che esso non è un insieme di astratti *dictamina rectae rationis* ma di norme sorte per regolare i rapporti e soddisfare i bisogni della vita pratica, che esso si evolve storicamente seguendo alcune leggi, la ricerca delle quali da questa vita, presa in tutte le sue manifestazioni, deve partire e non dalla *immutabilis ratio* o dalla *vox naturae* o dal *semper bonum et aequum*, (6) e che perciò il *substratum* di esso diritto sieno i fenomeni sociali e in ispecie gli economici (7); però, all'infuori di queste osservazioni generali, un'applicazione concreta delle teorie positive ed evoluzionistiche non fu ancor fatta (8). Io tenterò di farla in questo saggio (9) limitandomi al diritto privato e specialmente a quello dei romani, (10) pago se potrà dirsi *ad impellendum satis quamvis ad erudiendum parum* (11).

## I.

### *Origine del diritto*

in armis jus ferre et omnia fortium virorum esse  
Titus Livius. 5, 36.

Il Diritto da molti viene ancor considerato come un aspetto dell'idea divina, o come un parto felice della *naturalis aequitas*, o di qualche cosa assoluto che si trova su su sopra di noi e da noi colto con la ragione, come Prometeo fece del fuoco di Giove: una somma di principi, dicono,

---

è innata nel cuore dell'uomo, e per scoprirli basta interrogare la coscienza, basta leggere le poche pagine del libro della natura. Questi concetti armoniosi soavi sentimentali, producenti un concerto divino, sono purtroppo creati da fervida fantasia. Osservando la realtà dei fatti, nulla era in noi innato, nulla ci fu donato da una mano invisibile e onnipotente: tutto quel poco che abbiamo, tutte le istituzioni, tutte le norme morali e giuridiche, tutti i principi un po' elevati un po' assoluti sono stati creati da noi dopo terribili lotte, dopo angustiosi patimenti (12); la civiltà moderna non l'abbiamo trovata sfogliando quel benedetto libro della natura, ma l'abbiamo sudata con sangue, con morti, con orrende secolari fatiche (13). Anche il diritto non è nato spontaneo dalla pubblica coscienza, ma lentamente e dopo lunghi tentativi: il sogno, dice Ihering (14), di un'età d'oro nella quale i principi del diritto sbocciavano da per se sull'albero dell'esperienza, e nella quale l'uomo non aveva che sporgere la mano per raccogliarli, è una fola da romanzo, è un *somnium aegrae mentis*. La civiltà è un'eccezione nella storia del mondo, e se contiamo noi e poi contiamo i popoli dell'Asia e dell'Africa, si vedrà che il *pauci sed electi* del vangelo è una verità di scienza. Dagli studi moderni di antropologia risulta che i primi uomini erano nomadi trogloditi selvaggi, (15) cibantisi di frutti, e che solo più tardi, sebbene sempre in tempi preistorici, si riunirono in caverne a formare piccole comunità o come famiglie o come tribù: con armi di pietra greggia lottavano contro tutto e tutti, e quelli di loro poteansi dire progrediti, che si erano per alcune azioni sottomessi al potere individuale o di un guerriero o di un sacerdote. Nell'epoca quaternaria trovansi asce e coltelli di

---

pietra lavorata, conchiglie forate per monili (16), capanne di rami e foglie; nell'epoca del bronzo l'uomo scende al piano, fabbrica zattere (17), fa il pane (18), addomestica animali, coltiva la terra: è allora che sorge la proprietà prima delle cose mobili, e poi del suolo, garentita solo dalla forza privata; la quale però, in tempi più progrediti, non si usa così spesso, perchè il bisogno di proteggere il lavoro fatto, genera in tutti i membri della comunità un sentimento di rispetto per quelle cose, che uno ha con le proprie mani o preso cacciando, o fabbricato, o coltivato. Nascendo contestazioni, lo stesso bisogno consigliò a ricorrere per la risoluzione, o al capo della tribù, il *rex*, o al capo della famiglia, il *pater*, senza lottare e soffrire grave dispendio di forze, di vite, di armi: ed ecco che sorge la norma giuridica, che è quella che ha messo fuori il giudice con la sua sentenza, e che fa rispettare, o con la sua forza, o con la sua autorità; la quale norma, per i ripetuti comandi del capo, per le ripetute sentenze del giudice, per la sua costante applicazione in fatti costanti, diventa parte della comune coscienza e si presenta, come *consuetudine*. La *communis opinio* degli scrittori, seguendo la scuola storica, nella *consuetudine* vede l'origine del diritto, ma è a sapersi come nasca questa *consuetudine*: la questione viene da essi spostata, non risolta. A noi pare che le prime norme giuridiche sorgono con la sentenza di un *judex*, o *rex* o *pater*, il quale, o fa rispettare un fatto, fondato con la forza, o fa obbedire ad un comando del capo, o segue il consiglio di un anziano sacerdote, o pone la norma di sua testa seguendo un vago sentimento: queste norme, *sorte così*, ripetute e venerate, doventano *consuetudo* (19). Dall' *Iliade* e dall' *Odissea*, antichi poemi di an-

---

tica civiltà, si può trarre una prova della nostra affermazione: ivi la parola più usata e antica per esprimere la legge è *themistes*, cioè comandi e giudizi del capo, e *Zeus*, il re su la terra, non è un legislatore, ma un giudice: queste *themistes* ripetute più volte per il ripetersi degli stessi casi formano la *dike*, o consuetudine: le *themistes* adunque non si fondano su la consuetudine, ma sono giudizi ispirati, o a comandi, o a pregiudizi, o a fatti costanti: il diritto in questi primi tempi *est dans l'air*, come dicono i francesi; non esiste perchè nessuno lo ha formulato, ma appena sorge una contestazione si rivela, senza saper donde è venuto, nel *giudizio*: la sentenza è la prima formula del diritto, che allora ed allora solo, passa *come norma* nella coscienza di tutti, ed è consuetudine: molto più tardi sorge la *legge* come fonte diretta della materia giuridica, ma in Omero la parola *nomos* (20), non vi è ancora (21). Ma se il *vero diritto*, come *norma*, sorge con la *sententia judicis* (22), spesso il fatto, che è la base di quella norma, è preesistente alla stessa: questa norma talora deriva dal comando del capo, da un pregiudizio religioso, da una, dirò così, ispirazione del giudice, dal modo col quale costui interpreta e soddisfa un bisogno comune inconsciamente sentito, ma il più delle volte essa non è che l'espressione di un fatto, sorto e conservato dalla forza. (23)

La *forza materiale* è in questo senso l'origine non della norma, ma del suo oggetto, non del *fatto giuridico* ma del *fatto*, perchè l'*in armis ius ferre* è la condizione fisiologica dei primi tempi, e solo più tardi diventa una forma patologica della società (24). Ed il diritto antico conserva tracce numerose di questa *vis originaria*: l'*occupatio* è la fonte

---

prima del dominio, e Gajo (IV, 16) dice che *maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent: mancipium* da *manu capere*, è il nome più antico del dominio (25), donde *mancipatio*, *res Mancipi*, *manus: herus*, padrone, viene dal sanscrito *hr*, che significa prendere (26), *praedium* da *prehendere*, ed il simbolo *iusti dominii* era l'hasta, donde *sub hasta vendere* (27); la *rei vindicatio* indica *vim dicere* (28), e nella *legis actio sacramento* trovasi il *manus conserere* (29), la *vis festucaria*, il *mittite ambo hominem* del pretore, e poi l'esecuzione della sentenza è o una *manus iniectio*, o una *pnoris capio*: ed anche oggi l'*ius retentionis* è la forza garantita dal diritto. (30) (31). Ma se l'origine dell'uomo civile trovasi nell'uomo troglodita, e del diritto nella forza materiale, il diritto nella sua evoluzione, ripudiando la madre, diventa forza intellettuale, e non può dirsi che,

..... una feroce  
forza il mondo possiede e fa nomarsi  
diritto,

come esclamava il morente Adelchi (32), ma anzi è il più grande nemico dell'arbitrio e il più grande aiuto del debole. I tempi antichissimi hanno per motto — *in armis jus ferre* —; i tempi più civili hanno per motto — *jus vim potentis repellens* —: la base della *piramide* della civiltà è di pietra, ma la punta è d'oro.

---



---



---

## II.

### *Evolutio juris*

Leges . . . ut facies coeli et maris . . . varientur  
Aulus Gellius, noctes, 20, 1.

Omnia commutat natura et vertere cogit  
Lucretius. De rer. nat., V, 831.

Così nato il diritto, nei primi tempi comprende poche e semplici norme, le quali mano mano crescono in numero e complessità, fino a raggiungere il presente organismo giuridico che, fattosi albero gigante, spande i suoi rami per tutto, entra nel focolare domestico, regola le vivaci industrie delle officine, accompagna la vaporiera nelle sue corse vertiginose e il telegrafo nei suoi voli frenetici. Ma quale è la legge di questo grande sviluppo, quale è il letto dove scorre veloce il fiume della civiltà giuridica? Questo problema non è posto dalle teorie ideali, le quali stanno contente di ricercare l'*idea ultima* del diritto, il sommo concetto astratto di esso; per noi invece il *punctum pruriens* della questione sta nelle leggi generali della vita giuridica. Siccome il fenomeno giuridico è connesso con tutti gli altri fenomeni, così la LEGGE DI EVOLUZIONE di questi dev'essere pure la legge di evoluzione di quello, perchè qualunque manifestazione della vita, sia interna sia esterna, deve nascere, crescere, morire secondo certe leggi generali uguali (33). Ora la grande legge dell'evoluzione divinata dal GOETHE, per mezzo di studi anatomici su la flora e su la fauna scomparsa ed esistente dimostrata dal DARWIN, ad alcune scienze

---

sociali applicata dallo SPENCER, è vera anche per il diritto: anche ogni organismo giuridico si *evolve* passando da uno stato di perfetta *omogeneità* in istati più eterogenei e distinti, con organi più differenziati; tale evolutio di un germe primo che si trasforma (*trasformismo*) si compie per mezzo di un continuo *adattamento* delle fuzioni dell' organismo alle condizioni esterne climatologiche geologiche topografiche dell' ambiente circostante: adattamento che produce ed è prodotto da una *lotta per l' esistenza*, per la quale avviene la *selezione*, cioè la morte dei deboli e la miglior vita dei selecti, dei meliores: finalmente per mezzo dell' *eredità* psichica ed interna ogni organismo trasmette a quello che da lui viene i caratteri sorti nella lotta, sì che per la trasmissione dei beni raggiunti e nuovo acquisto di altri, dal *protococcus nivalis* si perviene all' uomo, dalle armi di pietra si perviene alle invenzioni d'oggi, dai codici monchi antichi, dalla Legge di Manu dalle 12 tavole ai meravigliosi codici moderni. E tentiamo di dimostrare questo brevemente e partitamente.

### III.

#### *Primitiva Omogeneità della materia giuridica*

omnia conficiebantur iudicio regis  
Cic., de rep., V, 2.

La prima legge dell' *Evoluzione* è adunque il continuo passaggio dall' omogeneo all' eterogeneo, dall' uguale al differenziato, come si osserva in tutti i fenomeni del mondo. In astronomia, la grande concezione di *Laplace* su la genesi

---

nebulare insegna che tutti i mondi sono la *differenziazione* eterogenea di una primitiva omogenea indefinita massa di fluidi nebulari. Nel regno vegetale l'organismo primo è il *protococcus nivalis*, che è un pezzo di schiuma senza parti distinte vivente nella neve, ambiente uniforme calmo di uguale temperatura: le sue funzioni si riducono ad una semplice, cioè mettersi in corrispondenza con le mutazioni dell'ambiente nevoso; il suo movimento è ancor più semplice, e WIRCHOW lo ha riprodotto con una soluzione di potassa caustica. Salendo però nella scala dei vegetali e degli animali, troviamo organi sempre più speciali e distinti, funzioni sempre più variate difficili complesse: dal protozoo si sale al mollusco e poi al brachiuro e poi . . . . e poi si giunge all'uomo. Nei fenomeni propriamente umani si trova lo stesso: nei primi tempi musica e canto non si dividono, e così la poesia, la religione, la morale, sono confusi in uno stato di originaria omogeneità: la permuta e l'agricoltura sono gli unici fenomeni economici, ma dopo sorge la moneta, la vendita, il commerciante, e poi le cambiali, i biglietti di banca, e in ultimo gli checks, che sono la forma più perfetta di circolazione economica, e sono l'oggetto del più gran numero di operazioni della celebre *Cliringkaus* inglese. Anche le lingue antichissime non hanno che nomi e verbi, e solo più tardi sorgono l'articolo, il pronome, i suffissi di declinazione e coniugazione: le parole dei primitivi linguaggi sono poche e indicano molte cose, mentre oggi persino i *sinonimi* hanno differenze di significato: nelle isole *Sandwich* la parola *Kaikeekana* vuol dire figlio figlia nipote e cugino, e *makuakana* padre zio cognato, e fra le pelli rosse la parola *tay* indica madre nonna moglie (34): così i selvaggi del capo

York contano fino a 4, ma han parole fino a 2, *netat* è uno, *naes* due, *naesnetat* tre, *naesnaes* quattro. Anche nei fenomeni giuridici da una primitiva omogeneità si passa a stadii più distinti e diversi.

Esaminando il diritto romano circa lo *status personarum*, si trova che è semplice la distinzione fra *civis* e *servus*, e il *civis* è o *pater* o *filius*: l'*uxor filiae* locum habet, e *manus* indica qualunque potere del *pater* sui membri della famiglia (35): le condizioni delle persone si differenziano, oltre il *civis* vengono i *peregrini*, e poi i *latini*, e poi i *dediticii*, e poi i *latini coloniarii*; i servi si distinguono in veri servi, e in *mancipia*, *statuliberi*, *qui in libertate sunt*, *latini iuniani*: il potere del *pater* su la moglie continua a dirsi *manus*, ma sui figli diventa *potestas*, su gli schiavi *dominium*. Il *filius*, si distingue in *alieni juris* e *sui juris*, e questi in *impuberi* o *minori*, donde la loro cura si divide in *tutela* e *curatela*, e la *tutela*, anticamente solo *legitima*, diventa pure *testamentaria* e *dativa*. Vedasi adunque a quale specificazione si giunge nello stato delle persone! La forma dell'antico matrimonio è la *coemptio*, poi viene la *confarreatio*, poi l'*usus*: i matrimoni stessi si dividono in *liberi* e *cum conventione in manum mariti*: nei *liberi* sorge la *dote* la quale da principio cade sotto le regole omogenee del *dominium* ed è di proprietà del marito, ma poi ha regole tutte proprie, diventa un *jus a se* (36). Nei diritti reali osserviamo l'*eadem lex progressus*: alle uniche forme di acquisto, l'*occupatio* e la *mancipatio*, si aggiungono mano mano l'*in jure cessio*, la *traditio* e le altre, e persino la *perceptio fructuum* prende i caratteri di forma indipendente; e l'omogeneità apparisce maggiormente, quando si osserva che la *mancipatio* serve pure per i con-

tratti (*nexum*), per la costituzione delle servitù, per il testamento (*per aes et libram*), per la vendita dei figli (*mancipia*), per l'adozione, per l'emancipazione. L'azione di rivendicazione era una sola, *vindicatio*, sia *rei*, sia *fili*, sia *uxoris*, sia *servitutis*, sia *hereditatis* (37), mentre poi rimase sotto l'unica forma di *rei vindicatio*, e per i figli e la moglie si ebbe un *interdictum*, per le servitù un' *actio confessoria*, per l'eredità una *petitio universalis*. La proprietà si divide in quiritaria e bonitaria, si distingue dal possesso, fino a dire che *nihil habet possessio commune cum proprietate*. Il possesso si divide in *bonae et malae fidei*, in *justum et vitiosum*: congiunto con la buona fede ed il giusto titolo conduce all'usucapione, provvisto del solo *animus rem sibi habendi* ha gl'interdetti, e per ultimo anche il possesso nomine alieno o *nuda detentio* diventa un istituto a sè con il *possessorium summarissimum* (38). Adunque dall'unico *ius in rem*, si differenziano e si distinguono molti individui giuridici:

### \* IUS IN REM

DIR. ANTICHISSIMO		DIR. POSTERIORE	
DOMINIUM	} <i>vindicatio</i>	DOMINIUM	- <i>quiritarium</i>
<i>res</i>			<i>rei vindicatio</i>
<i>figli</i>		NUDUM	- <i>jus quiritium</i>
<i>moglie</i>		SERVITUTES	- <i>actio confessoria</i>
<i>servitù</i>		PIGNUS	- » <i>pignorat.</i>
<i>dote</i>		SUPERFICIES	- » <i>de superf.</i>
<i>eredità</i>	EMPHYTEUSIS	- » <i>rei vind. utilis</i>	
		DOS	- » <i>actio ex stipulatu</i>
		POSSESSIO AD USUCAP.	- <i>publiciana in rem actio</i>
		POSSESSIO ANIMO REM.	- <i>interdicta</i>
		NUDA DETENTIO	- <i>possessor. summar.</i>
		HEREDITAS	- <i>petitio hereditatis.</i>

Il possesso, sorto per le cose materiali, si estende alle incorporali e si ha la *juris possessio*: le cose si dividono anche in immobili e mobili, e già nelle 12 tavole le *res soli* sono distinte dalle *ceterae res*; per quelle l'usucapione è di 2 anni, l'*interdictum possessorium* è l'*utrubi*, per queste l'usucapione è di 1 anno, e l'interdetto è l'*uti possidetis*. Finalmente la proprietà delle cose si differenzia dalla proprietà su le miniere, sul sale, e oggi su le ferrovie, su le opere d'ingegno, sui *tramvie*, ecc. ecc. I diritti reali parziali erano, nell'antico dir. rom., solo le *servitù reali urbane*, e poi le rustiche, e poi le personali con regole proprie (39), e coi giureconsulti classici il pegno, con Zenone l'enfiteusi: l'usufrutto si distingue dal *quasi usufrutto* per le cose consumabili, il pegno dall'ipoteca, l'enfiteusi dalla superficie. L'usucapione delle servitù era anticamente quella delle cose mobili, ma poi se ne crea una tutta propria, che non richiede nè buona fede nè giusto titolo, sì bene l'averla posseduta *nec vi nec clam*; e si differenzia ancora, per le servitù rustiche ingiungendo il *non usus*, per le urbane l'*usucapio libertatis*.

Il medesimo lavoro possiamo fare nei diritti personali; prima domina solo il *nexum*, e anche la *sponsio ad aram maximam*, poi la *stipulatio*, poi i contratti letterali reali consensuali, e in fine l'*infinitus numerus* dei contratti innominati, ciascuno con propria fisionomia e proprie regole: ai contratti si aggiungono i delitti e quasi delitti, dai contratti si distinguono le *obligationes*, e queste sono di molte specie: la evoluzione giuridica con la sua legge di specificazione giunse persino a por differenze sottili fra le obbligazioni solidali e le correali, e trovare mezzo di dare effetti a vincoli non obbligatorii (*obligatio naturalis*). (40)

---

Nell'istituto successorio la legge operò più lentamente ma, come *gutta quae cavat lapidem*, dopo secoli convertì l'*uti pater legasset* nella novella 115, e il *si intestato moritur* nella 118: trattandosi della successio ex lege, le 12 tavole fecero tre classi, il pretore quattro più complicate che richiesero l'*interdictum de coniungendis*, e Giustiniano divide e complica ancora di più, facendo i fratelli germani concorrere con gli ascendenti, ed oggi ascendenti, germani, unilaterali coesistono con diversità di quota: e quasi per contemperare la morte con la vita si crea la *collatio bonorum*, che è il ponte che unisce queste due regioni così opposte. Anche il testamento ricadeva nella omogeneità della mancipatio ed era una *venditio hereditatis*, poi si riveste di forme proprie (septem signis), si divide in nuncupativo, scritto, mistico, pubblico, tutti forniti di proprie regole (unità di contesto, data, subscriptio): dal testamento come *institutio heredis*, si separano i legati, i fedecommessi (particolari e universali), le manomissioni e le tutele testamentarie, le donationes mortis causa, i *codicilli*: la *petitio hereditatis* si distingue dall'*actio familiae herciscundae*, quella cessa di essere una figura della *vindicatio hereditatis*, questa dell'*actio communi dividundo*. I momenti dell'eredità, che prima erano un solo (*heredes sui et necessarii*) si distinguono in tre (*mors decuius, delatio, adquisitio*), la *hereditas civilis* si differenzia dalla *bonorum possessio*, e sorgono l'*ius abstinendi*, l'*ius deliberandi*, il *beneficium inventarii* ecc. L'individuo giuridico successorio, prima confuso col *dominium*, acquista dunque moltissimi organi propri con distinte funzioni: la *divisione del lavoro* non è solo un principio economico, ma una legge del mondo, e come i naturalisti notano nell'uomo una di-

visione di lavoro *fisiologico*, così noi notiamo una *divisione di lavoro giuridico*. Esaminando per ultimo la *procedura*, perveniamo agli stessi resultamenti: il modo originario di agire in giudizio è la *legis actio sacramento*, poi la *per jud. postul.*, poi la *per condict.*, quindi il periodo più eterogeneo delle *formulae* nel quale ogni istituto giuridico ha la sua *actio* (41): l'*actio* alla sua volta si diversifica dall'*exceptio*, questa dalla *defensio*, l'*exceptio rei in iudicium deductae* dall'*exceptio rei iudicatae* (42), la *cognitio* ordinaria dall'*extraordinaria*, l'*actio* dall'*interdictum*, dalla *condictio*, dalla *persecutio*, e dalla *petitio*; le *bonae fidei* dalle *stricti iuris*, le *in rem* dalle *in personam*, l'*iudicium* dall'*arbitrium*, e sorgono norme per i *contumaci* e per gli *assenti*.

Adunque il diritto nei primi stadii della sua evoluzione consta di poche norme omogenee, di pochi organi simili, ma con il lento sviluppo cresce maravigliosamente creando forme e regole particolari per ogni istituto giuridico. Il quale processo di specificazione viene accompagnato da un continuo *consolidamento* della materia giuridica, come si ebbe nel formarsi la nostra terra dalla prima nebulosa di *gaz*: il diritto, nei tempi antichissimi, è *fluttuante* come un *liquido*, è poco (43), è sparso e commisto alla morale e alla religione, rivestito di pietà e di sentimento, e bene Pomponio chiama la *consuetudine incertum ius*; più tardi si separa dalla morale, si spoglia del sentimento (44), diventa inflessibile, rigoroso, si solidifica con un *Codice*, e indossa *forme solenni* e rigide: il formalismo, che presso una civiltà avanzata esiste (perchè non può scomparire) ma in poca e ben distribuita dose, è già un progresso, e beati quei popoli che vi sono arrivati: nella *manum consertio*, nello *spondes - spondeo* della



stipulatio, nel *radusculum* della *mancipatio*, lo storico vede un modo provvidenziale, con il quale la materia giuridica si potè, dirò così, radunare in vasi e conservare: dice bene il IHERING che la *forme est la force du droit* (45). Ma più che altro è il *codice* quello che fissa le norme, le distingue dalle altre, impedisce che le si corrompino, e forma la prima stazione di sicurezza: con ragione i romani studiavano e veneravano le 12 tavole come un *sacrum carmen* (46). Ma il Codice è fermo e la civiltà cammina (47), e dopo un certo tempo sorgono nuovi bisogni ed il bisogno di nuove norme, essendo una condizione necessaria del progresso che sia un *male* oggi, ciò che era un *bene* ieri: e allora il giureconsulto interpreta con maggior larghezza, il pretore corregge, il nuovo si mette sotto la salvaguardia delle *fictiones*, e si elabora così quel vasto materiale giuridico del *Corpus juris*, ove gl'istituti sono molti e distinti, ove per ognuno di essi sono norme precise che lo determinano, norme che lo uniscono agli altri istituti, norme che impastano e arrotondano, aventi solo la funzione che lo zucchero di latte ha in tutte le polverine medicinali.

Il PROGRESSO GIURIDICO adunque segue la legge del progresso di tutti i fenomeni naturali e sociali, cioè, come dice SPENCER, continuo *changement de l'homogène en hétérogène* (48), continuo passaggio dalla omogeneità primitiva, della quale rimangono sempre tracce (49), ad una crescente differenziazione delle funzioni, e alla creazione di nuovi organi per ciascuna di esse (50). Questo progresso ha due fenomeni concomitanti, il crescere in GENERALITÀ ed in COMPLESSITÀ, su ciascuno de' quali dobbiamo dire qualche parola.

FENOMENO DI GENERALIZZAZIONE. Se le norme e gl' istituti doventano sempre più differenziati, nello stesso tempo doventano sempre più generali, e abbraccianti un numero sempre maggiore di casi: queste due tendenze sembrano contraddirsi, eppure mirabilmente si osservano in qualunque organismo, e per il giuridico basterebbe confrontare le 12 tavole con il codice nostro, contando le norme di quelle e di questo, poi paragonare le prime fra loro, e vedere quanto sono *omogenee e particolari*, mentre le seconde si troverebbero *eterogenee e generali*. Anzi è persino esagerata la tendenza di ogni istituto ad *estendersi*, ed oggi il contratto vuole entrar per tutto e, ridotto a se' il matrimonio, tenta di far lo stesso per il testamento. Per porre un riparo a questa *vis impellens* d' ogni norma a rendersi *generalissima* e ristabilire l' *equilibrio*, è sorto nel diritto un sistema di forze, che fanno da contrappeso, come l' *ius abstinendi et deliberandi*, gli *iura singularia*, i privilegi, il *beneficium inventarii*, *excussionis*, *separationis bonorum*, le leggi eccezionali, e in genere quelle norme *contra rationem juris*, cioè *contro norme GENERALI preesistenti* (51). Da questo punto di veduta la *scienza* è l' elaborazione più perfetta e più squisita, perchè trova leggi e principî comuni a più fenomeni particolari: così il movimento dei corpi celesti e la caduta di una goccia di pioggia si sono spiegati con la stessa forza: la dilatazione del calore e il bollire dell' acqua con la stessa legge termodinamica: lo stare a galla dei corpi e la tendenza orizzontale dei fluidi con la loro uguale pressione in tutti i sensi: così anche in diritto l' *exceptio doli, quod metus*, il *s. c. libonianum*, l' art. del c. c. 761, il 763, il 1106 si spiegano con un solo principio generale, la *libertà del consenso*.

FENOMENO DI COMPLESSITÀ. È mirabile che queste funzioni, sempre più differenti e generali, crescono in connessità e complessità: il loro *consensus* si fa sempre più stretto e marcato, ed ognuna ha sempre più bisogno dell'altra: quanti diversi operai ci sono voluti per fare questa carta, su la quale scrivo! Così in diritto ogni istituto sviluppato ha bisogno di tutti gli altri: avendosi un testamento con più eredi, può doversi ricorrere alle regole dell'interpretatio voluntatis, o a quelle sull'importanza della forma nel diritto, o a quelle dei contratti, e anche ad altre. Questa connessità e complessità deriva da ciò che tutto il diritto è la svariata combinazione di alcune norme fondamentali, le quali per esso diritto sarebbero ciò che i sette colori sono per la luce, gli 86 corpi semplici per la chimica, le sette note per la musica, l'alfabeto per una lingua. (52)

## IV.

### *La Legge di adattamento*

humani juris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit

Cod., I, 47, 2. 48.

usu exigente et humanis necessitatibus

Ulpianus.

Ma questo continuo passaggio dall'omogeneo all'eterogeneo non è prodotto da una *mistica interna vis*, come diceva il beato Condorcet, sì bene dall'*adattamento* dell'*individuum* alle circostanze nelle quali vive, al *milieu environnante*. Come le varie specie di piante e di animali non sono isolate creazioni, ma un *primum primi* che, trovandosi in diverse condizioni, ha diversamente lottato e diversamente modificato i

---

suoi organi e le sue funzioni, così gl' istituti giuridici sono sorti sotto l' impulso di tutte le cause d' ogni genere che sono al mondo (53). Con la terra e con l' aria, giriamo e variamo noi, girano e variano il diritto, la morale, le lingue: in queste un bell' esempio porge in Germania il NIEBELUNGEN LIED che, fatto sette secoli fa, oggi non è compreso che dai dotti. E se le norme giuridiche si adattano alle cause esterne, al punto da trovarsi popoli con diritti essenzialmente diversi, come il *romano* e l' *inglese*, è chiaro che un diritto assoluto con sommi archetipi di giustizia non fa per questa vita, dove tutto è relativo al *tempo* ed al *luogo*: la quale verità, accennata dal *Montesquieu* e svolta dalla *scuola storica*, fornisce una lucente prova al darvinismo. Le cause di *adattamento* e di *selezione* sono tante, quante sono le forze che operano, e toccheremo ora *summis labiis* le principali.

*Cause naturali* di clima e di luogo. Sopra queste è più difficile dir poco che dir molto sol che si riassume quello che dice lo SPENCER (54). Come uu terreno grasso fa predominare le parti foliacee, ed un sabbioso dà tessuti scarni, così le regole su le persone e sul matrimonio nei paesi caldi son diverse che nei freddi; così i popoli agricoltori, come i romani, hanno poco commercio (*lex RHODIA*), e il diritto prende una forma solenne, conservatrice, la procedura è lenta e rigorosa, i contratti vengono tardi; così i popoli cacciatori hanno molte forme su l' occupazione e nessuna su le contrattazioni, e fra i *Groenlandesi*, ove il LUBBOCK dice il diritto non esser per nulla sviluppato, vi sono invece norme così sottili su la caccia, che persino ogni freccia dev' essere contrassegnata, ed è stabilito che una renna uccisa da più è di colui, di cui la freccia è più vicina al cuore.

---

*Cause economiche.* Abbiain già detto che sono il principale *substratum* del diritto e che, seguendo le traccie del HILDEBRAND dell'ARNOLD del PADELLETTI, lo si dovrebbe studiare tutto in rapporto all' economia del popolo. Ricorderò che l' evoluzione della *schiavitù* non dipese dal *contra naturam* d' Ulpiano, ma dalle condizioni del commercio; che la *dote* sorse per i bisogni della famiglia; che l' *enfiteusi* divenne diritto reale con Zenone perchè stavano sorgendo i *latifundia quae Italiam perdidere*; che la *lex POETELIA*, la *laesio enormis ultra dimidium*, il *in dubiis pro debitore*, la *cessio bonorum* furono causate dallo stato del *credito* in quei tempi: e infine dalla circolazione economica dipendono le leggi su la cambiale, su i *chechs*, su le ferrovie, sul telegrafo, sui tramvie.

*Cause politiche, religiose, morali.* Che il diritto privato dipende dal pubblico lo hanno detto i romani (Cod. 12, 63, 3) e tutti lo ripetono: le basi d' ogni istituto giuridico sono coordinate alla costituzione *sociale* e *politica* del popolo: il concubinato che per *legem nomen assumpsit*, l' *ius trium liberorum*, il s. c. *de Bacchanalibus*, la *dos necessaria*, l' *ius singulare* per i *milites*, il *peculium castrense* e altri istituti lo provano. Anzi in diritto romano la duplicità di forme che si trova in ogni istituto, e che da alcuni viene spiegata come nascente dall' elemento religioso e civile, da altri dal patrio e plebeo, credo che derivi dai due fattori che componevano il popolo romano: il *mamertino* o *Ramnico* che rappresenta la *forza* e la *compera*, e il patriarcale o *Tiziense* che rappresenta la religione, la scienza, la prudenza. (55)

ISTITUTI	ELEMENTO TIZIENSE	ELEMENTO RAMNICO
DOMINIUM CONTRATTI	In cure cessio Sponsio ad aram maximam	Mancipatio Nexum
TESTAMENTI MATRIMONIO PROCEDURA	Calatis comitiis Confarreatio Leg. Ac. sacram.	Per aes et libram Coemptio L.A. per jud. postul.
	RELIGIO (pontifices) (—fas—)	VIS ET COEMPTIO (iudices) (—ius—)

Anche nelle lingue la cattività di Babilonia uccise la lingua ebraica, e la preponderanza politica del nord assicurò il trionfo della lingua dell' *oil* su quella d' *oc*; la quale preponderanza ha lasciato tracce nel nostro diritto civile, dove i principii *le mort saisit le vif, non dota chi non vuole, il possesso dei mobili val titolo* sono principii ignoti al diritto romano.

*Le scientæ.* Le diverse scienze, positive come sono oggi, sono anch' esse una causa di adattamento e di selezione del diritto, perchè partoriscono nuove norme giuridiche, e uccidono quelle che erano fondate su errori o su pregiudizi. Cicerone intuì una verità, che solo ora viene sentita e applicata da tutti, quando disse che *omnes scientiæ quadam cognatione inter se continentur*. Una dimostrazione completa di ciò non cape nel letto di Procuste di una prolusione, ma può considerarsi possibile osservando qualche esempio. L'articolo 105 annulla un matrimonio viziato da *error in personam*, e le corti non sono concordi nell' ammettere che vi rientri il caso della sposa trovata deflorata: un articolo speciale su ciò sarà possibile solo quando si sarà trovato un mezzo, non tanto pubblico, per accertare la deflorazione. L' art. 724

---

dice che per succedere bisogna esser almeno concepiti al tempo della delazione: or come si prova il *dies primus* del concepimento? Aspettiamo il responso delle scienze mediche, che farebbe pure scomparire l'art. 57. Il sordo muto per dir. rom. non potea far testamento (56), per il nostro codice può fare solo l'olograto e il segreto (articolo 786), e quando questi infelici saranno raccolti in istituti come quello di Genova potranno pure fare il pubblico per segni, e scomparirà l'art. 340 che li dichiara inabilitati di diritto. L'articolo 763 dichiara nulli i testamenti dei pazzi: ma i lucidi intervalli? pare che i furiosi li abbiano e i mentecatti no (57). E in fine le scienze psichiche e la medicina legale è chiaro che sono l'anima del diritto penale, e le scienze economiche del diritto pubblico e delle leggi speciali.

Anche la filosofia, che è certo la più sottile elaborazione della materia cerebrale, ha avuto ed ha una grande influenza sul diritto: si ricordi la filosofia stoica nel dir. rom. (58), l'*ius naturae* in questi ultimi secoli, e speriamo che il *realismo moderno* precisi molti concetti, in ispecie sul divorzio, su la condizione giuridica delle donne e su altre parti.

*Cause intellettuali.* Con queste parole indico quella somma di principi *logici giuridici* elaborati dai giuristi, e da questi posti poi come nuova sorgente del diritto. Alla scuola evoluzionista si è *giustamente* obbietato che il diritto vi è considerato come un frutto naturale e materiale, mentre in esso ha tanta parte il ragionamento; e dissi *giustamente* perchè questo ragionamento lo credo anche esso causa creatrice e modificatrice del diritto. Moltissime norme giuridiche sono l'*immediata* soddisfazione di bisogni *materiali*, ma moltissime altre sono un prodotto di raziocinî *logici*, di ragionamenti

*generali*, di concetti alquanto *astratti* (59): volere enumerare quest' ultime sarebbe troppo lungo, ma coloro che han fatto qualche lavoro giuridico, o hanno trattato qualche causa comprendono che il lavoro del giureconsulto è spesso sopra argomenti logici, sopra sottili interpretazioni, sopra questioni di forma (60). Questo lavoro interno vedesi specialmente nei fragmenti dei 39 giuristi romani, i busti dei quali trovansi nella grande sala del *Corpus juris*: il giureconsulto romano è il tipo del grand' uomo che si leva al disopra del volgo e lo governa: il mondo giuridico si aggira intorno a lui, anzi l'eroe e il *giureconsulto*, uniti assieme, costituiscono il tipo completo dell' uomo romano. La traduzione della Bibbia di Lutero diede la vittoria al dialetto sassone, la divina commedia di Dante al toscano, e chi sa quante norme giuridiche la vinsero sol perchè erano sostenute da Papinianol (61)

#### CONCLUDIAMO:

Il Diritto nasce dai bisogni di un popolo, e si sviluppa per via di adattamento alle condizioni naturali e storiche sempre sviluppantisi e mutantisi di esso popolo: non è perciò fatto nè da una mente con speculazioni filosofiche, nè da un profeta con intuizioni divine: ma è prodotto naturale e ha propria e naturale evoluzione, gli elementi del progresso della quale sono dati dalla materia organica ed inorganica della società ove esso vive e alla quale serve. Quindi non con criterii astratti e semplici di astratta giustizia nè con principii indeterminati, nuvolosi e mistici di umanità e di equità, ma con studio paziente e minuto delle condizioni economiche, della positura del luogo, delle acque e dei monti, delle idee morali già acquistate, dei sentimenti



---

e delle credenze religiose, dei bisogni per la lotta dell' esistenza, dei rapporti con altri popoli, della razza, del sangue, degli stadi già percorsi nella parabola dell' evoluzione, si possono spiegare i fenomeni giuridici. Queste idee e quest' indirizzo di ricerca, sono cose moderne, che vennero su quasi per reagire alle esagerazioni degli -idealisti, che vanamente fecero da Pindaro nella realtà delle cose. Però moltissimi di quelli che appartennero alla scuola, detta storica o positivista, per timore delle idee e dei sillogismi non considerarono della realtà che la parte più brutta e più grossolana, e anche questa presero grezza in natura, senza ne' meno levarle d' attorno il fango ed i licheni, e non penetrando, per paura di guastarla, nel suo interno, ove avrebbero trovato o la gemma o l' oro, che son sempre *realtà*, ma *realtà bella e gentile*: messisi nella via vera e non ideale, la presero tanto di corsa, che non colsero che le pietre e i grossi tronchi di quercia, e non curarono le pietruzze, le piume e le iridi colorate dei fiori, dell' aria, e dell' acqua, che pure erano in essa. Lasciando le velature e i paragoni, il vero è che in tutti gli elementi di fatto, già nominati, il dir. trova gli alimenti, che gli dan vita: ma formatosene lo scheletro, costruitone nel suo insieme l' intiero edificio, viene pulito, ritoccato, adornato da schiere di illustri giureconsulti che con idee, anche astratte, con deduzioni di logica, con sillogismi e metri geometrici, con tipi d' armonia ed eleganza dan polpa a quello scheletro, riempiono quell' edificio, e insomma creano mille norme giuridiche, che, applicate nei tribunali, riversate e approvate nella coscienza di tutti, chi negherà che non sieno venute a far parte della realtà? (62)

## V.

*Embriogenia giuridica*

Regula est quae rem, quae EST, breviter ENARRAT.  
Dig., 50, 17, 1.

Il diritto dicemmo sorgere per adattamento alle cause esterne, ma forse che si segrega da queste come la bile dal fegato? Per quanto vogliamo essere scienziati naturalisti, non può dimenticarsi che il fenomeno giuridico non è *materiale*, si bene *sociologico*, ed è perciò necessario spiegare la sua embriologia. L'evoluzione della vita genera atti e fatti sempre più diversi, i quali vengono *subsumpti* in norme che, rivestite di *possibile coazione* e provvisti di un apposito organo, il *giudice*, doventano giuridiche (63). Un uomo lavorando produce beni e se questi gli venissero tolti, la produzione non sorpasserebbe il limite del consumo immediato, non si avrebbe accumulamento di capitali: le norme che proteggono la *proprietà* sorgono adunque come corollario di questo bisogno sociale. Un uomo lavora ma il frutto del suo lavoro, necessario per riparare alla consumazione della sua energia nervoso — muscolare, gli viene tolto; in tal caso egli muore: il compenso al lavoro cioè le *obbligazioni* sorgono adunque come corollario del bisogno di vivere. Inoltre in ogni organismo allo stato normale sappiamo esservi un equilibrio, non permanente, che è la morte, ma mobile che si turba e tende a ristabilirsi con il mutarsi delle condizioni esterne: ogni molecola secondo i fisici moderni

---

---

ha un movimento ritmico, e per aversi l'equilibrio della massa, bisogna che ciascuno compia il suo movimento in uno spazio limitato dagli spazi simili necessari al movimento delle altre: così nella società ognuno deve rispettare gli altri nel loro circolo di azione, e l'*actio negatoria*, gl'*interdetti possessorii*, le *condictiones* sono norme giuridiche che sorgono appunto da ciò. Finalmente ogni organo di un *individuo* compie una funzione che serve ad altri organi, ma in compenso deve da questi ricevere sangue per nutrirsi e vivere, se no muore di atrofia: così nella società si ha un continuo *do ut des*, e da tale bisogno *biologico* sorge il bisogno di rispettare il *contratto*, che è appunto il rapporto aritmetico, stabilito in precedenza, fra il consumo ed il compenso, fra il servizio e il beneficio: senza il rispetto del *contratto sociologico*, perirebbe la società, come senza il rispetto del *contratto fisiologico* perirebbe l'individuo.

L'adattamento opera talora indirettamente per *correlazione*, e questo nel diritto è un concetto nuovo ed elegante: in un organismo il modificarsi di una parte porta la modificazione delle parti correlative: così se cresce un muscolo, questo ha bisogno di più sangue, e perciò cresce il calibro delle arterie che ve lo portano: e viceversa l'ipertrofia di un organo porta talvolta l'atrofia di altri: GOETHE esprime questo concetto in forma poetica dicendo: il bilancio della natura è fisso; una somma troppo grande assegnata ad una spesa vuole un'economia per un'altra. Un esempio naturale di correlazione di organismi si ha nel trifoglio rosso il quale non si riproduce se non è frequentato da vespe, le quali abbassano le ali della corolla: il numero delle vespe dipende dal numero de' topi terragnoli che distruggono i loro favi e

---

i loro nidi: il numero di tali topi dipende alla sua volta dai gatti, e nei villaggi dove sono molti gatti vi sono pure molte vespe. Dunque la presenza di animali felini in un luogo decide sulla rarità o moltiplicazione del trifoglio rosso. Orbene queste leggi credo che possansi mirabilmente applicare al diritto: prima di tutto si osservi i romani riuscire tanto nel diritto e niente nel resto, come i greci nell' arte, come i fenici nel commercio: e nello stesso diritto romano l' alimento eccessivo del diritto civile produce atrofia nel diritto penale: ma nello stesso diritto privato la massima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, produce lo strano istituto dell' *institutio ex certa re*, ed il diritto di accrescimento; i diritti del marito sulla dote erano molti e per correlazione la moglie succede sempre al marito nell' apposita categoria *unde vir et uxor*, mentre sotto Giustiniano il marito ha minori diritti dotali, e la moglie non ha più che una *successio extraordinaria* in caso di povertà. — La *lex Poetelia* abolisce il *nexum* gravoso ai debitori, e sorge a garanzia dei creditori l' esecuzione reale sui beni e poi anche il pegno e l' ipoteca — Teodosio introduce la prescrizione trentennale delle azioni, e allora sorge per le cose l' istituto dell' *usucapione straordinaria*, di che gode anche il ladro, dal momento che il vero propr. ha prescritta la sua *rei vindicatio* — Il contratto, perduta la forma della *mancipatio* e *nexum*, si stacca radicalmente dalla propr. in modo che in diritto romano la propr. non passa col contratto ma ci vuole la *traditio*; in conseguenza di ciò si poteva vender la cosa altrui, e per rimedio a ciò nacque l' istituto dell' *Evizione*.

---

La proclamazione del principio economico della libera proprietà senza vincoli, portò il divieto della sostituzione fidecommisaria: ma come lasciar beni ai figli non ancor concepiti di una persona? l'articolo 764 stabilisce perciò che si possono istituire eredi i figli non concepiti di una determinata persona.

## VI.

### *Trasformismo giuridico*

omnia ex uno  
Vangelo

Veduto che l'*individuo giuridico* varia sempre e per quali cause, rimane a vedersi quale è il punto di partenza.

L'antica scienza geologica seguendo il COUVIER spiegava i cambiamenti subiti nella forma e nella struttura dal nostro pianeta con ipotesi di istantanei cataclismi, violente convulsioni, con l'azione repentina di forze misteriose poste in attività dagli ardori di un *Piroflegetonte* centrale; ma l'illustre Carlo LYELL sostituì alle rivoluzioni del globo le evoluzioni, e ai violenti cataclismi le *cause attuali*. Così negli organismi la teoria antica era quella delle creazioni indipendenti delle specie di piante e di animali, ma ora il DARWIN e i naturalisti dimostrano che ogni specie deriva dall'altra e tutte da una prima *monera* fondamentale, e non si è lontani dal trovare un essere intermedio fra il gorilla e l'uomo.

Venendo al *diritto*, anche per esso dobbiamo potere applicare il *trasformismo* che è il *punctum saliens* di tutta la teoria, e può dirsi la scoperta più importante e più combattuta

---

della scienza moderna: per il trasformismo, le potenze ascon-  
dite, i *Deus ex machina*, i miracoli medioevali dei santi, le  
forze plutoniane e nettuniane nella geologia, periscono nel-  
l'oscurità dell'errore e rifulge di viva luce la continua evolu-  
zione da una specie in un'altra per cause naturali e sensibili.  
Anche nel diritto deve potersi applicare questo trasformismo  
e gli istituti giuridici derivare l'un dall'altro fino a risalire  
al primo *plastidulo*, al *capostipite giuridico*: difficile lavoro,  
perchè le diverse norme presso qualche popolo, per essere  
scomparsi gli *anelli intermedi*, sono fra se tanto sconnesse,  
che riconnetterle e ricondurle per via di discendenza genea-  
logica l'una all'altra, e tutte ad un *proteron* sembra quasi  
impossibile. Però questo proteron, questo primo plastidulo  
credo di averlo trovato *provando e riprovando*, come dice  
Dante, nella *proprietà*, nel *ius in rem*: e lo si può subito ve-  
dere esaminando i *diritti reali*, le *obbligazioni*, la *famiglia*, e  
le *successioni*, che sono gli istituti principali del diritto. La  
forma della trasmissione della proprietà era la *mancipatio*, la  
quale serviva per tutto, per i contratti nel *nexum*, per il ma-  
trimonio nella *coemptio*, per la successione nel *testamentum*  
*per aes et libram*: le obbligazioni, con l'accennata forma del  
*nexum*, erano un diritto reale sulla persona del debitore, la  
successione era una *venditio hereditatis* e qualunque azione  
era una *vindicatio* (64): il matrimonio, che più tardi ebbe  
quella bella definizione di Modestino, da principio era pur  
esso un rapporto di proprietà: presso tutti i popoli antichi  
e presso i selvaggi moderni l'uomo compera la donna, e la  
forma romana della *coemptio* ne fa fede: ERODOTO afferma (65)  
ciò usarsi presso i Traci — *Giacobbe* (66) comperò la figlia  
di Labano con quattordici anni di lavoro — la *lex Sassone*

fissa a 300 soldi il prezzo di una sposa (67) — presso i selvaggi moderni, come, i *Kol* dell' India o i *Neozelandesi*, o gli *Abita* delle isole Filippine, LUBBOCK (68) afferma che le donne sono proprio come schiave (69), si può ucciderle, venderle (70), scambiarsele in segno di amicizia. Col progresso l' *ius in rem* si restringe, e i contratti acquistano tale figura a sè, che l' *ius in personam* diventa poi il *contradictorium* dell' *ius in rem*: il diritto successorio acquista pure spiccata e indipendente figura, e le sue azioni col nome di *mixtae* prendono un posto medio fra le reali e le personali: rimane però sempre che la *res* è il *sensorium* del diritto, e che il *dominium* è il padre di tutti gli istituti giuridici, sebbene l' ultimo figlio, il *contratto*, diventa poi il padrone di casa: il rapporto fra padrone e servo anticamente era *dominium*, ed oggi locazione di opere — il *praecarium* è prima diritto reale protetto con un interdetto possessorio, e poi diventa contratto innominato — le *servitù* si costituivano con una *mancipatio* o quasi *traditio*, mentre nei tempi giustiniani basta la *nuda pactio* — il matrimonio, che era uno *status familiae*, è nei codici nostri un contratto, e vi sono scrittori, che dicono esser pure un contratto il testamento.

ISTITUTI GIURIDICI	DIRITTO ANTICO	DIRITTO POSTERIORE
Proprietà	<i>ius</i> { <i>in</i> { <i>rem</i> {	<i>ius</i> { <i>dominium</i>
Servitù		<i>in rem</i> { <i>actio confessoria</i>
Contratti		<i>ius in</i> { <i>contractus, pactio</i>
Prestaz. di opere		<i>pers.</i> { <i>locatio operis</i>
Testamento		<i>ius</i> { <i>septem signa</i> <i>mixtum</i> { <i>interdict. de lib.</i> <i>»</i> <i>de ux.</i> <i>matrimonii liberi</i>
Patria potestà		
Potestà maritale		
Matrimonio		
	<i>dominium</i> <i>mancipatio</i> <i>nexum</i> <i>servi</i> <i>per aes</i> <i>vindicatio filii</i> <i>manus</i> <i>coemptio</i>	

Il contratto è adunque il coefficiente del progresso giuridico e il punto di arrivo, ma il punto di partenza è il DOMINIUM: i varii istituti giuridici non sono perciò creazioni staccate e indipendenti, ma sono modificazioni l'uno dell'altro, e tutti di un *primo plastidulo giuridico*, che per il diritto privato credo essere l'*ius in rem*, o meglio la FORZA SU UNA COSA PROTETTA DA GIUDICI E DA NORME. Questo *trasformismo giuridico* trova due prove negli organi atrofiati e nell'embriologia di un istituto.

ORGANI ATROFIATI RUDIMENTALI. Gli animali hanno parecchi organi di questa natura, e fra i mille ricorderò il dente rudimentale nella mascella superiore dei giovani ruminanti, il quale non ha valore fisiologico ma mostra l'affinità fra essi ruminanti e i pachidermi. Ciò è anche nelle lingue, come l'*h* di molte parole tedesche e italiane, e le lettere finali francesi che non si pronunciano: il *g* di *sang*, parola francese, non ha vita ma mostra che *sang* deriva da *sanguis*; l'accento di *verità* mostra che la madre di questa parola si componeva non di sei ma di sette lettere. Così è pure nel diritto e appare da questi esempi:

a) Il *testam. per aes et libram* ebbe due forme (71): il *familiae emptor* della seconda è un puro ricordo della prima, che era *venditio hereditatis*.

b) La norma del codice nostro che la divisione ereditaria è *dichiarativa* di proprietà e non *attributiva*, come in diritto romano, non ha oggi una ragione che la sostenga, è un organo atrofiato, mentre è sorta nei tempi feudali, quando la contraria norma romana portava ad angherie su i successori del vassallo. (72)



c) I contratti innominati, specialmente i *do ut.....*, sono una trasformazione del diritto reale e una forma di *condictio (condictiones datorum)*.

d) L'articolo 1819 del codice civile sul mutuo non è che un ricordo del *contratto reale* romano, ed è in contrapposizione con l'articolo 1125.

e) *Le forme* sono per lo più sostanze *atrofiate*: così i comizii curiati dopo Servio Tullio (73), la *confarreatio* per il flamen dialis, così il rex, che diventa un generale ereditario a Sparta un arconte in Atene un *sacrificulus* a Roma. (74)

EMBRIOLOGIA. È provato che il feto umano ripete i passaggi successivi della specie, dal protozoo in giù, sì che può dirsi essere *l'embriogenia umana una fotografia piccola e successiva dell'evoluzione del mondo*. Anche nel diritto, un istituto sorgendo prende prima la forma del primo plastidulo (*l'ius in rem*), e poi prende una propria figura, così i contratti innominati oggi sono veri contratti *consensuali*, ma nel sorgere erano *condictiones datorum* cioè una forma dell' *ius in rem*. Bisogna però osservare tre cose: in primo luogo che parlo di istituti giuridici (*obbligazioni, servitù, iura status, successioni, proprietà, possesso*) e non di norme; in secondo luogo che nel diritto privato gl' istituti nuovi, dei quali si possa osservare il nascere, sono rarissimi, trovandosi tutti anche incompletamente nelle società più antiche; in terzo luogo che il processo embriologico di un istituto non si fa in un ventre, che si può sezionare e studiare, ma nella mente di un uomo con rapida velocità e in un terreno non ancora esplorato. (74). (75).

Raccogliendo i fili tessuti abbiamo un pezzo di tela, sul quale è scritto che 1° i *bisogni* hanno nelle prime società

creati alcuni *fatti* permanenti: 2° questi fatti sorti con la *forza*, dalla forza erano protetti; 3° più tardi un *vir* fece da *giudice*, e allora il fatto si formulò in *norma giuridica*, e più norme formarono il *plastidulo giuridico*; 4° questo era l'*ius in rem*, il quale *omogeneo* e uniforme, a poco a poco si *adattò* alle circostanze, adattandosi si modificò, si *trasformò*, e diede origine a molti altri istituti *eterogenei*.

## VII.

### *La lotta, la selezione, l'eredità nel diritto.*

pólemos patèr pántoon  
Eraclito

Questa evoluzione da un plastidulo giuridico, questo continuo adattamento alle circostanze esterne, avviene per mezzo di una *lotta*, la lotta per l'esistenza, la *struggle for life* del DARWIN. Ogni organismo deve lottare per procurarsi spazio e alimento contro i suoi simili che hanno uguali bisogni, contro gli animali dei quali è preda, contro i parassiti, contro il clima, contro tutto e tutti: anche la società più progredita è un *bellum omnium contra omnes*, con la differenza che in moltissimi casi alla lotta materiale si è sostituita una lotta morale e intellettuale: lottano gli scrittori con le loro ricerche, lottano gli studiosi con l'emulazione, lottano i commercianti con la concorrenza economica, e tutti poi si lotta con le malattie, con il caso, con l'ingiustizia, con le prepotenze: la vita è una continua lotta, che, come il fuoco per i metalli, purifica e produce il progresso; la civiltà stessa è

un sistema di forze che danno i mezzi per lottare, come gli abiti servono a lottare contro il freddo: la guerra (76), in ispecie se intellettuale, è vita mentre la pace è morte, ed auguriamoci di poter molto lottare per poter molto vivere. Anche il diritto vive di questa guerra, e anch'esso deve lottare contro mille forze, che tenderebbero a distruggerlo.

*Lotta il diritto* contro i nuovi bisogni, come appare mirabilmente nel mondo romano dove l'urto fra essi e le dodici tavole faceva scattare la norma pretoria. Questi nuovi bisogni si servono di due forti armi, l'*aequitas* e la  *fictio*. L'*Aequitas*, con attraente splendore di verità sublimi e innate, è appunto un diritto allo stato *amorfo*, è la voce di nuove norme che pretendono di entrare nel consesso giuridico: si oppone allo *strictum ius*, che è invece il *diritto preesistente* (77). La *fictio*, su la quale dice tante cose belle e nuove il MAINE (78), è la veste vecchia che si poneva su un giovane corpo; è una *magnanima menzogna* per nascondere la novità, ma farla trionfare. Questa lotta ci può spiegare alcuni istituti *artificiosi*, de' quali altrimenti non si comprenderebbe la ragione, come la *fictio legis Corneliae*, le *formulae ficticiae*, le *rei vindicationes utiles*, l'*ius rapraesentationis* (79), l'*actio ex stipulatu de dote* di Giustiniano, la *tutela fiduciaria* (80), la *servitus altius tollendi* (81), ed altri.

*Lotta il diritto* contro i pregiudizi morali e religiosi, e questa lotta fu terribile nel medio evo.

*Lotta il diritto* contro la prepotenza di un capo, e ne sorgono i privilegi del fisco, dell'imperatore, di certi corpi morali.

*Lotta il diritto* contro le forme: le forme, necessarie come l'intonaco al muro, servono talora a soffocare il diritto, così

---

il bisogno di atto scritto per i contratti indicati nell'articolo 1314 può far rimanere senza protezione alcune stipulazioni che, fuorchè nelle forme, sono in tutto perfette. Alcune volte adunque vince la forma (82), altre volte questa è vinta dalla *substantia juridica* (83).

*Lotta il diritto* nelle opinioni dei giureconsulti, e qui vi sarebbe da scrivere un volume: nel diritto romano son note le lotte fra Proculeiani e Sabiniani circa il *vagitus infantis*, la *specificatio*, il *praetium rei venditae*, la *possessio bonae fidei* e circa mille altre cose. (84)

*Lotta il diritto* contro le violazioni e le astuzie, e come da simile lotta sorsero per adattamento le sostanze torbide del *Brachinus* e della seppia, gli apparecchi veleniferi dei serpenti, i tranelli degli aracnidi, gli apparati dei pesci elettrici, gli organi urticanti dei celenterati, così sorsero nel diritto gl' istituti contro la mala fede e gl' inganni, come l' *exceptio metus et doli*, l' *actio paulliana*, il *s. c. Libonianum*, la *compensatio* per coloro che *petunt quod mox restitutori sunt*, ecc.

*Lotta il diritto* con se stesso, nel senso che nell' organismo giuridico vi è spesso attrito tra le varie norme: ogni norma è stata tratta da un certo numero di casi, ma una volta che è nata si vuol rendere generale, e allora la circonferenza della sua applicazione va ad intersecare la circonferenza di altra norma. Così *quod ab initio est vitiosum tractu temporis conualescere non potest* e la *prescrizione*, in ispecie delle azioni di rescissione — *error iuris non excusat* e l' articolo 1109 — *casus sentit dominus* e *res periculo emptoris est* ecc.

---

---

In questa lotta vincono le norme *migliori* e periscono le deboli, avvenendo così una vera *selectio iuridica*. E migliori son quelle norme le quali hanno il maggior numero di caratteri vitali. Enumeriamone alcuni:

1.º Vincono le norme precise, certe e periscono le indeterminate. Così l'*incertum ius* cioè la *consuetudine* cede il posto al *codex*; l'*inspectio corporis* alla pubertà fissa dopo i 14 anni.

2.º Vincono le norme più corrispondenti ai nuovi bisogni.

3.º Vincono alcune norme se sostenute da grandi giuriconsulti: così le condizioni impossibili in un testamento, i codicilli per Augusto ecc.

4.º Vincono le norme più complesse e più generali: in diritto romano ogni specie di contratto ha regole proprie, oggi le regole sono per tutti i contratti e si compendiano nel *vinculum juris* — le servitù reali non potevano darsi a tempo, ma poi sì ecc.

5.º Vincono le norme più belle: molte perirono perchè *ineleganti*. Così Adriano abolì una parte del s. c. claudiano *inelegantia juris motus*, come dice GAJO, I, 84.

I caratteri acquistati in questa lotta vengono trasmessi ai nuovi istituti, e l'*eredità* è nel diritto rappresentata dalla *consuetudine*, dalla *tradizione*, e dalla *trasmissione vera* di norme di un istituto vecchio ad un nuovo, come si osserva mirabilmente nella *fiducia*, e poi nel *pignus*, e poi nell'*hypoteca*.

Adunque l'organismo giuridico cresce mano mano *lottando* con le forze esterne, *adattandosi* si aumenta, con la *selezione* si fortifica, con l'*eredità* si mantiene, e dopo secoli di vita stentata diventa un organismo gigante come è oggi.

---



---

## VIII.

### *Conclusion e*

Il est dangereux de trop faire voir à l'homme combien il est égal aux bêtes, sans lui montrer sa grandeur: il est encore dangereux de lui faire voir sa grandeur sans lui montrer sa bassesse: il est encore plus dangereux de lui laisser ignorer l'un et l'autre.

*Pascal, Pens., 4, 4, 7.*

Queste sono le linee generali del *sistema dell' Evoluzione* applicato al diritto: sistema semplice ma che calma ed appaga, *parva domus sed magna quies*. È forse ancora un'ipotesi, ma molto fondata e prossima a doventar verità: ci si studi e ci si lavori senza alcuna *mentis anticipatio*, senza avere per il nuovo quel *horror* che i fontanieri di Montpellier dicevano aver la natura per il vuoto; ci si studi e ci si lavori, anche se si prevede, che si otterranno resultamenti contrari ai sentimenti e ai pregiudizî vecchi: la scienza, dice bene il Marselli, deve continuare liberamente le sue ricerche, senza preoccuparsi delle vertigini ch' essa può produrre in chi non ha organi robusti per digerire i suoi veri: volere che essa fermi il suo corso, perchè i suoi vapori ubbriacano alcuni, è come volere che si proibiscano le vaporiere, perchè le carrozze talvolta si urtano. Con metodo positivo, con ricerche pazienti e critiche, dobbiamo nel diritto lavorare ancor molto; unificata la patria, dobbiamo unificare la legislazione: noi, non ricchi eredi di una grande potenza e di una grande sapienza, non abbiamo ancora un diritto tutto nostro: alla

---

Germania chiediamo le teorie del diritto romano, alla Francia le decisioni dei loro tribunali. Ora è tempo che teorie e decisioni nostre proprie facciano risorgere il nostro nome, acciocchè qui, dove i giureconsulti romani hanno dominato il mondo con i responsi ed i glossatori con le dottrine, possa ancor ripetersi che l'antico valore non è morto nei cuori italici, e se i nostri padri han dato all'Italia il sangue, a noi spetta darle l'ingegno; oh perdio non vogliamo nè spegnerci nè imputridire, ma lavorare con tutte le forze fiduciosi e sereni.

Ritornando al tema nostro, vedemmo il diritto sorgere non da divine ispirazioni, o dalla coscienza umana, ma dalla forza materiale del selvaggio, e dalla lancia insanguinata del troglodita; del resto venga esso dal paradiso terrestre o dalla Lemuria, certo è che oggi è un organismo mirabile per simmetria di struttura e profondità di norme. La nostra origine modesta ci farà da *memento homo*, infondendoci l'umiltà per il passato, la fede nel presente, la speranza nell'avvenire, e il nostro progresso, tanto più mirabile quanto più partì dal basso, ci è tanto più di onore, quanto meno tratto dal vano blasone degli avi.

E qui, o signori, termino perchè temo, come diceva Demostene, che siasi votata la clessidra della vostra pazienza: io sono giovane di età e povero di forze; ma, pieno il cuore di entusiasmo e di fede, in questi tempi ne' quali è moda mostrarsi scettico, sento il bisogno di amare e di sperare; amo la vita e la scienza, spero nel ritrovamento delle verità e nel crescer gigante dell'incominciato progresso della nostra bella splendida gloriosa Italia.

---

---

## NOTE

(1) BACONE, *De Augm. scient.* 1, 1, 70. Questo sollevamento delle ricerche è stato il frutto prelibato dei secoli passati, ma ha create teorie tanto astratte e nuvolose che la frase di Bacon *metaphisica nulla sit* è diventata per noi il motto d'ordine.

(2) Tutti i grandi scienziati sono stati grandi filosofi, intendendo per filosofia una ricerca più acuta e più generale, e non una creazione ideale e falsa di concetti immaginati o intuiti. Il puro fatto dice poco e non soddisfa: collegare i fatti più disparati, entrare nelle loro viscere più profonde, trovare leggi indirette e generali, ecco in che sta la vera filosofia: persino in sant'Alsemo vi è la *fides quaerens intellectum*. Questo è il concetto del moderno *realismo filosofico* opposto all'idealismo: di esso è capo in Germania il KIRCHMANN, e ad esso si riduce il positivismo e il naturalismo: lasciate in un canto le questioni sul mondo e su l'anima, studia i fenomeni con l'aiuto delle scienze naturali, e induce leggi, le quali solo nei fatti hanno fondamento. È questo l'indirizzo ch'io seguo insegnando filosofia nel Liceo Alfonso Varano in Camerino: indirizzo che è all'unisono con lo spirito del secolo nostro che, grande nelle ricerche naturali, è *sperimentale* nelle medesime, *verista* in letteratura ed in arte, *realista in filosofia*, congiungendo il grido di BACONE - *fiat experientia* - con quello del BENTHAM - *fiat observatio* - I principali scrittori moderni (fra gli antichi Aristotile, Galileo, Campanella) realisti in filosofia sono:



KIRCHMANN, in molti lavori ma in ispecie nei GRUNDBEGRIFFE des Rechts 1873. Questo libro è un tesoro — COMTE, COURS de PHILOS. — SPENCER, tutte le opere — BAIN, L'Éducation nella Bibl. Inter. —

FISKE, *Outlins of Cosmical Phil.* — LEWES, *Problemes of Life and Mind* — MAUDSLEY, *The Physiologie* ecc. — RIBOT, *La Psychologie Allemande.* —

(3) LUBBOCK, *Storia dell' incivilimento e Tempi preistorici.* Opere tradotte dal Lessona. È importante studiare la vita dei selvaggi d' oggi, perchè non rappresentano una barbarie nella quale non cademmo, ma uno stadio di civiltà, per il quale anche noi passammo: e per sapere bene quello che siamo, bisogna ben sapere quello che fummo.

(4) Per la teoria dell' *Evoluzione* consulta:

DARWIN, le diverse opere — SPENCER, *Principes de Sociologie* (1878), de *Biologie*, de *Psychologie* — LANGE, *Gesch. d. Material.* — OSCAR SCHMIDT, *Descendance e Darwinisme* nella *Bibl. Intern.* — HARTMANN, *Le Darwinisme*, *Bibl. Int.* — BAGHOT, *Lois du dev.*, *Bibl. Int.* — CANESTRINI, *La teoria dell' Evoluz.* 1877 — ÉMILE FERRIÈRE, *LE DARW.*, 1872: alle pagine 109 e sg. applica il darwinismo alle lingue — NICCOLA MARSELLI, *Le origini dell' Umanità* — *La natura e l' incivilim.* 1879 — BOCCARDO, *Intr. alla Sociol. dello SPENCER*, nella *Bibl. Econ.*, volume VIII.

(5) BARZELLOTTI, *La morale positiva* — ARDIGÒ, *La morale positiva* — SPENCER, *La morale evolutioniste*, *Bibl. Int.*, 1880 — ARISTIDE GABELLI, *L' uomo e le scienze morali* 1869 — Vedi inoltre gli eleganti e noti recenti lavori del SIDWICK, del GUYOT, del GROTE, dello SWIENTOCHOWSKI, e vedi, per la novità della ricerca, RUDOLF EUCKEN, *GESCH. und KRITIK der GRUNDBEGRIFFE der GEGENWART.*

(6) Vedi l'opera del CARLE, *La vita del Diritto*, Torino 1880. Vedi le frasi scultorie del *Laurent* ( *Dr. Civ.* vol 1, prime pagine ) e del *Ihering* ( *Esprit*, vol 1 pag. 26 ). Anche Aristotile aveva intuito lo sviluppo storico col concetto del movimento; anche i giureconsulti romani hanno espresso il rapporto fra il diritto e la vita: Ulpiano dice: *usu exigente et humanis necessitatibus*. Vi è in proposito un elegante lavoro del Prof. BRUGI: *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani.* Urbino 1880 — L' egregio romanista con leggiadra erudizione

dimostra che i giur. rom. avevano il *sentimento* non il *concetto* (pag. 33) della evoluzione storica, mentre il *Iher* (Geist. I pag. 93) afferma il contrario: è certo che essi concepivano il diritto come qualche cosa di reale e di progressivo, non già che avessero il concetto vero della Evoluzione: ma è certo pure che aveano, non quando risolvevano casi ma quando ragionavano, concetti astratti, ideali, stoici. Si ricordi il *semper bonum*, l' *ius gentium*, l' *ius naturae*. I testi romani in ciò si possono tirare da ogni parte come il panciotto dei contadini: il SALZA, *La metafisica dei Giur. Rom.*, ha voluto trovare in questi la filosofia del Vico e del Rosmini.

(7) Sono pochi conosciuti ma profondi i lavori dell' ARNOLD: *Cultur und Rechtsleben* 1865 - *Cultur und Recht*. d. R 1868.

HILDEBRAND nei *Jahrb. f. Nat-ökon.*

Il PADELLETTI nella sua Storia del diritto insiste sempre su le condizioni economiche.

(8) Il VICO ed il GRAVINA hanno considerato il diritto in relazione alla vita sociale, ma il buon seme produsse cattive piante perchè non potè non nutrirsi delle teorie del *ius naturae*, che ha fatto tanto male al *ius hominum*. Il MONTESQUIEU riuscì meglio, ma ai suoi tempi le scienze positive non erano ricche e le ricerche sui selvaggi abbondanti come oggi. Il IHERING, nel *Geist d. R. R.* è arguto leggiadro osservatore, ma è sempre un filosofo idealista che si traveste; anche il suo *Kampf um's Recht* è una lotta ideale e poetica. La scuola storica del SAVIGNY ha dato molti buoni concetti, ma si è sempre tenuta su considerazioni generali, e il Padelletti nota con ragione che la *coscienza giuridica del popolo*, il *diritto come frutto naturale del bisogno* sono parole e non altro, finchè non si cerchi quel che ci è dentro. Ecco tutti i lavori fatti finora circa l' Evoluzione e il Diritto.

MAINE, *L'ancien droit*, trad. di Courcelle Seneuil 1874: esamina le società antiche, e la romana e l' indiana più che altre: fa nuove e vere osservazioni, ma non applica proprio la teoria darvinista.

SCHÄFFLE dimostra brevemente che si può spiegare i fenomeni morali e giuridici con la selezione sociologica.

LUCCHINI, *La Fil. del Dir su le basi dell' Evoluz. cosmica*. 1864. È un buon lavoro per altre ragioni, ma della teoria dell' Evoluz. non vi è che il nome.

PRESSINA, *Il naturalismo e le scienze giuridiche*, Disc. Inaug. 1879.

*La lotta per il diritto nella pena - Annuario delle scienze giur.* Hoepli, anno 1880-81.

Sono due eleganti discorsi generali.

ZANI, *Il Diritto secondo la legge di Evoluzione - Mantova* 1881. È un saggio un po' astratto, ma pieno di buoni semi.

(9) Applicare l'evoluzione ai fenomeni giuridici è più difficile che agli altri per molte cause; perchè il fatto nel diritto non è sempre un bisogno materiale, ma spesso un concetto, spesso la stessa norma: perchè, non contenendo il Codice tutto il diritto, la materia da osservarsi è molto sottile, vaga, che sfugge come la gelatina: perchè nell'organismo giuridico sono molti fossili scomparsi: perchè infine l'azione riflessa dell'uomo è quivi più che altrove potente, e la selezione artificiale più efficace della naturale.

Il presente è un saggio, ma con facilità si può molto ampliarlo, perchè si può tutto il diritto, tutte le norme classificare secondo le categorie che esporrò: candidamente dico al candido lettore la mia fatica essere stata maggiore nello scegliere tra i fenomeni raccolti, che nel raccogliarli.

(10) Devo dire che il metodo con il quale ho ricercato è diverso da quello con il quale la mia ricerca ho qui esposto. Ricercando, ho esaminato molti fenomeni, e studiato se per ciascuno sono vere le leggi dell' Evoluzione; esponendo, ho trattato di queste leggi, intorno a ciascheduna aggruppando i fenomeni che la provano. L' illustre prof. SCIALOJA ha, scrivendomi, obiettato che questi fenomeni veduti a grandi linee e sotto una luce artefatta possono anche provare la teoria dei ricorsi vichiani; così anticamente la proprietà era comune, poi privata, poi di nuovo comune e feudale, oggi di nuovo privata. Però ogni fenomeno penso averlo io preso proprio come si trova, in tutte le sue parti, ed osservato senza anticipationes mentis, ma con quella bona fides che, come per l'usucapione, così è necessaria per le ricerche scientifiche.

Ho preferito poi spigolare nel campo romano, perchè i Romani hanno avuto un' atrofia nell' arte e nella filosofia a vantaggio di una ipertrofia nel diritto e perchè l' organismo giuridico romano fu l' individuo più sano, più sviluppato, e che più lungamente visse in confronto degli altri.

(11) CICERO, *Acad. quaest. Lib. 1., c. 3.*

(12) Lavorare è penare: *quaesivit lucem, ingemuitque.*

(13) Il paradiso terrestre non fu nel passato, ma è l' aspirazione del futuro. Anche nel mondo romano era la tradizione che l' umanità, uscita dalle quercie, abbia condotto vita ferina, alla quale si rapporta il diritto naturale di Ulpiano, *quod natura omnia animalia docuit.*

Virgilio, Plinio, Lucrezio posero in versi questa tradizione: *Gensque virum truncis et duro robore nata - Olim communis hominis cibus et pecoris glans.* -

(14) IHERING, *Esprit ecc.*, vol IV pag. 2.

(15) Studiare i costumi e le norme dei selvaggi moderni è di grande importanza; perchè vi si trovano gli elementi per fare il ritratto di noi, quando eravamo socialmente bambini. Per questo studio vi sono questi libri:

LUBBOCK, opere citate:

SPENCER, *Sociologie*, vol. 1.

KLEMM, *Allgemeine Culturgeschichte der Menschen.*

MÜLLER, *Gesch. der Amerik. Urreligion*

M' LENNAN, *Primitive Marriage*

BACHOFEN, *Das Mutterrecht*

LANG, *The aborigine of Australia*

GIRARD TEULON, *Les origines de la Famille.*

(16) La guerra e l' ornamento sono tra i primi scopi dell' uomo: alcuni selvaggi non sanno ancora come vestirsi e come accendere il fuoco, e han tutta la faccia piena di orecchini e gingilli per pompa.

(17) Si sono trovati pezzi di psamnite nella grotta di Chaleux.

(18) Si son trovati cereali carbonizzati in vasi nelle torbiere di Mercurago. MARSELLI, *Origini....*, capitoli 4 e 5.

(19) Il MAINE pensa anche così: *Ancien droit*, cap. 1: *per quanto ci sentiamo fortemente tratti ad affermare a priori che la nozione di un costume deve precedere la nozione di una*

*sentenza giudiziale, dobbiamo confessare che l'ordine storico è inverso.*

(20) Vedi l'eccellente vocabolario omerico del CRUSIUS - *Greck and English Lexicon for the poems of Homer* 1874.

(21) Il mio caro amico PROF. MAFFEO PANTALEONI ha fatto in proposito un lavoretto, inserito nella Rivista Nazionale: *Saggio intorno ad una questione di diritto preistorico* 1882. Ammette che storicamente la sentenza sia precedente alla consuetudine, ma dice che i tempi Omerici sono relativamente tanto progrediti, che non riproducono più questo stadio preistorico.

(22) Noi intendiamo per *norma giuridica* una norma che viene garantita da un potere giudicante qualunque. A parte la questione se al diritto sia essenziale la coazione, è certo che se si prende una norma giuridica, e si pensi che nessun giudice la faccia valere, essa norma cessa di esser giuridica, e diventa morale o religiosa. Nè importa sapere la vera essenza del diritto, se stia nell'*utile* o in un'*idea* o in un *sentimento* o nella *forza*: certe domande non si devono fare, perchè il *fenomeno* non dà elementi per rispondervi, ed anche *Cristo*, quando *Pilato* gli domandò - *quid est veritas* - gli voltò le spalle. Seguiamo il precetto di GALILEO: *niuna ricerca su l'essenza delle cose.* (KIRCHMANN, la teorica del sapere, traduz. ital., appendice 45, pag. 153).

(23) È importante questa distinzione tra fatto e diritto per spiegare le società antiche: che per andare nel mio fondo passo per quello del vicino, se non posso fare altrimenti, è una cosa che si sarà sempre fatta, ma non sorge a norma che quando uno la viola, e il giudice la formula; prima di ciò era *consuetudine* ma non *consuetudine giuridica*. Possiamo riassumere dicendo che anche nelle prime società si creano molti usi, molti fatti, che si rispettano per paura degli dei, per convinzione profonda, per la forza di chi comanda: a poco a poco alcuni di questi usi e di questi fatti vengono sanciti da un giudice, e diventano diritto. *Il diritto si forma con un processo di ASSORBIMENTO che mano mano fa il giudice degli usi e fatti preesistenti.* Portiamo per prova alcuni esempi:

- a) La *compra e vendita* dei piccoli oggetti, in ispecie dei cibi, senza bisogno di solenni stipulazioni, dev'essere antica quanto la moneta, ma non dando luogo a contestazioni, non era

contratto giuridico neppure ai tempi di Plauto. (*De empt. quae Plauti fabulis* ecc. BEKKER - 1861)

- b) La *permuta* è il più antico degli atti economici circolatorii, e il diritto non l'assorbì che ai tempi dei giureconsulti classici, facendola un contratto innominato. (IHERING, *Esprit*, 1, 142, nota 69).
- c) Il *pater* aveva sui figli potere di ucciderli, ma nella coscienza pubblica limiti e doveri: il diritto prese a sè solo la prima parte, sancì solo l'*ius vitae et necis* e simili, e a chi non studia la vita romana nel suo insieme il *pater* si presenta come il *terror familiae* (IHERING, *Esprit*, 1, 205 - PADELLETTI *Storia del dir. rom.*, pag. 144.)
- d) Così si risolve la celebre disputa se il possesso sia un *fatto* od un *diritto*: tutti gli scrittori la trattano lungamente e diversamente la risolvono - SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 5.<sup>a</sup> ediz. pag. 24 - A noi pare che il possesso, distinto dalla proprietà, rimase semplice *fatto* per molto tempo, e doventò *diritto* con gl' interdetti. Appena troviamo l'interdetto possessorio, il possesso è *diritto*, cioè *fatto giuridico*, e se non può stare, come la proprietà, distinto dal *corpus*, ciò non dipende dall'essere esso un *fatto*, ma dall'essere un *diritto di tal natura*, che richiede così.
- e) Dalla distinzione delle *res mancipi et nec mancipi* PUCHTA e altri argomentano che anticamente in Roma la proprietà fosse pubblica, e le prime cose a diventare oggetto della privata fossero le *res mancipi*. Noi osserviamo invece che le *res nec mancipi* come frecce frutti armi bronzo, erano anch'esse di proprietà privata, anch'esse si vendevano, ma la *mancipatio* non le comprendeva, perchè erano ancora un *fatto*, e il *diritto* non le aveva assorbite.

Qualunque norma, secondo il nostro concetto, può diventare *giuridica* sol che anticamente un giudice l'applichi, oggi una legge la contempli: e le leggi economiche, sociali, finanziarie vanno sempre aumentando. Tutto il resto che non è diritto, cade sotto norme di morale, di etichetta, di educazione, di religione: qualunque fatto cade sotto una di queste norme, e in questo senso è profonda la frase di Cristo (Matth. 12) *de omni verbo otioso reddent rationem in die iudicii*. La legge di estensione del diritto è data in ogni epoca dallo spirito

di questa: nel medio Evo il diritto penetrò nel *forum conscientiae*, oggi va nelle fabbriche, scende nelle miniere, e il socialismo vorrebbe ridurre al *maximum* l'intervento del diritto. Del resto fino ad oggi il diritto:

- a) in alcune cose *non entrò*, come nella vita interna familiare, nel modo di vestirsi ecc.
- b) in altre *non può entrare*, come nei giudizi, nella coscienza, perchè il diritto è regola solo per le azioni esterne
- c) in altre *non deve entrare*, e qui è la perpetua lotta fra la libertà dell'individuo e l'autorità dello stato.

Concludiamo che la norma giuridica si differenzia dalle morali e dalle altre solo per due elementi: 1.º perchè riguarda azioni esterne 2.º perchè è garantita da un giudice. A questa conseguenza filosofica siamo pervenuti dallo studio dell'*origine storica* del diritto. Del resto l'organismo giuridico cresce ogni giorno, ma è sempre più piccolo di tutti gli organismi delle altre norme: profondamente diceva SENECA, 2, 27: *quanto latius officiorum quam juris patet regula!*

(24) Da questo punto di veduta è corretta la frase incisoria del IHERING, *Der Kampf um's Recht*. 1877 pag. 1: *das ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel der Kampf*.

(25) Vedi PABELLETTI, Storia, pag. 147.

(26) Vedi IHERING, *Esprit*, vol. 1 pag. 111.

(27) Vedi FRESTO, sub voce *hasta*; e LIVIO 5, 16.

(28) Vedi IHERING, *Esprit*, 1 165.

(29) Tutta la *legis actio sacramento* è un combattimento simulato. Noto anzi che nell'antico diritto la giustizia *manibus suis* non era punita, e che solo vi provvidero le *leges Iuliae de vi publica et privata* ed il *Decretum Divi Marci* (IHERING, o. c., 1, 168).

(30) Quello che ora si è provato per il diritto romano è tanto più vero per l'antico diritto germanico - PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. IV passim - DEL GIUDICE, *La vendetta nel diritto longobardo* 1876.

(31) Sopra la forza come causa del diritto hanno scritto lungamente due scrittori: LANGE, *Jahrb. f. Phil. u. Pädag.*, tomo 67 pag. 38 - IHERING, *Esprit*, vol. 1 pag. 108 sq.

Tutto ciò che dicemmo in questo capo sembrandoci di qualche importanza e novità dev'essere completato dalle osservazioni seguenti:

- A) Il vero diritto ha bisogno del giudice, senza il quale è o morale o religione o etichetta od altro. I mores majorum non erano norme giuridiche, ma usi, fatti, e lo divennero quando il giudice li applicò: la consuetudine può essere diritto, quando *si sa* o *si sente* che all'occasione il giudice l'applicherrebbe. (Gajo 4, 27. — Paolo 3, 4, 7 — Paolo 5, 4, 7, 8 — Ulpiano 11, 2 — Dig. 1, 6, 8, pr.)
- B) Il diritto è perciò sempre un'azione riflessa dell'uomo; non già che debba essere formulato in leggi o in trattati scientifici, ma perchè o deve risultare da una *sententia judicis*, o deve nella coscienza comune essere accompagnato dal concetto che, nascendo contestazioni, il giudice l'applica. Con ciò si risolve la questione accennata dai sociologi moderni, se *gli animali abbiano il fenomeno giuridico*: noi diciamo che hanno *fatti* simili ai *fatti giuridici* umani, che questi fatti sono rispettati dalla comunità, ma non sono diritto, perchè, trasgrediti, hanno per sanzione non una *sentenza* ma un graffio con gli artigli o un morsico coi denti. Anche gli animali hanno i loro capi, hanno beni propri di ciascuno, hanno norme per il lavoro, hanno cura dei piccoli, ma sono *semplici fatti*; anche gli animali hanno sentimenti, memoria, pensieri, *giudizi*, ma non a *tal grado* da creare il fenomeno riflesso giuridico. Consulta su questa elegante questione: BOCCARDO, *introduz.* citata pag. 70 — SPENCER, *Sociol.*, vol I., pag. 10 e 11 — ESPINAS, *Des sociétés animales*, 1878.
- C) Se al diritto è essenziale un tribunale e un giudice qualunque, o familiare o gentilicio o regio o sacerdotale o civile, è chiaro che *Diritto* e *Stato* sono termini correlativi, e che studiando il diritto privato si dovrebbe *un po' di più* tener conto di quest'osservazione, a sviluppar la quale sarebbe necessaria una apposita monografia. Ricordo, a modo di abozzo e tanto per fare pensare, i *decreta gentilicia* (Livius 4, 20), l'*judicium de moribus* sostituitosi al *consilium domesticum*, la *Lex Cincia* del 550 che stabilisce il *modus legitimus donationis*, il giudicare nella legis actio sacramento non sul punto controverso ma se *sacramentum iustum sit vel non, ecc.*



(32) MANZONI, *Adelchi*, Atto V, Scena VIII.

(33) SPENCER, *La morale évolutionniste*, pag. 53: la morale doit être regardée comme *une face de l'évolution de la vie*.

FERRIÈRE, *Le Darwinisme*, pag. 109: la loi qui règit les coeurs n'est que la *grande loi de la nature physique*.

VACHEROT, *Métaphysique et science*, introd.: la loi d'attraction règit à la fois le *monde physique et le monde moral*.

Così uno è il concetto e una la legge della vita d'ogni individuo, organico o no: *Spencer*, *Psychologie*, I, 699 – *Biologie*, parte 1.<sup>a</sup> capo IV. Vedi il bello e recente discorso del *Cannestrini* – *L'indirizzo dell'odierna biologia* – 1882, Padova.

(34) LUBBOCK, *Origini*, pag. 485 e 519. Ivi si trovano mille altri esempi.

(35) Anche il linguaggio giuridico segue la differenziazione giuridica. Nel testo ho notata l'evoluzione della parola *manus*, e così crede pure il MAINE, *ancien droit*, pag. 147. La parola *manūcipium* anticamente indicava la proprietà, (*Cicerone*, ad div. 7, 29 – *Padelletti*, 147) mentre poi rimase per i figli dati in uso ad altri.

(36) Questo concetto è nuovo e sarà l'oggetto di un nostro studio monografico. Alcuni scrittori dicono invece che nel diritto giustiniano la dote è sempre proprietà del marito (*Vangerow*, *Arndts*, *Serafini*, *Schupfer* e altri); altri ne danno il dominio alla moglie (*Tigerström* e *De-Crescenzo*).

(37) GAJUS, IV, 16; 1, 134. Per l'hereditas vedi GAJUS, IV, 17 e vedi pure DERNBURG, *die hereditatis petitio*, 1852 capo 1.

(38) Sorse verso il 1300. SAVIGNY, *Besitz*, pag. 579 della 5<sup>a</sup> edizione.

(39) Che *servitus neque ad tempus ecc*, che *servitus dividi ecc* erano regole esclusive alle *servitù reali*.

(40) Il contratto è l'istituto nel quale la differenziazione giunse al *maximum*, e sotto questo punto di veduta sarebbe importante esaminare il vero concetto del contratto: solamente nel MAINE, *ancien droit*, pag. 288 ho trovato qualche idea in questo senso.

(41) Sopra questo concetto il WINDSCHEID, *die actio* 1856, ha fatto un apposito lavoro, che si può riassumere in queste parole che, confrontate con le contrarie affermazioni del *Savigny* (*System*, vol. V §. 204), possono dire formare tutta una

teoria: *die actio* (nel dir. rom.) *ist nur ein anderer Ausdruck fuer das Recht: nullum jus sine actione et ius est actio ipsa, QUODQUE JUS SUAM HABET ACTIONEM.*

(42) L' Exceptio rei judicatae, nella sua evoluzione storica, è l' istituto che più degli altri prova questa legge. (Quest' exceptio è stata l' oggetto della mia tesi di laurea che fu dichiarata degna di stampa dalla Commissione esaminatrice nell' università di Roma 1881, e che fra poco sarà pubblicata).

(43) Nei popoli primitivi il diritto, dissi, è *poco*, ma non si creda che poche siano le norme, delle quali anzi *in finitus est numerus*. Presso i selvaggi si osserva che tutte le azioni sono regolate da usi, che sono una crudele tirannia: e questi usi dettano il modo di cibarsi, di passeggiare, di andare a caccia, di salutare, persino dicono che si dee fare delle ossa avanzate a tavola (LUBBOCK, *Origine*, pag. 683; LANG, *Aberigines of Australia* pag. 7) Questa congerie di norme non è diritto, perchè non è fissata nè fatta valere da un giudice. Il diritto si stacca poco a poco con caratteri propri, riguarda più tosto i beni, diventa *rigoroso e certo*, mentre la morale rimane vaga e indeterminata: questa si serve della *coscienza*, quello della *coazione* per affermarsi.

(44) Il diritto per sua natura, anche in tempi civili, dev' essere *rigoroso*, altrimenti il sentimentalismo lo distrugge: in questo senso può dirsi essere *l' equità il più grande nemico del diritto*, il quale per vivere ha bisogno di ricorrere spesso al *fiat justitia et pereat mundus*. Molte norme nel diritto sembrano dure e ingiuste, ma sono necessarie: così le obbligazioni naturali non hanno un' actio: così *error iuris non excusat*: così *res jud. pro veritate est*, sebbene talora *facit de albo nigrum*. Dice bene LIVIO, 2, 3: *leges rem surdam inexorabilem esse, nihil laxamenti habere*. Oggi, che per tanti secoli abbiamo avuto le secrezioni dell' Equità, vi è la buona tendenza di stare al *rigor iuris*, in ispecie per ciò che riguarda l' interpretazione: vedi SCIALOJA, *del diritto positivo e dell' equità* 1880; CIMBALI, *lo studio del diritto civile* 1881. Noto che anche il *praetor* romano, che è generalmente considerato oggi come *viva vox aequitatis* era saggio e solerte nel contemplare i bisogni, ma *rigorosamente logico* nell' applicare le norme del suo editto: è

profondo il concetto di VARRONE, de L.L. 6, 71: *praetorium ius ad LEGEM, censorium JUDICIUM ad AERUUM aestimatur*. La giustizia da una mano ha la bilancia, ma dall'altra, che è forse la mano *dextra*, ha la spada.

(45) IHRING, *Esprit*, 2, 23 – Che le forme sieno già un progresso trovasi anche dimostrato in: VAILLANT, *Voyages*, 2, 88: KLEMM, *Cultur des Menschen*, 3, 280.

(46) La prima cosa che assicura, dice il BAGHOT, *Lois* ecc, cap. 1, l'esistenza ad una primitiva società è un codice, una *dura fibra legale*, una legge, anche terribile, purchè tenga compatte quelle prime molecole sociali: il corpo sociale ha bisogno prima di stare stretto con catene di ferro, e poi può concederglisi l'articolazione. Così si spiega che per quei primi tempi *qui parle deux langues est un coquin*, e che il commercio sia considerato come fonte di corruzione (CICERONE, *de off.* 1, 24 – PADELLETTI, *storia* pag. 12). Per concedere l'art. 3 del nostro codice bisogna sentirsi forti, e HORATIUS, *carminum*, lib. 1 ode 3, dice che aveva intorno al petto triplice bronzo *qui fragilem truci commisit pelago ratem!*.

(47) Il codice impedisce il corrompimento del costume, ma deve arrivare a tempo: le 12 tavole furono fatte quando i costumi romani erano sani, non così la legge di *Manou*, e ciò spiega come romani e indiani, venuti da una stessa sorgente, abbiano raggiunto un grado tanto diverso di civiltà. Sopra quest'argomento è un vero gioiello, per valore intrinseco e per leggiadria di colore, il libro del *Maine, ancien droit*. Il *succus succi* del libro è questo: il diritto nel primo periodo nasce dai giudizi dei capi, dei padri, e si presenta sotto la forma di *THEMISTES*, le quali diventano *CONSUETUDINE*: dopo questo periodo, che è lunghissimo, sorge il CODICE che *fissa rigidamente*: il codice, prima salvezza, diventa poi un male, perchè non serve più per la nuova vita, e allora l'*utilitas novandi* si fa valere con le *FINZIONI LEGALI* (*adoptio, actiones et formulae ficticiae, rei vindicationes utiles, lata interpretatio prudentium, disputationes fori*), con la così detta *AERUITAS* (*jus gentium, jus praetorium, utilitas, natura rerum, in bonis esse, bonorum possessio, interdicta*), e con le *LEGES* (*lex Ebutia, senatusconsulta, constitutiones ecc*).

(48) SPENCER, *Essais de morale*, traduzione francese 1879. Saggio 1° sul progresso pag. 5.

(49) Così si spiega come un organo possa avere rudimentalmente una funzione propria di un altro: è un avanzo dell'antica omogeneità. Così la vescica natatoria dei pesci branchiali ha la funzione respiratoria, che in animali più sviluppati è propria di un apposito organo, il polmone; e anche per ciò in questi ultimi animali la pelle può servire di superficie atta a respirare. Così la *mancipatio* poteva servire a costituire usufrutto (*mancipatio rei retento usufructo*), mentre eravi già per questa servitù forma apposita di costituzione; così il *legato per vindicationem* continua a farsi valere con la *rei vindicatio* mentre eravi l'*actio legati*.

(50) Si può osservare che la legge esposta percorre il suo cammino dall'esterno all'interno dell'organismo (*pelle, vescica natatoria, polmone*): il diritto considera prima i rapporti esteriori, e poi passa a quelli di dentro, dalla corteccia al nocciolo. Vediamo alcuni esempi:

A) LIMITAZIONI ALLA PROPRIETÀ.

*Le antiche erano:*

a) *spatium legitimum* tra edifici

*Varro*, 5, 22.

*Dig.*, 8, 2, 14.

b) *actio de tigno iuncto*

*Dig.*, 47, 3, 1, pr.

c) *taglio* degli alberi sul confine

*Dig.*, 43, 27, 1, 8.

*Padelletti*, storia pag. 148

Sono limitazioni esterne

*Le nuove* toccano proprio il cuore del proprietario:

a) *modo di usar delle miniere*

*Cod.*, 11, 6, 36.

b) *proibizione di adornar* le ville  
a scapito degli edifici urbani

*Cod.*, 8, 10, 6.

B) Anticamente sorgono regole diverse per il fur MANIFESTUS o NEC MANIFESTUS, ma poi si distingue dal danno la colpa e il dolo. LORD KAMES, *History of man* 4, 34.

IHERING, *Esprit*, 1, 128.

C) Le condizioni giuridiche dell'antica usucapione riguardavano solo il *possesso* e il *tempo*, mentre poi anche la *buona fede* e il *titolo*. Questi due ultimi requisiti tutti gli scrittori dicono necessari pure per l'antica usucapio, ma io credo il contrario con lo STINTZING - *das Wesen von d. f. und t.* 1852.

(51) Il rapporto fra l'*ius singulare* e la legge biologica di generalizzazione può trovarsi, esaminando alcuno di questi articoli del cod. nostro: 69, 92, 99, 272, 1454, 1038, 789, -. Questa stessa legge dà luogo ad un bel fenomeno, che chiamerei *antitetico*; alcune volte per un bisogno sorge una norma, ma questa si estende tanto, e tanto si rende esosa, che la si abolisce del tutto: molto più tardi si trova il *giusto mezzo* fra la prima *azione* eccessiva e la corrispondente eccessiva *reazione*. Ecco pochi esempi solo per assaggio:

- a) Nell'antico diritto romano contro chi mancava agli sponsali eravi l'*actio de sponso* per i *danni*: nel diritto romano classico *nulla actio* per il principio che non si può *matrimonia poenis obstringere*: oggi un'azione, solo per le *spese*, art. 54. (PADELLERTI, storia, pag. 117)
- b) Il pretore nell'*unde cognati* li chiama solo fino al sesto grado; Giustiniano *usque ad infinitum*; oggi fino al *decimo*.
- c) Nel diritto romano antico la moglie non ha beni *propri*: nel classico e dopo, ne è esclusiva *proprietaria* - Oggi\* vi è l'*autorizzazione maritale*. Questa, che ho accennato, è una legge che non trovasi proprio espressa nella teoria dell'Evoluzione: così molte altre leggi del diritto si troverebbero se si studiasse la *fisiologia* dell'*organismo giuridico* secondo la *fisiologia* dell'individuo umano. In proposito ha fatto un discorso elegante, positivo, e pieno di idee moderne il dottor LUIGI LUCIANI, professore di fisiologia umana nell'Università di Siena. Questo discorso è intitolato così; *la fisiologia e la scienza sociale* - Siena 1882.

(52) Sarebbe importante e nuova la ricerca delle *norme giuridiche indecomponibili*. Giustiniano nel titolo de *regulis iuris* ha forse voluto fare ciò, ma non è riuscito: prima di tutto bisognerebbe distinguere le norme in *primarie* e *secondarie*, le prime essendo quelle che nell'organismo giuridico son vere per ogni parte, le seconde quelle che son vere per uno o alcuni istituti, ma non per tutti. Ecco un saggio:

NORME PRIMARIE	NORME SECONDARIE
<p>1. <i>ejus est nolle qui potest velle</i> applicazione negli art. 944, 954, 1118.</p> <p>2. <i>Quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.</i> Applicazione agli effetti della vendita delle cose altrui, ecc.</p> <p>3. <i>Dolum et culpam praestare debemus.</i> Actio doli Mora Possessio malae fidei</p> <p>4. <i>Contra non valentem agere non currit praescriptio.</i></p> <p>5. <i>Onus probationis incumbit ei qui adfirmat.</i></p> <p>6. <i>Actio non est cuius non interest.</i></p> <p>7. <i>Plus cautionis est in re quam in persona.</i></p> <p>8. <i>Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.</i> ecc.</p>	<p>1. <i>Quod nullum est, nullum producit effectum.</i> Eccezioni: usucapione diritti dei terzi nei contratti rescissi.</p> <p>2. <i>Res perit domino</i> Eccezioni: res perit emptori contratti risolti per distruzione di oggetto.</p> <p>3. <i>Qui tacet consentire videtur.</i> Eccezioni: un'offerta di una cosa non produce contratto sol perchè l'altro tace.</p> <p>4. <i>Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.</i> Questa norma è solo vera quando chi ha l'exceptio non avea l'actio. (come nell'exceptio doli di cui parla Paolo 44, 4, 5, 6 e dal quale frammento fu tratta quella norma). In nessun altro caso è vera, altrimenti la prescrizione delle azioni sarebbe indirettamente evitata.</p> <p>5. <i>Magis in veritate quam in opinione.</i> Così si trova detto in 41, 4, 2, 15; 22, 6, 9, 4, 40, 2, 4, 1. Ebbene in 29, 2, 15 si dice il contrario: <i>plus est in opinione quam in veritate!</i> ecc.</p>

(53) IHER, 1, 26 dice: *le droit et ses institutions ont surgi sous l'impulsion de la vie.*

(54) SPENCER, *Sociol.*, vol 1 da pag. 23 a 54.

(55) Questi due elementi sono contemporanei, e perciò penso che le forme religiose sieno nel mondo romano antiche quanto le altre. I romanisti invece dicono che la coemptio, il testamentum per aes et libram, la legis actio per iudicis postulationem ecc. sono posteriori forme.

Alle *cause politiche* appartiene l'influenza del *diritto greco* nelle 12 tavole: non tocchiamo questa questione, su la quale si è detto tanto, solo notiamo che le leggi sui *funerali* ( *Cic. de leg. 2, 25* ), sui *collegia* ( *Dig., 47, 22, 4* ) sui *confini* ( *Dig. 10, 1, 13* ), sono greche.

(56) COD., 6, 22, 10 *neque testamentum facere*.

(57) Vedi PICCARDI, *Archivio Giuridico*, vol. 12 pag. 119  
WOLOWSKI, *revue de legislation*, anno 17 pag. 119.

(58) Non vogliamo entrare in questo ginepraio, diciamo solo che *almeno* lo *stoicismo* ha avuto influenza sul lavoro *dialettico* del dir. rom., vedi PADELLETTI, *Roma ecc. Arch. Giur.* vol. 12 pag. 211.

(59) Chi segue il metodo positivo deve aver prudenza per non cadere in errori opposti a quelli degli idealisti; le norme morali e giuridiche non sono il nocciolo di un frutto naturale, ma son norme *create* dall' uomo in corrispondenza dei bisogni e talvolta sorgono per pregiudizii, per prepotenza di uno, per caso, per errore, per concetti ideali di patria e libertà - l'*idealismo sol perchè c' è, è parte della realtà* - È a notare che le stesse scienze naturali si servono di *ipotesi* per spiegare i fenomeni: l'unità delle forze fisiche è un' ipotesi, e con essa si spiegano le esperienze della termodinamica, dell' ottica, del radiometro; così sono ipotesi la nozione dell' etere per la luce e l'elettricità, il fluido nervoso in fisiologia, la gravitazione universale in astronomia, il germe infettivo in anatomia patologica. Anche il diritto positivo parte da ipotesi non dimostrate: il diritto privato ammette che *tutti gli uomini sieno uguali sol perchè uomini*, mentre il diritto pubblico parte da massime diverse; il diritto penale è fondato sul concetto della *libertà umana*, che è un' ipotesi ideale ( BOCCARDO *introduzione citata* pag. 46; KIRCHMANN, *la teorica del sapere*, pag. 116 ).

Ora si esagera nello *sperimentalismo*, eppure il solo fatto dice poco: avere idee un po' generali, sapere mettere in rapporto i fatti più disparati, creare al bisogno ipotesi moderate e ragionate, è una *conditio sine qua non* per far della scienza: talvolta persino un po' di fantasia fa bene; i *fulguratores* etruschi divinavano le leggi delle folgore, *Lucrezio Caro* intuisce il principio della conversione del moto in calore, *Dante* ( *Purgat. 25. 38* ) inventa l'evoluzione del feto, che oggi l'*embriogenia*

conferma ( BERTI, *La Meteorologia e l' osservatorio di Camerino* pag. 6 e 7 ).

Su l' esagerato sperimentalismo vi sono due recentissimi discorsi di due scienziati sperimentali: PALMIERI *Uso delle ipotesi nelle scienze naturali*, Napoli 1882; MURRI, *La scienza sperimentale rispetto alla clinica*, Bologna 1882.

La teoria di *Darwin* è ancora un' ipotesi; ma anche il sistema di *Copernico* è ancora un' ipotesi. *Archimede* non ha trovato le sue leggi tuffandosi nel bagno, nè *Galileo* osservando il ciondolo di una lampada, nè *Newton* meditando il cader di un pomo.

(60) Vedi tutto il 4° libro di JHERING su la *tecnica giuridica*. Quanta parte del diritto risulta da *lotta* di giureconsulti! Vedansi 8, 4, 6, 2; 37, 6, 1, 8; 37, 6, 10.

(61) Vedi JHERING, 2, 30 BREMER, *die rechtslehrer und rechtsschule* 1868 - PERNICE, *Antistius Labeo* 1873 - LEIST, *Versuch einer geschichte der roem. rechtssysteme* 1850 - TREITSCHK (*Historisch - politische Aufsätzen* pag. 137) dice: *ciò che sembra ai posteri essere l' opera pacifica dell' opinione pubblica è talora il frutto di rozzi combattimenti di qualche uomo energico ed ostinato. L' individuo è un grande fattore della civiltà, e spesso un giureconsulto grande soddisfa a suo modo un bisogno e tutti lo imitano: la differenza tra atti inter vivos et mortis causa circa le condizioni impossibili non è fondata su UN BISOGNO, ma su una risoluzione di Servio Sulpicio. La moda vi è in tutte le scienze e anche nelle giuridiche, ed è la potenza dell' individuo: BAGRHOT (Lois) dice che un grand homme d' état peut changer le ton de la société. Anche qui non si esageri, nè si facciano dipendere le sorti di Roma dal bel nasino di Cleopatra.*

(62) Abbiamo finora sostenuto che una grande parte del diritto è *lavorio di giureconsulto*, ma con ciò non si creda che l' organismo giuridico debba la sua vita alla *scienza giuridica*: sono due questioni diverse: abbiamo *affermata* la prima, ed ora *neghiamo* la seconda. La pura scienza giuridica non è essa che ha creato il diritto reale, il quale è sorto per conto suo; la *vita* è più ricca della *scienza*, e vi sono istituti che la *scienza* non spiega totalmente: così l' *usufrutto* come diritto reale, le *obbligazioni* nelle quali *licet rem derelinquere*, le spese nel-



l' *onus ferendi*, e giustamente i romani diceano: *non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi potest* (D. 1, 3, 20) Vedi pure GAJO, 2, 233; 3, 98; 4, 24. Per il rapporto tra la vita e la scienza è *stupendo* il discorso del FAVEBO, all' università di Roma 1881 - 82 il quale dimostra che le grandi scoperte e invenzioni precedono le scienze fisiche e matematiche e che per essere un grande inventore industriale, occorre ingegno e studio diverso che per essere grande scienziato. È noto che la macchina a vapore fu applicata per estrarre l' acqua dalle miniere dal CAWLEY vetraio nel 1699, come motore nelle officine da WATT, nel 1768, nelle navi da FULTON nel 1807, e da STEFENSON nel 1829 come vaporiera per la terra: orbene i principi scientifici che la regolano sono quelli della meccanica razionale che solo salì a scienza col LAGRANGE nel 1788, quelli della teoria degli attriti, trovata dal COULOMB dopo il 1779, quelli della teoria del calorico latente di BLACK e della chimica trovati nel secolo presente: ai tempi di WATT non si conosceva neppur l' *ossigeno* !

(63) Il diritto è *norma*, e perciò è sempre un lavoro riflesso dell' uomo; lavoro che è od incosciente (*consuetudini e proverbi popolari giuridici*) o cosciente (*leggi, scienza giuridica*); lavoro che consiste nell' *interpretare* o nel *formulare* o nel *regolare* un fatto; lavoro che non è *arbitrario*, ma diretto o da *bisogni*, o da *criteri preesistenti*, o da *condizioni economiche*, o da *pregiudizi religiosi*, o da *errori scientifici*, e talora anche o dal *caso* o dalla *prepotenza* dalla *magnanimità* dall' *arbitrio* di un capo (*Augusto e i codicilli*). Così si spiega l' elemento *consensuale* del diritto: la norma, sorta per le ragioni dette, prende la *forma* del consenso o tacito o espresso o forzato (*lex* è patto, *communis sponsio* (1, 3, 1) onde *lex comissoria, vendere huc lege - Lex curiata de imperio* (Padelletti, pag. 20 e 35) - *litis contestatio* come quasi contratto (Keller, L. C. pag. 20) - Il IHERING, *Esprit*, vol. 1 pag. 224 esagera in questo senso; espone invece concetti giusti e moderati lo SCIALOJA, *del diritto positivo e dell' equità* 1880 pag. 6 - Vedi CARLE, *La vita del diritto*, Torino 1880, pag. 6.)

(64) Per il *nexum* vedi *Maine*, l. c. - L' *in partes secanto* delle 12 tavole, un tempo era un fatto, e giustamente IHER. (1, 134) dice che lo si deve prendere alla lettera. - Il *nexum*

trasferiva proprietà: la persona del debitore era in *solutione*. Non distinguevansi i diritti reali dai personali. — Gli *iura status* erano diritti reali e l'azione di stato era in rem.

(65) HERODOTUS, 5, 6.

(66) GENESI, 29.

(67) Così fra i Longobardi: ROTII. 183: *PRAETIUM quod pro mundio ipsius mulieris datum est* SCHUPFER, *Arch. Giur.* 1, 115. *Familia* in dir. romano indica l'insieme degli schiavi, donde *fanulus*.

(68) LUBBOCK, *Tempi preistorici*, pag. 322, 349, 365, 405. Presso gli australiani se muore un uomo, suo fratello eredita con i suoi beni la sua moglie — I figiani vendono le donne, e il prezzo è generalmente un fucile — Vedi ELLIAN, *Polinesien researches*, vol. 2 pag. 427.

(69) SPENCER, *Sociologia*, 1, 103: *l'esclavage de la femme est la condition normale chez les sauvages*.

(70) Catone cedette Marzia ad Ortensio.

(71) GAIUS, 2, 103.

(72) LIEGEARD, *Le partage déclaratif*. Paris 1867.

(73) Dopo rimasero solo per compiere formalità: CIC., *de lege agr.*, 2, 11: *curiata tantum auspicioꝝ causa remanserunt*.

(74) Fra i molti esempi che potrei ancora addurre, non voglio tacere di due, che mostrano meglio il *metodo*, con il quale il lettore può da se' trovare gli altri:

a) L'articolo 1118 che vieta i contratti successivi, come era *ragionevolmente* in dir. romano, è un organo atrofiato nel senso che oggi non ha più una buona ragion d'essere. Perchè non s'ha da poter stipulare così: *ti vendo tutti i beni che avrò nel giorno della morte, salvi i diritti dei legittimari?*

b) L'articolo 788 vietava che le donne fossero testimoni testamentari; e perchè? La ragione è storica e incosciente: il testimonio era in origine un garante, che con la sua forza vigilava a che l'atto fosse rispettato, e *testis* viene o da *tegere* od è un raddoppiamento di *sta*, assistere (IHER., 1, 144); le donne non potevano testimoniare, perchè non avevano bastevole *forza fisica* per adoperarla all'occasione contro il contraente che violava l'atto.

(75) Si sa che il pensiero è un prodotto della materia cerebrale, ma come, neppure dopo i lavori dell'italiano GOLGI,

si conosce bene la fibra nervosa, così non si conosce il meccanismo e il processo embriologico del pensiero. Il libro più recente e più celebre su ciò è quello del BASTIAN, *Le cerveau comme organe de la pensée*, Bibl. internat.

(76) Questi studi di PALEONTOLOGIA GIURIDICA sono appena nati, ma quanto sono importanti ed eleganti! In ispecie dovrebbero ricercare i *fossili giuridici*, che spesso sarebbero gli *anelli* di congiunzione fra il diritto romano ed il nostro: il medio evo è un buon terreno per frugarvi e trovar tesori.

(77) La *guerra* è l'unico rapporto internazionale delle prime società: la *pace* non è che il risultamento di un *pactum* (*pacisci*) — IHER., 1, 226.

(78) Questo è il vero senso della frase di COLUMELLA (1, 7) e di CICERONE (de off. 1, 10, 33) *summum ius summa iniuria et summa cruz*. L'*Aequitas* ha anche altri sensi, e in ispecie quello aristotelico, cioè la giustizia del singolo caso.

(79) MAINE, *Ancien droit*, pag. 36

(80) Il diritto di rappresentazione, o meglio la *successio per stirpes*, è una finzione per ovviare alla regola *qui gradu proximior est ulteriorem excludit*. Il Cod. nap. art. 739 lo chiama ingenuamente *fiction de la loi*: è giusto, ma non doveva dirlo, perché il giurista ha i suoi segreti per gli indotti come il farmacista ed il medico — persino il cuoco scrive *clausura* sulla porta della sua cucina.

(81) Questa tutela sorge dalla lotta fra la *tutela legitima* delle donne, e il bisogno d'indipendenza da queste sentito. CICERONE, buon avvocato e pessimo giureconsulto, non capiva nulla di queste cose; *pro Mur.* 12 dice: *cum permulta praeclare legibus essent, ea iureconsultorum ingenis corrupta sunt*. Così SENECA parlando dell'*usucapio pro herede* (6, 5), dice: *iurisconsultorum istae ACUTAE INEPTIAE sunt qui hereditatem negant usucapi posse, sed ea quae in hereditate sunt, TAMQUE QUID ALIUD SIT HEREDITAS QUAM RES QUAE IN HEREDITATE SUNT*.

(82) La *servitus altius tollendi* fu spiegata in molti modi diversi: col RUDORFF (*Grundr.* pag. 154) e col PUCHTA (*Institut.* vol. 2 numero 253) intendo per essa il diritto di alzare p. e. per dieci piedi una casa aggravata della *servitus altius non tollendi* (Vedi Dig. 44, 2, 26).

---

(83) Così la *mancipatio* come pura forma visse anni ed anni senza contenuto, e lottò tanto che creò il *nudum dominium quiritarium*, vero ermafrodita giuridico.

(84) Così la *forma dell' actio* che aveva fatto delle *actiones* tanti individui giuridici distinti, oggi è scomparsa e l'azione è una sola.

(85) E per teorie e per artifici di pratica talora l'avvocato è un grande nemico del diritto, e giustamente alcune volte i romani scrivevano: *abesto dolus malus et jurisconsultus* (BRUNS, *Fontes* pag. 195).

