1 G

ALFONSO DE PIETRI-TONELLI

IL DIRITTO EREDITARIO



ISTITUTO VENETO DI ARTI GRAFICHE
VENEZIA

Dono
De Pietri-Tonelli

IL DIRITTO EREDITARIO.

Dr. PIETRO de PIETRI-TONELLI

ALFONSO DE PIETRI-TONELLI

PROFESSORE DI DIRITTO ALLA "SCUOLA MEDIA DI COMMERCIO" IN VENEZIA

IL DIRITTO EREDITARIO

SAGGIO ESPOSITIVO E CRITICO SULLE BASI STORICO-MATERIALISTICHE E PSICOLOGICHE DELLA TRASMISSIONE DEI BENI "MORTIS CAUSA".

Conviene ricostruire la vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale.

CARLE.

ISTITUTO VENETO DI ARTI GRAFICHE
VENEZIA

Proprietà Letteraria.

TIP. DELL'ISTITUTO VENETO DI ARTI GRAFICHE - VENEZIA 1908

PREFAZIONE.

Qui que tu sois qui me liras,
Lis-en le plus que tu pourras,
Et ne me condamne qu'en somme.

ALFRED DE MUSSET.

Dando infine alla luce queste pagine, l'autore sente di dover dichiarare ch'esse ebbero dapprima la forma scheletrica d'appunti per conferenza; appunti che accresciuti di nuovo materiale e completati da altra indagine, ricevettero ordine sistematico or fa più di un anno e furono poi continuamente meditati e corretti.

Conscio della crisi profonda che travaglia le scienze etico-giuridiche, l'autore non pretende affatto che il presente saggio ne sia immune. Ognuno è figlio del proprio tempo. E niuno sarà più persuaso dell'autore, che questo lavoro è figliazione indubbia dell'attuale momento, pur mirando a levar lo sguardo a novi orizzonti. Ecco l'unica aspirazione! Cui va congiunta anche la pretesa immodesta di colmare una lacuna nell'indagine giuridica italiana, che, a differenza di quella germanica, francese, ecc. all'infuori di luoghi sparsi nei varî trattati e nelle storie del diritto, non vanta una speciale e notoria monografia, storica, filosofica, critica, ecc. sulla trasmissione dei beni mortis causa.

In fronte a questo volume, l' autore si permette di ricordare il nome illustre del prof. RENATO MANZATO *che gli fu maestro sapiente ed affettuoso nella scuola e gli è sempre paterno consigliere nella vita.*

Elaborate in giorni per te, per noi, di lutto tristissimo, queste pagine, o MARIA, *ti vanno dedicate, mentre la sofferenza tua non vien meno. Esprimono esse un ricordo ed un augurio fervido. Alla santità dell' uno, alla tenerezza dell' altro, certo non disdice il verso delicato del grandissimo Shelley:*

Then press into thy breast this pledge of love.

Venezia 5 Dicembre 1907.

A. d. P. - T.

CENNO BIBLIOGRAFICO.

Diamo qui soltanto il nome dell' autore ed il titolo delle opere più strettamente connesse al tema trattato, le quali ci servirono di fonti e che sono perciò più comunemente richiamate nel testo. Le ulteriori indicazioni bibliografiche si trovano via via negli speciali riferimenti :

AHRENS. — Corso di Diritto Naturale.

AMADORI - VIRGILJ. — L' istituto famigliare nelle società primordiali.

ARMANNI. — Appunti alle lezioni di Diritto Internazionale, professate alla Scuola Superiore di Venezia.

ASCOLI. — Corsi di Diritto Commerciale e di Diritto Marittimo professati alla Scuola Superiore di Commercio in Venezia.

ARNDTS. — Trattato delle Pandette.

BACON. — Essays.

BAX. — History of Philosophy.

BECCARIA. — Dei delitti e delle pene.

BERNHEIM. — La storiografia e la Filosofia della storia.

BOVIO. — Discorsi. — Il Naturalismo. — Filosofia del Diritto.

BRUNS - ECK - MITTEIS. — Das Pandektenrecht.

BRUNS - PERNICE - LENEL. — Geschichte und Quellen des römischen Rechts.

BUNIVA. — Delle successioni legittime e testamentarie.

CALISSE. — Storia del Diritto Italiano.

CARLE. — La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale. — Le origini del Diritto Romano.

CASTELLI. — Gli Ebrei.

CATTANEO. — Scritti storici, letterarî, ecc.

CROCE. — Materialismo storico ed Economia marxista.

D' AGUANNO. — Gian Domenico Romagnosi filosofo e giureconsulto.

ENGELS. — Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats. — Due lettere sull' interpretazione materialistica della storia. — Herren E. Dühring's Umwälzung der Wissenschaft. — L. Feuerbach und der Ausgang der deutschen Klassischen Philosophie.

FAGGI. — Principî di Psicologia Moderna.

FILANGIERI — La Scienza della Legislazione.

FIORE. — Trattato di Diritto Internazionale.

GIANTURCO. — Istituzioni di Diritto Civile Italiano.

GIDE. — Principes d' Economie politique.

GIERKE. — Grundzüge des deutschen Privatrechts.

GIORGI. — Teoria delle obbligazioni.

GLÜCK. — Commento alle Pandette.

GNEIST. — La constitution comunale de l' Angleterre.

GROPPALI. — Il problema del fondamento intrinseco del diritto. — Il problema dell' origine e del fondamento intrinseco del diritto nelle opere del Romagnosi.

HAURIOU. — Précis de Droit Administratif e de Droit Public général.

HEYMANN. — Ueberblick über das englische Privatrecht.

HOLTZENDORFF. — Encyklopaedie der Rechtswissenschaft.

HUC. — Le Code Civil Italien.

JAURÈS. — Studî socialistici.

JHERING. — L' esprit du Droit Romain. — La lutte pour le droit.

KLEINWÄCHTER. — La produzione economica sociale in generale.

KOHLER. — Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte.

LABRIOLA (ANT.) — Scritti varî di Filosofia e Politica.

LABRIOLA (ART.) — La teoria del valore di C. Marx. — Riforme e Rivoluzione sociale.

LANDRY. — La Question de l' héritage e le Socialisme.

LASSALLE. — Das System der erworbenen Rechte.

LAURENT. — Principî di Diritto Civile.

LEONE. — Appunti critici all'economia loriana. — Il sindacalismo.

LORIA. — Le basi economiche della costituzione sociale. — Problemi sociali contemporanei.

MAC CULLOCH. — A treatise on the succession, & c.

MACHIAVELLI. — Il Principe.

MANZATO. — Corsi sulla successione ereditaria e sul diritto di proprietà, tenuti alla Scuola Superiore di Venezia (dispense litografate).

MARTELLO. — Commemorazione di F. Ferrara.

MARX. — Achzehnte Brumaire. — Das Kapital. — Misère de la philosophie. — Vor der Kölner Geschwornen. — Zur Kritik der Politischen Oekonomie.

MARX und ENGELS. — Das Kommunistische Manifest.

MENGER. — Il diritto al prodotto integrale del lavoro. — Il Diritto Civile e il Proletariato. — Il compito sociale della Scienza del Diritto. — Lo Stato socialista.

MICELI. — La norma giuridica.

MONTESQUIEU. — De l' esprit des lois. — Lettres persanes.

NANI — Storia del Diritto Privato Italiano.

NEUMANN. — I concetti economici fondamentali.

ORESTANO. — I valori umani.

ORLANDO. — Principî di Diritto Costituzionale.

ORSI. — Appunti alle lezioni di Storia Politica pronunciate alla Scuola Superiore di Commercio di Venezia.

PACIFICI-MAZZONI. — Codice Civile Italiano. — Istituzioni di Diritto Civile Italiano. — Studio storico sulla successione legittima.

PANUNZIO. — Il socialismo giuridico.

PERTILE. — Storia del Diritto Italiano.

PISACANE. — Saggi storici, politici, ecc.

PLATON. — Il capitalismo antico.

PLUTARCO. — Vite degli uomini illustri.

RATTI. — L' opera di Antonio Menger.

Resoconti del Congresso giuridico di Milano.

ROUSSEAU. — Du contrat social. — Les confessions.

SALVIOLI. — Storia del Diritto Italiano.

SAVIGNY. — Sistema del Diritto Romano attuale. — Storia del Diritto. — Ragionamenti storici di diritto.

SCHEEL. — L' Economia Politica come scienza. — Socialismo e comunismo.

SCHÖNBERG. — L' economia sociale.

SCHUPFER. — Storia del Diritto Italiano.

SMITH. — The Wealth of Nations.
SOLDI. — Lo stato socialista.
SOREL. — I diritti acquisiti secondo Lassalle. — Insegnamenti sociali dell'economia contemporanea. — Introduction à l'economie moderne. — Degenerazione capitalistica e degenerazione socialistica.
SPENCER. — La Giustizia. — Principes de Sociologie.
STENGEL. — Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts.
THIERS. — Storia della Rivoluzione Francese.
VACCARO. — Le basi del Diritto e dello Stato.
VANGEROW. — Lehrbuch der Pandekten.
VANNI. — Studio del sistema etico-giuridico di H. Spencer.
VEH. — Ueberblick über das russische Privatrecht.
VERMOREL. — Mirabeau, sa vie, ses opinions, ses discours.
VICO. — Scienza Nuova.
VIVANTE. — L'influenza del socialismo sul diritto privato. — Trattato teorico-pratico di Diritto Commerciale.
WINDSCHEID. — Diritto delle Pandette.

PARTE PRIMA.

LA FILOSOFIA DEL DIRITTO ED IL DIRITTO EREDITARIO

CAPITOLO I. — *Le basi del Diritto Successorio secondo le dottrine giuridico-filosofiche.* — § 1 - Difficoltà d'una elencazione sistematica. — § 2 - Il diritto naturale: Grozio, Puffendorf, Wolff, Barbeyrac, ecc. — § 3 - Altre numerose scuole a base naturalistica. — § 4 - L'immortalità dell'anima: Leibniz, Rosmini. — § 5 - La rioccupazione naturale: Mamiani. — § 6 - Il diritto di proprietà: Cajo, Ulpiano, Hugo, Laurent, Vacca, Buniva, Jhering, Spencer. — § 7 - La comproprietà famigliare: Hegel. — § 8 - Il patrimonio: Huschke. — § 9 - La costituzione famigliare: Huc, Pacifici-Mazzoni. — § 10 - Gli affetti, la voce del sangue: Domat, Treilhard, Pisanelli, Jhering, Pertile. — § 11 - La legge: Kant, Fichte, Gros, Krug, ecc. Montesquieu, Mirabeau, Merlin, Chabot, Portalis. — § 12 - Lo spirito nazionale del popolo: Savigny e la scuola storica: Gans, Hegel, Lassalle, Schäffle, Pertile. — § 13 - Dottrine eclettiche: Ahrens, Pacifici-Mazzoni, Gianturco, Laurent, Manzato. — § 14 - Opportunità scientifica di una indagine storica e teorica sul fondamento degli istituti di trasmissione dei beni *mortis causa*.

§ 1. — La ricerca della base genetica degli istituti ereditarî non è un fatto nuovo nella dottrina giuridica. Come per altre indagini del genere, si son venuti anche qui elaborando dei sistemi (1), ma ancor più spesso si son emessi dei semplici concetti, delle opinioni in via incidentale. Mancando, od essendo scarse, specialmente fra noi, le opere speciali sull'argomento, il ricollegare sistematicamente i cenni sparsi nei trattati generali od in opere riferentisi ad altri problemi, è compito non facile. Spesso le opinioni staccate avanzate dallo stesso scrittore si ribellano ad essere rinchiuse entro l'ambito limitato d'un sol capo di classificazione, ed attengono a più d'uno dei concetti basilari posti come guida nella sistemazione. Onde in questa nostra prima esposizione dottrinale ci vediamo forzati a tener

(1) « *Dove i due termini — contenuto e metodo — combinano, ivi è il sistema* ». GIOVANNI BOVIO - Il Naturalismo - Napoli - 1903. p. 9.

più conto delle affinità specifiche all'argomento successorio, anzichè dei nessi più generici riferentisi alla scuola, al metodo, alla cronologia. È questo un difetto scientifico che non si può superare di primo colpo e che conduce inevitabilmente all'accostamento di autori le cui dottrine generali stridono senza dubbio. Soltanto un lavoro più meditato, fatto sotto la scorta di precedenti tentativi, potrebbe riuscire forse a superare l'ostacolo.

E veniamo senz'altro all'esposizione sommaria delle diverse opinioni.

§ 2. — V'è anzitutto un manipolo numeroso di giureconsulti e filosofi di grande valore, i quali han cercato da tempo di porre le basi del diritto successorio, sì legale che testamentario, in un supposto diritto naturale. Era questa l'opinione prevalente nel XVII° e nel XVIII° secolo e difesa strenuamente da Ugon Grozio (1583-1645), da Puffendorf († 1694), da Wolff († 1749), da Barbeyrac, ecc. (1).

§ 3. — A questa scuola fondamentale che proclama il diritto successorio un diritto di natura, e come tale eterno, perchè immutevoli son ritenute la natura umana e le sue leggi, si possono, pei nostri scopi, ricollegare altre vedute che, facendo dipendere il diritto ereditario dal concetto di immortalità dell'anima, da quello dell'occupazione, della proprietà o della famiglia, o da quello

---

(1) E. Ahrens - Corso di Diritto Naturale - Milano - 1852 - v. II.° p. 160. — Renato Manzato - Corso sulla successione ereditaria - dispense litogr. - Venezia - 1895 - p. 4. — Luigi Armanni - Appunti alle lezioni di Diritto Internazionale, professate alla Scuola Sup. di Venezia.

degli affetti, lasciano intravvedere poi, o dichiarano espressamente, che l'occupazione, la proprietà, la famiglia son istituti perenni nell'umano consorzio, e gli affetti si rinnovano di continuo lungo le discendenze, perchè fondati sulla voce inestinguibile del sangue.

§ 4. — Ai giorni nostri può apparire indegno di una seria discussione il concetto del Leibniz. Ma, con più equo e meditato giudizio, esso va ricongiunto al tempo in cui fu emesso ed alla filosofia dell'autore. Pel filosofo delle monadi, il testamento ha validità perchè l'anima del *de cujus* è immortale, perchè le anime, anche dopo la morte, *manent domini rerum* (1).

Il Manzato ci ricorda che l'opinione leibnitziana fu accolta fra noi dal Rosmini (2).

§ 5. — Un concetto abbastanza curioso e fine è sostenuto dal Mamiani. Egli deduce la successione *ab intestato* dalla rioccupazione. Chi muore perde il dominio dei beni proprî, nè può validamente disporne. Onde essi cedono al primo occupante, che per natura istessa è il figlio del *de cujus* (3).

---

(1) La teoria testamentaria del Leibniz così suona: « *Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam* » Ferdinand Lassalle - Das System der erworbenen Rechte. - Herausgegeben von T. Blum - Leipzig - Zw. Th. Zw. Abt. p. 596, 597.

(2) Manzato - l. c. p. 4, 5.

(3) Giuseppe Buniva - Delle successioni legittime e testamentarie - Torino - 1870. p. 22.

§ 6. — Il numero più grande degli scrittori, appartenenti alle scuole filosofiche meno simiglianti e partendo dai più diversi presupposti, fa dipendere il diritto successorio direttamente dallo stesso diritto di proprietà.

Già Cajo ed Ulpiano, a differenza di Paolo e delle Pandette, trattano il diritto di successione, come parte della dottrina sulla proprietà.

Da principio anche Gustavo Hugo seguì questo metodo nella sua "*Storia del diritto romano*„ ma nelle edizioni successe alla seconda di quest'opera, una tale partizione fu abbandonata, perchè, notava il Savigny, il diritto di successione sta, con tutto il diritto delle obbligazioni, in un medesimo rapporto che con la proprietà (1).

Fra gli scrittori moderni, il Laurent è uno dei primi certamente che abbia posto in luce il legame che corre fra diritto di proprietà e diritto ereditario. Nella sua opera universalmente nota, l'egregio civilista afferma, che le leggi regolanti le successioni attengono intimamente al diritto di proprietà. Scuotere il fondamento del diritto di successione, sono sue parole, è rovinare il diritto di proprietà: l'uno non comprendesi senza dell'altro. E più oltre rincalza: abolite il diritto di successione, non vi saranno più proprietarî. Se volete che vi sia una proprietà, congiungete ad essa il diritto di trasmettere i beni per successione. Giustificata la proprietà, abbiamo anche giustificato il diritto di successione (2).

---

(1) F. C. Savigny - Ragionamenti storici di diritto - trad. Turchiarulo - Napoli - 1852 - part. II.ª p. 78.

(2) F. Laurent - Principî di Diritto Civile. - trad. it. - Napoli - 1885 - v. VIII.º p. 687, 691.

La successione ereditaria è l'affermazione più energica del diritto di proprietà, esclamava il Vacca, ricordato anche da Th. Huc (1).

Pel Buniva, tanto la successione legittima, quanto la testamentaria, sono una conseguenza del diritto individuale di proprietà, il quale è a sua volta di diritto naturale: onde la successione è di diritto naturale, come pensa anche il Gabba (2).

Come vedremo, non sarebbe fuor di luogo il citare qui anche lo Jhering, per certi aspetti della sua dottrina.

Accanto a questi giuristi, deve necessariamente porsi un grande sociologo, il quale, pur partendo da vedute amplissime, persino d'ordine biologico, nello speciale argomento del diritto successorio perviene alle stesse conclusioni sopra esposte. Secondo lo Spencer infatti, il diritto scaturisce direttamente dalla natura dalle cose, e, come ogni altro fenomeno, è regolato dalla legge di causalità. Il diritto vi sarebbe anche se non vi fossero: da una parte la società, nel cui seno si elabora, e dall'altra, lo Stato, che lo sancisce e ne tutela l'osservanza: esso nasce e si sviluppa per il solo fatto che gli individui sono costituiti in un certo modo e sono dotati di certe facoltà. Per lo Spencer, quindi, l'individuo, così come la natura direttamente lo foggia, è la sorgente prima di tutti i diritti. Tutti i diritti particolari sono dallo Spencer dedotti, come altrettanti corollari, dal principio fondamentale dell'uguale libertà (3). Da que-

(1) M. Th. Huc - Le Code Civil Italien. - tom. prem. - Paris - 1868. p. 170.

(2) Buniva - l. c. p. 4, 5, 13, 17, 18, 20, 21, 97, 98, 99, 100, 102.

(3) Alessandro Groppali - Il problema del fondamento intrinseco del diritto. - Torino - 1905 - Part. Prim. p. 100, 103, 104.

sto deriva il diritto di proprietà individuale. Ed il diritto di proprietà ha, pel pensatore inglese, come esplicazione, quello di donare. La conservazione dell'individuo dipende dal mantenimento della relazione naturale fra la fatica ed il prodotto della fatica: ciò giustifica il diritto di proprietà. La conservazione della specie dipende dalla possibilità di cedere quello che è stato acquistato. Ciò varrebbe pei genitori verso la prole. Contro le ragioni d'utilità, che scalzano la carità, per la fede che si ha nel diritto, è ammessa la donazione anche in favore d'altri, che non siano i figli. Il diritto di donare implica poi il diritto di testare, perchè il testamento altro non è che una donazione prorogata. Man mano trionfa l'industrialismo, colle forme più libere di proprietà, s'afferma sempre più il diritto testamentario (1). Ma se insieme al diritto di donare è implicito, nel diritto di proprietà, quello di testare, se può giu-

---

(1) Ecco come si spiega il Kohler lo sviluppo del diritto ereditario: « *Auf diese Weise hat sich das Erbrecht entwickelt. Es setzt also zwei Stufen der Individualisation voraus; die eine, welche überhaupt Vermögensstücke aus der Allgemeinheit ausscheidet, und die andere, welche dahin drängt, diese Ausscheidung noch nach dem Tode dieser einzelnen Person fortdauern zu lassen... Hatte man einmal das Eigentum von der Person unabhängig gemacht und dem Eigentümer die Befugnis gegeben, es zu opfern, es dem Erben zu entziehen, so wurde man zu der Annahme getrieben, dass der Eigentümer auch in der Lage sei, zu erklären dass das Eigentum im letzten Augenblick seines Lebens, auf einen anderen übergehen solle, und dies führte von selbst zur letztwilligen Verfügung* » J. KOHLER - Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte; in: Dr. FRANZ VON HOLTZENDORFF - Encyklopädie der Rechtswissenschaft - Leipzig - 1904 - I.er B. p. 36. 38.

stamente ritenersi, che la padronanza di un individuo comprenda il diritto di lasciare porzioni determinate di ciò che possiede a certi individui specificati, non ne consegue che egli sia eticamente autorizzato ad imporre a quegli individui la sua volontà, dicendo loro quello che devono fare della proprietà ad essi lasciata. Tale continuazione del possesso dopo morte è accordata dallo Spencer soltanto ai genitori verso i figli minorenni; ad altri deve essere concessa limitatamente per la sola proprietà personale *(personalty)* (1).

§ 7. — Alle opinioni suesposte è giusto far seguire il concetto hegeliano, che di quelle, in sostanza non è che una variante. Lo Hegel s'inspira al concetto della comproprietà famigliare e, secondo l'espressione sintetica del Lassalle, pensa che la costituzione del diritto ereditario riposi nell'identità morale della famiglia, che ha la sua realtà esteriore nel patrimonio ad essa comune (2).

§ 8. — Il Lassalle poi ci ricorda anche la somigliante concezione dello Huschke, il quale riscontra nel patrimonio *(Vermögen)* l'idea dell'eredità (3).

§ 9. — V'è invece chi ricollega strettamente il diritto ereditario alla costituzione famigliare. Di questo parere risulta lo Huc, il quale nel suo commento al nostro Codice Civile, in raffronto a quello Napoleonico,

---

(1) Herbert Spencer - La Giustizia - trad. *Fortini* - Con uno studio sul sistema etico-giuridico di H. Spencer del prof. Icilio Vanni - Città di Castello - 1893. p. 181 e seg.

(2) Lassalle - l. c. - Zw. Th. Zw. Abt. p. 578, n. 1.

(3) Id. - id. p. 475.

così riassume il proprio pensiero: la verità è che il diritto di successione si lega intimamente alla costituzione della famiglia; esso è una condizione essenziale dell'esistenza della famiglia e, reciprocamente, senza la famiglia non si comprenderebbe il diritto di successione. Ed in obbiezione ai concetti del Montesquieu, che verremo esponendo, ribatte lo Huc : l'esistenza della famiglia e la sua forma giuridica dovendo essere indipendenti dall'organizzazione politica della società, ciò che non ha più bisogno oggi di essere dimostrato, ne segue da ciò, che il diritto di successione deve essere egualmente indipendente dal carattere del governo e dalla volontà arbitraria del legislatore (1).

Parzialmente concorda anche il Pacifici-Mazzoni. Egli mette infatti la costituzione speciale della famiglia fra gli elementi che hanno informato sempre le leggi successorie, nelle tre epoche studiate dall'autore: la romana, la medioevale e la moderna (2).

§ 10. — Altri scrittori numerosi fanno dipendere gli istituti successorî dai vincoli e dai doveri dell'affetto e del sangue.

Il Laurent opina che la filosofia del diritto moderno sia fissata dal Domat, il quale a sua volta pensa che le successioni siano fondate sui doveri dell'amore reciproco.

A questo concetto s'associa completamente il Treilhard (3).

Il Pacifici-Mazzoni cita poi il parere del Pisanelli. Questi ritiene la successione legittima come regola e

---

(1) Huc - l. c. p. 168, 169.

(2) Emilio Pacifici-Mazzoni - Studio storico sulla successione legittima - Modena - 1870. p. 335.

(3) Laurent - l. c. - v. VIII.° p. 694, 693.

la testamentaria quale eccezione. La legittima tien conto dell'affetto presunto del *de cujus,* ma ancor più deve tener conto dei doveri derivati dal patto coniugale e dal vincolo di famiglia (1).

Lo Jhering, che è stato attorno all'ultimo quarto del secolo scorso il capo della scuola storica in Germania, afferma nettamente che il medesimo motivo morale al quale il diritto ereditario deve la sua esistenza: l'amore della famiglia, ha egualmente generato i testamenti (2). Altrove però, lo stesso Jhering, afferma che l'eredità è una conseguenza del principio di lavoro, che è la sorgente istorica e la giustificazione morale della proprietà (3).

Il Pertile nella sua notissima "*Storia del Diritto Italiano*„ afferma, che l'indole degli affetti umani costituisce il fondamento delle trasmissioni ereditarie (4). Ma vedremo in seguito un'altra opinione avanzata dallo stesso autore.

A tutte queste concezioni che han nel fondo, come carattere comune, un che di naturale, di immutevole, posto a base del diritto ereditario, se ne possono far seguire altre che, qualora aggruppate, potrebbero contraddistinguersi per un certo relativismo storico che sta ad esse come fondamento. Esponiamole concisamente.

---

(1) Emilio Pacifici-Mazzoni - Istituzioni di Diritto Civile Italiano - Firenze - 1868 - Libr. Terz. - Part. Prim. p. 14.

(2) R. von Jhering - L'esprit du Droit Romain - trad. Meulenaere - Paris - M.DCCC.LXXVII - tom. prem. p. II. p. 209.

(3) Id. - La lutte pour le droit - trad. Meulenaere - Paris - 1890. p. 40, 41.

(4) Antonio Pertile - Storia del Diritto Italiano - Milano - 1893 - v. IV.° p. 9.

§ 11. — Contro la scuola che riponeva a base della successione ereditaria un supposto diritto naturale, insorsero via via altri pensatori a combattere simile assunto. Da Kant (1724-1804) a discendere a Fichte, a Gros, a Krug, ad Haus, a Droste-Hulshoff, a Rotteck, ad Alciat, a Binkerschoen, a Blackstone, a Grenier, ecc. si nega a qualsiasi specie di successione una qualunque base sul diritto di natura (1).

Senza far violenza alcuna allo spirito della sua dottrina, si può accostare il Montesquieu (1689-1755), pei riguardi della base del diritto successorio, ai numerosi filosofi e giureconsulti sopra elencati. Nella sua classica opera "*De l'esprit des lois*„ l'ex-magistrato francese, afferma, nell'intestazione di un capitolo, che l'ordine di successione dipende dai principî di diritto naturale. E meglio svolgendo il suo pensiero, dichiara il Montesquieu: la legge naturale ordina ai padri di nutrire i loro figli, ma essa non li obbliga a farli eredi. Il riparto dei beni, le leggi sopra questo riparto, le successioni dopo la morte di colui che ha avuto questo riparto: tutto ciò non può essere regolato che dalla società e quindi col mezzo di leggi politiche o civili. È vero che l'ordine politico o civile domanda spesso che i figli succedano ai padri, ma non l'esige sempre. E conclude l'A. con questa massima: nutrire i proprî figli è una obbligazione di diritto naturale; dar loro la propria successione è una obbligazione di diritto civile o politico (2). Pel

---

(1) Buniva - l. c. p. 5. — Ahrens - l. c. - v. II.° p. 160. — Manzato - l. c. p. 4, 5.

(2) Charles Montesquieu - Oeuvres complètes - Paris - 1880 - tom. deux. - De l'esprit des lois - livr. XXVI.e - chap. VI.e p. 132, 133.

Montesquieu dunque, la base degli istituti successorî si ritrova nella costituzione politica e civile di un dato popolo, in un certo momento del suo sviluppo storico.

È nella sostanza anche il pensiero di Gabriel-Honoré de Mirabeau (1749-1791). Il grandissimo oratore fissò in proposito, negli ultimi giorni di sua vita, lo schema di un discorso raccolto al letto di morte dal vescovo d'Autun, portato all'Assemblea ed ivi letto dal Talleyrand. Discutendosi il tema delle successioni, Mirabeau si proponeva di sostenere, con quell'eloquenza che avvinceva gli animi, che non è dalla natura, ma dalla società che il cittadino trae il diritto di disporre delle sue proprietà pel tempo in cui non è più. Ed è perciò che la materia in discorso è legata alle leggi politiche, poichè esse attengono al riparto dei beni territoriali, alla trasmissione di questi beni, e per quella stessa via alla grande questione della proprietà, di cui essi sono la sorgente. Si può dunque considerare il diritto di proprietà, quale è esercitato, come una creazione sociale (1). L'affermazione era energica e decisa quanto mai.

Simile opinione fu soprattutto difesa dai giuristi francesi dell'epoca feconda delle codificazioni. V'aderì infatti fra gli altri il Merlin (2). Il Chabot, relatore del Tribunato, asseverava che la trasmissione dei beni per suc-

---

(1) A. Vermorel - Mirabeau - Paris - 1902 - tom. cinqu. p. 92, 93, 94. — Il Thiers ed il Manzato riferiscono con qualche diversità lo stesso episodio. Secondo lo storico francese ed il nostro civilista, il famoso discorso sarebbe stato consegnato dal Mirabeau direttamente al notissimo Talleyrand. — Adolfo Thiers - Storia della Rivoluzione Francese - trad. it. - Milano - 1901 - v. I.° p. 131. — Manzato - l. c. p. 106.

(2) Buniva - l. c. p. 5.

cessione, non è del diritto naturale, ma del diritto civile. Siméon ripeteva: la successione è una istituzione civile. E si può anche riferire a questo punto il pensiero del Portalis, il quale espresse lo spirito del Codice Napoleonico. Secondo il Laurent, la conchiusione di Portalis è che il diritto di succedere sia d'istituzione sociale; il che significa che esiste sol perchè vi sono società. Portalis aggiunge, e ciò completa il suo pensiero, che il modo di divisione nelle successioni è di diritto politico o civile (1).

§ 12. — La storicità d'ogni diritto, e quindi anche del successorio, è affermata altresì da una grande scuola giuridica che sorse a combattere arditamente le teorie del diritto naturale attorno all'epoca delle codificazioni. Il Menger fa risalire le origini della scuola storica al Blackstone ed al Burke, le cui idee sarebbero state meglio approfondite dal Savigny, dal Puchta e dallo Stahl (2). Niun dubbio però che i canoni fondamentali della scuola storica siano stati formulati dal Savigny e dal Niebuhr, e che Federico-Carlo Savigny abbia, più che ogni altro, il diritto di essere chiamato il vero fondatore della scuola storica (3). Nel 1815 pubblicando il Savigny, insieme all'Eichorn ed al Göschen un "*Giornale per la scienza storica del diritto*„ così definiva la propria scuola in contrapposto a quella avversata del diritto di natura o dell'intelligenza vera degli uomini:

---

(1) Laurent - l. c. - v. VIII.° p. 687, 688, 693, 694.

(2) Dott. Antonio Menger - Il Diritto Civile e il Proletariato - vers. Oberosler - Torino - 1904. p. 10.

(3) Giuseppe Carle - La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale - Torino - 1890. p. 365, 366.

la scuola storica opina che il diritto sia la tradizione del passato, e non si generi per arbitrio, in modo che a caso potrebbe essere questo o quello; ma che proceda dallo spirito e dalla storia di una nazione; sicchè la riflessione attiva d'ogni epoca dovrebbe essere indirizzata a studiare quest' intima e necessaria tradizione, a ringiovenirla, ed a conservarla sempre viva. La scuola antistorica pensa per contrario, che il diritto provenga dall'arbitrio delle persone alle quali è rimesso il potere legislativo, e che, indipendente dalla tradizione dei secoli passati, sia dettato dal solo convincimento e per ispirazione del momento. Che tutto intero il sistema di diritto non venga ad ogni istante rinnovato ed ordinato differentemente da quello che era, una tale scuola non può spiegarlo altrimenti che per inerzia del legislatore nell'esercizio del suo ministero, o perchè questi abbia riconosciuti come veri anche per il presente i principî di diritto del passato. E, dai presupposti, passando alla impostazione del metodo da seguirsi, affermava il Savigny, che: il vero metodo storico consiste nell'investigare il passato con tutta la varietà delle sue forme, rapportandone l'origine al carattere, ai destini ed ai bisogni del popolo, a cui si appartiene. Con ciò si trasformano e si spiritualizzano i materiali primitivi della storia, giacchè tutto quanto sembrava una massa morta ed inerte, è considerato come una forza animata ed attiva d'un popolo. Il pensiero generale di questo metodo, si è, che ogni popolo nelle sue condizioni sociali e particolarmente nel suo diritto civile, abbia una individualità propria, non fortuita, ma essenziale e necessaria, determinata da tutto il passato di esso: sicchè concepire un diritto comune per tutti i popoli, sarebbe egualmente impossibile, che imporre un idioma universale, che sostituisse quelli reali e viventi. Con ciò però

non s'intende sconoscere, che fra le affinità e le differenze, lasciansi intravvedere alcune tendenze generalmente umanitarie ed uniformi, che soglionsi denominare l'elemento filosofico del diritto positivo. Questo indicato metodo, sarebbe il solo che dovrebbe ritenersi per il vero scientifico. Ed in una critica favorevole dell'opera poderosa di Gustavo Hugo, sulla "*Storia del Diritto Romano*„ il Savigny rincalza: l'intera scienza del diritto non è altro, che la storia di esso, sicchè scompagnare l'una dall'altro non è altrimenti possibile che distinguere la luce dalle ombre (1). Il diritto di un popolo, nota altrove lo stesso A., a somiglianza della sua lingua, non può avere un carattere fisso, perchè l'essere suo proprio consiste in una perpetua genesi ed esplicazione (2). Criticando poi un'opera del Gönner sulla "*Legislazione*„ così si riassume il Savigny: il diritto ha la sua base nella esistenza spirituale d'un popolo, e ritira le sue forze vitali dalle medesime radici, dalle quali emana ogni altro elemento dell'attività spirituale e della civiltà (3). Splendide parole! Ma vedremo anche il loro lato debole ed incerto.

Per ragioni d'affinità peculiari e limitate all'argomento nostro, dobbiamo far seguire al Savigny un cospicuo avversario della scuola storica: Eduard Gans (4). Per questi, come del resto per G. W. F. Hegel, la storia di ogni popolo ha per fondamento un' idea necessaria,

---

(1) Savigny - l. c. p. 66, 118, 71.

(2) F. Carlo di Savigny - Storia del Diritto Romano - vers. Bollati - Torino - 1894 - v. I. p. 19.

(3) Savigny - Ragionamenti, ecc. p. 130.

(4) Lassalle - l. c. - Zw. Th. Zw. Abt. p. 383.

che costituisce la vita della nazione ed anima il corpo sociale in tutte le sue parti (1).

Dal medesimo presupposto parte anche il Lassalle, nella grandiosa opera " *Das System der erworbenen Rechte* ,,. Egli sostiene infatti, che la sostanza del diritto ereditario si rivela solo nella *diversità* del suo spirito storico presso le diverse nazioni (2). E venendo a delle particolarità, fa scaturire il diritto ereditario romano, non dai rapporti sociali dei Romani stessi, ma dall'idea speculativa, dalla volontà, rendendo accessorio il tramando del patrimonio (3). Ciò che rivedremo più minutamente in tema di Diritto Romano.

Senza snaturare le dottrine, si potrebbero raccostare al concetto storico del diritto sopra chiarito, le opinioni di molti altri scrittori distanti per tendenze generiche.

Così per lo Schäffle, il socialista di Stato defunto di recente, il diritto si riconnette colle intime e profonde necessità della vita collettiva e individuale e varia col variare delle circostanze e delle condizioni di ogni periodo di evoluzione e di ogni popolo (4).

Lo stesso Pertile, che pareva dare come fondamento delle trasmissioni ereditarie l'indole degli affetti umani, afferma, nella sua opera grandiosa, che l'eredità è il fondamento e quasi la pietra angolare di tutto l'edifizio giuridico; è un prodotto dell'indole propria di ciascun

---

(1) Recensione all' opera di EDUARD GANS - Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung - I, II B. - Berlin - 1824-1825 ; in : " *Revue des deux Mondes* ,, Novembre 1835.

(2) LASSALLE - l. c. - Zw. Th. Erst. Abt. p. 4.

(3) FRIEDRICH ENGELS - Der Ursprung der Familie, des Privateigenthums und des Staats - Stuttgart - neunt. Aufl. p. 186.

(4) GROPPALI - l. c. p. 172, 173.

popolo, che si immedesima colla sua vita, e perciò non si lascia mutar di leggieri (1).

§ 13. — Nei paragrafi precedenti abbiamo sintetizzato le più comuni teorie che ripongono a base del diritto ereditario un principio immutevole, ovvero una ragione storica, variabile. Abbiamo per tal modo sbarazzato il campo dai concetti, per così dire, unilaterali, estremi, e ci siamo aperta la via all'esposizione concisa delle teoriche eclettiche, che pongono cioè gli istituti di successione in parte sovra un fondamento stabile, ed in parte sovra una base variamente atteggiantesi nei diversi periodi storici.

L' Ahrens — che si fece propugnatore delle teorie di Federico Krause, miranti alla conciliazione del diritto naturale di Hobbes e di Grozio (2) — afferma che l'uomo deve essere libero di attestare, anche nel caso di morte, i suoi affetti verso i parenti, come verso altre persone. L'osservanza della volontà dell'uomo è, generalmente nel sentimento dei suoi parenti e dei suoi amici. In quanto alla successione *ab intestato*, essa è del pari giustificata dal legame d'affetto che esisteva tra il defunto ed i suoi parenti. Non pertanto, non potrebbe giustificarsi, in diritto naturale l'eredità testamentaria

---

(1) A sostegno anzi del proprio asserto, l' A. riporta in nota l' opinione del WARNKÖNIG, che così suona : « *Die Geschichte des Erbrechts ist ein integrirender Theil der Culturgeschichte eines Volkes, und es lässt sich deshalb das Erbrecht einer Nation nicht leicht auf eine andere übertragen* » PERTILE - l. c. p. 4.

(2) CARLE - l. c. p. 414, nota. — Abbiamo anche noi posto in luce la derivazione filosofica dell' Ahrens, in un articolo su: La morale sessuale e la critica marxistica ; in : " *Divenire Sociale* ,, An. 1. - N. 20. - Roma - 16 Ott. 1905.

o *ab intestato* che per gli oggetti i quali in certo modo sono impregnati della personalità del defunto, per esempio: la casa, le opere da lui fatte, gli oggetti di ricordo, ecc. All'infuori di queste cose, che potrebbonsi chiamare oggetti d'affezione, la successione non è che una istituzione civile, conservata nelle leggi per ragioni simili, benchè meno forti e men numerose di quelle, che nella nostra società giustificano il sistema della proprietà individuale (1).

Il Pacifici-Mazzoni che come abbiamo visto, pareva, aderire parzialmente al concetto che ripone quale fondamento del diritto ereditario la speciale costituzione della famiglia, in altra opera da quella citata, dice più recisamente che la legge non segue servilmente la volontà dell'uomo interpretata in base alle affezioni naturali di lui. Essa (la legge), com'è di suo ufficio e ragione, contempera gli intendimenti presunti dell'uomo medesimo coll'interesse collettivo del civile consorzio; concilia il presunto volere privato colla volontà pubblica (2).

Lo stesso Laurent — che pure aveva rifermato il nesso insolubile esistente fra proprietà (s'intende proprietà privata) e successione — avanza altresì dei concetti eclettici. Egli dice di fatto: ripetiamo con Domat che è Iddio [?] il quale ci avvince alla famiglia in cui ci fa nascere; che il vincolo di famiglia ingenera diritti e doveri e che il diritto di successione altra cosa non è che un diritto fondato sopra un dovere. In questo senso la successione è di diritto naturale. Ma è altresì vero

(1) Ahrens - l. c. - v. II. p. 162.

(2) Emilio Pacifici-Mazzoni - Codice Civile Italiano - Firenze - 1873 - v. I. p. 79, 80.

che nell'ordine di successione vi è un elemento arbitrario. Che cosa è la famiglia? Sin dove si estende? Quali sono i diritti dei membri che la compongono? A siffatte domande, le diverse legislazioni rispondono in modo diverso, dunque in modo più o meno arbitrario (1).

Pel Gianturco, il diritto di disporre dei proprî beni a causa di morte discende dal diritto di proprietà e dal diritto civile positivo. Di queste due premesse, quel primo diritto è la conseguenza (2).

Ed il Manzato afferma sempre che: la successione ereditaria è istintiva nell'uomo, perlocchè dobbiamo dire, sono sue parole, che natura la detta e il diritto razionale la impone a quello positivo. Così il testamento è di diritto razionale. Soltanto le forme e le modalità devono esser rette dalla legge scritta (3).

§ 14. — La esposizione che precede, la quale non è certo priva di manchevolezze, ci sembra però sufficiente a mostrare in modo non dubbio l'opportunità di una indagine fatta di proposito ed elevantesi a teoria, circa il fondamento degli istituti di trasmissione dei beni *mortis causa*. Che noi sappiamo, fino ad ora altre opere del genere, che s'avvalgano degli ultimi studî storici, non ne esistono fra noi. La compenetrazione indispensabile dell'elemento storico con quello teorico rende però complicata e difficoltosa la ricerca che noi mode-

---

(1) LAURENT - l. c. - v. III. p. 695.

(2) EMANUELE GIANTURCO - Istituzioni di Diritto Civile Italiano - Firenze - 1899. p. 282.

(3) MANZATO - l. c. p. 4, 109.

stamente ci siamo proposti di condurre (1). L'abbondanza dei materiali, sia pure sparsi qua e là, e che a noi solo in parte è dato di utilizzare, sviscera nei suoi varî lati l'argomento vastissimo, onde, cercando di coordinare, di sistemare gli elementi diversi, noi ci affidiamo di non incorrere in quelle unilateralità o superficialità tanto facili sempre, ma tanto fuori di luogo nella Scienza Giuridica. E con uno studio critico, che segue l'ordine di quello espositivo, passiamo a considerare quanto vi sia, a nostro modestissimo avviso, di accettabile o meno nelle varie teorie elencate, nessuna delle quali ci sembra sin d'ora sviscerare appieno il problema della genesi del diritto successorio.

---

(1) Lo studio pregevole che il Pacifici-Mazzoni ha condotto sul tema limitato della successione legittima è esclusivamente storico. Mentre vedremo come l' indagine che il Loria ha fatto degli istituti successorî, per essere troppo sintetica (in un'opera maestrevole, ma che abbraccia lo studio di tutta la scienza sociale), ha dovuto limitarsi a delle semplici affermazioni, spesso anche troppo assolute e che, pur essendo vere nel fondo, richiedono una più minuta esplicazione storica.

CAPITOLO II. — *La critica delle dottrine esposte.* — § 15 - Critica della scuola naturalistica: impostazione del problema. — § 16 - Il diritto naturale nel suo svolgimento storico: Ulpiano, Gajo, Paolo, S. Isidoro, S. Tommaso, Dante, Grozio, Hobbes, Gentili, Vico, Rousseau, Kant, Hegel, Mamiani. — § 17 - La critica fatta dalla scuola storica del diritto. — § 18 - L'atteggiamento del positivismo. Romagnosi. Il positivismo psicologico. Carle, Ardigò, Groppali. — § 19 - Le nostre obbiezioni critiche al diritto naturale scomposto nei suoi elementi che alternamente lo formano. — § 20 - La critica del diritto ereditario naturale. — § 21 - Dell'opinione del Leibnitz. — § 22 - Della rioccupazione. — § 23 - Della proprietà; particolarmente nel concetto dello Spencer. — § 24 - Più generalmente. — § 25 - Della comproprietà. — § 26 - Del patrimonio. — § 27 - Della costituzione famigliare. — § 28 - Degli affetti. — § 29 - Del diritto politico o civile. — § 30 - Della scuola storica. — § 31 - Delle scuole eclettiche.

§ 15. — Impostiamo nettamente il problema critico. Non si può combattere l'opinione di Grozio e di tutti coloro i quali proclamano l'eredità un istituto di natura, senza risalire ad una investigazione, sia pure sommaria, del diritto naturale istesso. In mezzo a tanto romorio di positivismo, di realismo, e di economicismo, può sembrare superfetazione polemica il ristarsi a discettare di diritto naturale; ed il scendere in campo a combattere le costruzioni teoriche che astraggono dalla vita reale, cotidiana, può apparire un prender di mira i famosi molini a vento. Gli è che una dottrina come quella del diritto naturale non poteva, sia pure diversamente concepita (1), tenere per tanto tempo un posto pressochè inespugnabile nella scienza sociale, senza avere in sè

---

(1) Fu già rilevato, fra gli altri dall' Orlando, che il diritto naturale può condurre al dispotismo (Hobbes) od al liberalismo (Grozio, Locke) ovvero al radicalismo (Rousseau) - V. E. ORLANDO - Principi di Diritto Costituzionale - Firenze - 1894. p. 18.

elementi vitalissimi ed ancor più senza lasciare dopo la sua decadenza delle profonde e quasi invisibili tracce persino nel patrimonio intellettuale dei suoi nemici. Poichè vuole proprio una legge psicologica notissima, che non si possa combattere un sistema, senza esserne un po' presi. D'altra parte, come avviene sempre nelle contese intellettuali, è difficile sbalzare dal trono una dottrina errata, senza creare, a vittoria ottenuta su quella, un movimento in senso opposto, che, per essere esagerato, crea nuovi errori dottrinali. Per tutte queste ragioni, crediamo utile alla fondatezza delle nostre critiche il riassumere rapidamente la vita e gli atteggiamenti diversi del diritto naturale, per sceverarne poi, dal nostro modesto punto di vista, la parte stabile da quella caduca e per aprirci meglio la via alla critica speciale del diritto successorio a base naturalistica.

§ 16. — Per riscontrare le prime traccie coscienti di un diritto naturale, bisognerebbe risalire molto addietro nella storia della filosofia giuridica. A noi basta spingerci fino a Roma, dove, a detta del Sidgwick, il *jus naturale* o equità, rappresenta lo stato ideale, verso il quale, migliorandosi, deve tendere la legislazione (1).

La intelligenza riflessa che di un tale diritto naturale se ne formarono i giureconsulti è diversa negli uni e negli altri. Nell' esposizione che segue, ci serviamo come guida dei profondi studi del Carle.

Ulpiano cercò il fondamento del diritto naturale nella natura fisica dell'uomo e lo ripose in quell'istinto della propria conservazione che è comune all'uomo ed agli

(1) Groppali - l. c. p. 66.

animali. *(Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit).* Donde se ne cava il precetto: *nenimem laedere.*

Gaio riguardò un simile diritto naturale come un diritto universale, che, per essere consentito da tutte le genti, deve ritenersi conforme alla ragione e lo fondò così sull'universale consenso. *(Jus naturale est, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, et apud omnes gentes per aeque custoditur).* Di qui si trarrebbe inoltre il precetto: *cuique suum tribuere.*

Paolo infine si innalzò alla concezione di un diritto ideale, che è eguale presso tutti i popoli ed in tutti i tempi e gli diede così un fondamento di ragione *(Jus naturale est, quod semper bonum et aequum est).* Si avrebbe allora il precetto: *honeste vivere.* Del resto già Aristotile aveva chiamato giustizia naturale, quella che ha dappertutto la medesima forza e non dipende nè dalle opinioni, nè dai decreti degli uomini (1).

Nel medioevo il diritto naturale assunse una veste teologica coi dottori della Chiesa. E non si può dire che la logica facesse difetto in quei sistemi. Il diritto si faceva venire da Dio; l'uomo, caduto nel peccato, era il solo colpevole dei traviamenti in tal materia. Simili dottrine furono affermate da S. Isidoro di Siviglia e da S. Tommaso d'Aquino, per non accennare ad altri (2). Quest'ultimo definiva la giustizia: un abito, per cui taluno, con volontà perpetua e costante attribuisce a ciascuno ciò che gli appartiene. Poco dissimile è la definizione dantesca. Il grande Ghibellino pensava che la

---

(1) Carle - l. c. p. 166, 167.

(2) Carlo Calisse - Storia del Diritto Italiano - Firenze - 1891 - v. I. p. 280 e seg. La patristica, studiata spregiudicatamente, non è priva del resto di sorprese pei conservatori.

giustizia fosse: una certa rettitudine o regola che da ogni parte scaccia il torto (1).

Ma è solo più tardi che il diritto naturale s'atteggiò a vera e propria concezione scientifica, liberandosi per tal guisa, con Grozio, lo studio filosofico del diritto dalle strettoie della filosofia scolastica o della giurisprudenza romana, ed elevandosi ad affermazione ardita in faccia ai sovrani ed ai potenti del tempo.

Hobbes, ricongiungendosi ad Ulpiano, fa consistere il diritto naturale nella natura utilitaria dell'uomo, nel suo elemento fisico. Ad Hobbes, che era partito dallo studio delle scienze fisiche e matematiche, si potrebbe ricollegare la scuola positiva che s'avvale dell'osservazione.

Ma è Grozio che secolarizza il diritto, dicendo che esso potrebbe derivarsi, mediante la ragione, dallo studio della natura dell'uomo, quand'anche, per una empia supposizione, si volesse astrarre dall'esistenza di Dio (2). Per Grozio, che potrebbe ricongiungersi a Gajo, fondamento del diritto naturale non è l'utilità, ma la natura socievole dell'uomo. I precetti delle leggi giuridiche discendono pertanto dalla comparazione delle umane opinioni o dall'universale consenso. Da Grozio che partì dallo studio della pratica giurisprudenza e degli antichi filosofi e giureconsulti, si può far discendere la scuola

---

(1) Carle - l. c. p. 229, 234.

(2) Groppali - l. c. p. 39. - È importante, per chi voglia dare un adeguato giudizio intorno alla modernità dei così detti modernisti nel campo cattolico, il rilevare che in molti punti della loro novità, non si spingono più oltre di questa famosa ipotesi groziana, che, se a suo tempo fu una prima favilla nunzia di un gran fuoco purificatore, oggi è appena appena una ricordanza storica. Fuori della Chiesa e della grazia di Dio sì, ma moderni poi no, quei signori! E ci si perdoni la disgressione.

storica (1). Altri studiosi del sorgente diritto internazionale (2) come per es. Alberico Gentili, per limitarci nelle citazioni, aderivano a questa concezione del diritto naturale (3).

Per G. B. Vico il Diritto Natural delle Genti è quel Diritto ordinato dalla Provedenza Divina coi dettami di esse umane necessità, o utilità, osservato egualmente appo tutte le Nazioni (4).

Ma non va scordato però che Vico intuì anche per primo la genesi storico-realistica – per esprimerci col linguaggio odierno – del diritto e fu perciò detto il padre della Filosofia del Diritto. La storicità della origine del diritto ripresa anche dal Romagnosi è poi sempre stata della più pura tradizione dottrinale italica.

Con Rousseau, la dottrina del diritto naturale si rese vessillo di rivoluzione. Rousseau parte dal presupposto di uno stato di libertà naturale, da cui gli uomini sono usciti, mediante un patto sociale. Per questo ciascuno di noi mette in comune la sua persona e tutta la sua potenza sotto la suprema direzione della volontà generale e noi

---

(1) CARLE - l. c. p. 299 e seg.

(2) Accettiamo la terminologia corrente per ciò che attiene al Diritto Internazionale, rilevando solo, all' infuori della lunga disputa dottrinale in argomento, che presentemente si tratta più di una idealità giuridica internazionale, che non di un vero diritto positivo, cioè, coattivo ecc., come in fondo conviene lo stesso Armanni, che del Diritto Internazionale è un acuto ed appassionato cultore.

(3) CALISSE - l. c. - v. I. p. 280 e seg. — Notizie sommarie e critiche dell' opera classica del Grozio *(De jure belli)* e di quelle degli altri scrittori ricordati, si trovano in : PASQUALE FIORE - Trattato di Diritto Internazionale Pubblico - 4.ª ediz. - v. IV - Torino - 1904 - cap. V. p. 47 e seg.

(4) G. B. VICO - Scienza Nuova - Prima - Libr. Prim. - Cap. IV.

riceviamo in gruppo ogni membro come parte indivisibile del tutto. La violazione delle clausole, mai fomulate, (lo si noti per l'equità della critica), ma dovunque tacitamente ammesse e riconosciute di questo contratto, fa rientrare ciascuno nei suoi primi diritti. Ciascuno riprende allora la propria libertà naturale, perdendo quella convenzionale per la quale aveva rinunciato alla prima (1). Da questo indirizzo filosofico discende la parte ideologica di quel movimento meraviglioso che condusse alla proclamazione dei diritti dell'uomo, alla lotta contro il Diritto Romano, figlio della conquista ed alle proposte di codificazione (Thibaut) (2).

Notava a buon diritto il Groppali, che la scuola razionale è una trasformazione di quella del diritto naturale. Tra le proprietà dell'umana natura, la scuola razionalistica pone in maggior risalto la ragione e si ha con Kant il diritto di ragione *(Vernunftrecht)* (3). Ciò è reso manifesto nell'Ahrens (4). Kant, lo rileva il Carle, applica quel razionalismo che, originatosi con Cartesio, si era suddistinto in razionalismo soggettivo di Malebranche e razionalismo oggettivo di Spinoza. E Kant, la cui critica dell'idealismo era stata preparata dal Locke e da Hume, fu considerato pure il fondatore della filosofia del diritto. Pel filosofo di Königsberg i precetti giuridici son dettati a noi da un imperativo categorico assoluto che si impone alla ragion pratica dell'uomo. Kant risente dei concetti del giureconsulto Paolo. La legittimità di un atto si riscontra, secondo Kant, generalizzandolo. Il diritto è l'insieme delle condizioni per le quali, nella

(1) J. J. Rousseau - Du contrat social - Livr. Prem. - Chap. VI.
(2) Calisse - l. c. - v. I. p. 280 e seg.
(3) Groppali - l. c. p. 74 e seg.
(4) Ahrens - l. c. - v. I. p. 45 e seg.

società, la libertà dell'uno non sia d'impedimento all'esercizio della libertà altrui (1). Immanuel Kant, che era partito dallo studio dell'essenza dell'umana ragione, creò, non solo una metafisica della morale, ma anche una metafisica del diritto, alla quale si ricollega la scuola ideale, razionale (2). Dall'idealismo critico di Kant, si passa all'idealismo soggettivo di Fichte e a quello assoluto di Hegel. Questi considera il diritto come una nozione astratta che viene esplicandosi dialetticamente in tutte le conseguenze di cui può essere capace. Con Schelling, si ha una filosofia della volontà. Il Mamiani considera il diritto come un aspetto della morale (3).

§ 17. — È merito inconcusso della scuola storica l'aver richiamato alla prosa della realtà vissuta i metafisici dalle astrazioni arbitrarie e di aver applicato al diritto quel metodo storico che già di tanta luce di verità aveva sfolgorato nelle applicazioni fatte dal Machiavelli ai fatti politici. Come abbiamo estesamente ricordato addietro, il Savigny affermò che il diritto non ha un carattere astratto, assoluto, naturale, ma è strettamente legato come effetto a causa coll'indole e colle condizioni di un popolo. S'aggiunga per di più che da quella scuola si fece spesso richiamo al Diritto Romano (4). Dimostreremo fra breve che la scuola storica solo parzialmente sanò la deviazione, e, quel che è peggio, troppo fu mancipia di interessi politici reazionarî.

---

(1) Calisse - l. c. - v. I. p. 280 e seg.
(2) Carle - l. c. da p. 299 a p. 334.
(3) Id. - id. da p. 415 a p. 475.
(4) Calisse - l. c. - v. I. p. cit.

§ 18. — Anche i positivisti hanno notevolmente scalzato il diritto naturale fondato sulla immaginaria natura umana individuale. Ma pur essi non giungono a liberarsi da un diritto astratto, meglio da idealità giuridiche che vengono ritenute come un vero diritto. Si vegga ad esempio il grande Romagnosi. Egli concepisce un diritto naturale che, pur essendo proprio di determinate condizioni storiche, e quindi diverso dall'assoluto e dall'immutevole dei giusnaturalisti ed accostantesi al diritto naturale com'era inteso dai Romani, tuttavia è superiore al diritto positivo, è concezione della nostra mente e deve servire di idea archetipica. Non più dunque, scrive giustamente il D'Aguanno, un diritto costruito dalla ragione e considerato quale sua logica esigenza, ma un diritto vivente della vita stessa dell'uomo e della società, e contrapponentesi al diritto positivo, quale perenne termine di confronto di questo (1); insomma conclude altrove l'A.: un diritto naturale mutevole.

Ma la scuola positiva si è venuta sempre più facendo psicologica e come tale studia il diritto nel suo fondamento intrinseco, che è la natura umana socievole, stimolata dal bisogno economico ed indagata nella sua generale astrazione (diritto subbiettivo). Nè tale studio è per riuscire vano, quando si consideri, oseremmo dire, come una filosofia pura del diritto, che serva se occorre di generalità propedeutica allo studio pratico del vero diritto positivo, avente per obbietto, non l'uomo socievole in genere, ma l'uomo sociale realmente e membro di una data classe, la quale soltanto riesce a concretare in diritto (obbiettivo) l'idealità giuridica, da

(1) Prof. GIUSEPPE D'AGUANNO - Gian Domenico Romagnosi filosofo e giurista - Parma - 1907 - p. 52, 59, 74, 75, 219, 237.

principio individuale eppoi estesasi mercè l'imitazione, e consolidatasi colla ripetizione in gruppi sociali determinati. Ma riserbandoci di ritornare più largamente sull'argomento, vediamo intanto come si intenda dai positivisti e dagli psicologi il diritto.

Il Carle ritrova il *jus naturale* in Roma, e non come una idea filosofica presente alla mente di un giureconsulto, ma come un complesso di forze, di energie inerenti all'umana natura, che spingevano l'umana comunanza in via di formazione a provvedere a tutti i bisogni e a tutte le esigenze che si venivano presentando. Per tal modo, ciò che più tardi verrà ad essere nozione astratta, negli inizî è forza ed energia, che spinge, come direbbe Vico, l'uomo ad *celebrandam suam socialem naturam* (1). Con formula teorica: mentre unica è l'idea ispiratrice di tutto l'edificio giuridico, cioè l'idea del giusto, la quale può dirsi a ragione comune, universale e costante, perchè sempre e in ogni dove potè essere riassunta nel precetto di dare a ciascuno ciò che gli appartiene [e che cos'è che gli appartiene, ci permettiamo di chiedere subito? Qui è il punto!]; dall'altra sono innumerevoli, transitorî, mutabili e particolari i fatti umani, ai quali questa unica idea deve essere applicata. È per mezzo della legislazione, che quel diritto, che chiamasi ideale, cerca di trasformarsi in diritto positivo o reale (2).

Per l'Ardigò il diritto naturale è quel diritto potenziale che corrisponde alle universe idealità sociali o giuste o morali, tanto a quelle che si sono già avverate,

---

(1) Giuseppe Carle - Le origini del Diritto Romano - Torino - 1888. p. 187.

(2) Id. - La vita, ecc. p. XXXVI, XXXIX, XXXVII.

nella psiche e nella coscienza umana, quanto a quelle che non si sono ancora avverate, ma che si possono avverare quando che sia (1).

Pel Groppali, il diritto è essenzialmente un fatto sociale, un prodotto della coscienza umana, di cui in sè rispecchia l'intimo movimento e la vita. L'egregio professore dell'Università di Modena, si propone poi di mostrare, nella seconda parte dell'opera più volte citata che ci sta dinnanzi, che il fondamento intrinseco del diritto è dato oggettivamente dalle condizioni generali ed immanenti della vita sociale e soggettivamente da un complesso d'idealità che servono come norma di condotta e come criterio valutativo delle istituzioni giuridiche (2).

§ 19. — Sintetizziamo finalmente le nostre obbiezioni critiche. Indagato nei tempi diversi e presso i varî filosofi, il diritto naturale si addimostra un complesso di inclinazioni, di tendenze, di idealità e di principî, di ideologie insomma, per servirci di una parola hegeliana di significato notorio, che in parte si fondano su verità travisate ed in parte si risolvono in astrazioni ingegnose, già motti fatidici nella storia, eppure sprovviste d'un solido contenuto scientifico. Seguendo parzialmente le traccie del Groppali, noi scorgiamo nelle svariate dottrine di diritto naturale alternamente combinati o separati questi elementi cardinali, questi sommi principî direttivi: *a)* un contratto sociale, come presupposto fondamentale dell'organizzazione sociale, che viene così ad avere una base pressochè arbitraria: *b)* uno stato di natura o presociale, che assicura agli individui una somma di diritti

(1) Groppali - l. c. p. 116, 117. — D'Aguanno - l. c. p. 277.
(2) Groppali - l. c. p. 106, XIII.

originarî, intangibili ed inviolabili da parte di ogni potere costituito ed esercita una tradizionale influenza paradigmatica, saggiatrice; *c)* la società, come un frutto diretto dell'individuo o delle proprietà essenziali ed immanenti dell'umana natura; *d)* un diritto eterno od un'idealità, derivino essi dall'individuo e dalla società, ma sempre ritenuti la fonte perenne, inesauribile del diritto.

Saggiamo ora la consistenza scientifica odierna di questi varî elementi.

a) Combattere a fondo la teoria del contratto sociale sarebbe portare ingenuamente vasi a Samo, dopo le critiche del Romagnosi, dello Spedalieri, ecc., per ricordare qualche nome. La realtà vissuta, quella istorica non danno ansa alcuna alla classica teoria contrattualistica. Si sa però, e lo rilevammo colle parole stesse del Rousseau, che essa non aspirò mai ad essere più che un presupposto teorico, un'ipotesi gravida di illazioni importantissime. Ma sta di fatto, che il vincolo sociale, non è vincolo di eguaglianza, onde esula il contratto. E' vincolo gerarchico, non più in senso giuridico, si badi; per cui riveste un carattere coattivo. Anche secondo il Rousseau, il patto sociale non legittimava la schiavitù (1). Ciò che mostra come quella del Rousseau sia una vera filosofia, non un diritto. Per le identiche ragioni, mutati i nomi, resterebbe ingiustificato il più grande fenomeno dell'epoca nostra: il salariato. Questo

(1) « *Ces mots esclavage et droit sont contradictoires; ils s'excluent mutuellement. Soit d'un homme à un homme, soit d'un homme à un peuple, ce discours sera toujours également insensé*: *Je fais avec toi une convention toute à ta charge et toute à mon profit, que j'observerai tant qu'il me plaira et que tu observeras tant qu'il me plaira* » ROUSSEAU - Du contr. soc. - Libr. Prem. - Ch. IV.

per la parte, per così dire statica della dottrina. Ma neppure l'elemento dinamico ha una base reale. La rottura del contratto o, più realisticamente, l'insorgere d'una frazione del popolo, non può essere un fatto arbitrario, opposto all'arbitraria violazione di clausole ipotizzate; tale rottura richiede, come vedremo, speciali presupposti economici e sociali.

b) Caduto il patto sociale, cade anche il precedente stato di natura. La storia mostra oramai che originariamente non s'ebbero fra gli uomini: la distinzione di classi ed il vero vincolo gerarchico, non s'ebbe la proprietà privata, nè s'ebbe lo Stato come potere elevato sulle diverse classi. Ma si trattava allora di una fase di vita umana pur sempre sociale, e fase ormai superata dalla maggioranza degli uomini, fase cui niuno potrebbe, nè vorrebbe ritornare, anche se si aspira ad una costituzione sociale che possa avere lontane analogie colla primitiva; analogie però del tutto paragonabili a quelle che corrono fra l'organismo sviluppato ed il suo embrione.

c) Ma l'elemento essenziale delle concezioni naturalistiche è la natura umana, è l'individuo posto a base, fatto artefice della società ed estraneo ad essa, di cui pure è parte; tratto, se occorre, fuori dalla terra, come le zucche, secondo Hobbes, o piovuto dalle nubi, come suppone Puffendorf, ovvero concepito quale ipotesi logica presso il Romagnosi (1). Quanto poco si riesca a tale snaturamento della natura umana, che è sociale, è facile arguirlo. È però fuor di dubbio che l'esaltazione dell'individuo e delle sue facoltà e potenze indi-

(1) D'Aguanno - l. c. p. 121, 115. L'autore insiste a ragione, ricordando le osservazioni del Neukamp, sul carattere eminentemente sociale del diritto. - Id. - id. p. 127, 128.

viduali, è sempre una spinta efficacissima a scagliarlo contro la società costituita che sia in condizioni storiche di incipiente sfacelo. L'uomo che si crede autore della organizzazione sociale, s'illude facilmente di poterla rovesciare ed innovare senz'altro. Perciò ben s'apponeva Antonio Labriola quando scriveva che il materialismo del secolo XVIII° lasciando fuori dal suo campo il mondo storico, rappresentava a cappello le esigenze di quella grande rivoluzione, la quale in nome del diritto di natura negava i diritti storici (1). Tutti i grandi rivolgimenti s'ispirano più o meno apertamente ai concetti naturalistici (2). S'è voluto trovarne traccia agli inizî della rivoluzione russa. E s'è detto che il Marx, il filosofo della preveduta rivoluzione operaia, non ne era libero (3). Senza illusioni non sarebbe stato possibile nessuno dei grandi movimenti sociali, dalle Crociate a quelli dei dì nostri. Ma possono e debbono gli eroi, e tutti quanti i combattenti pascersi d'ideali; la scienza sfronda le ideologie, vi pesca al fondo e ne scopre le basi. Son gli uomini (e non l'uomo) che fanno la loro istoria. Ma esistono delle condizioni esteriori di produzione, di rapporto sociale che influiscono sulla natura

---

(1) Antonio Labriola - Scritti varî di Filosofia e Politica - pubbl. da B. Croce - Bari - 1906. p. 243. — E. Scheel - La economia politica come scienza; in: G. Schönberg - Manuale di Economia Politica - Biblioteca dell'Economista - vol. I.° part. I^{a} p. 141.

(2) Lo sanno anche gli odierni demagoghi che credono, o fanno credere, di tenere la sostanza avvolgendosi nell'imponente manto formalistico. — G. Sorel - Insegnamenti sociali dell'economia contemporanea - Milano - 1906 - Avvertimento ai lettori.

(3) Arturo Labriola - Riforme e Rivoluzione Sociale - Lugano - 1906. p. 114 n. 1.

umana, ond' essa non è più un dato autonomo, costante, un ignicolo (1), ma un che di mutevole, sia pure lentamente (2). Ed allora la storia non si spiega praticamente tenendo conto soltanto dell' indole della natura umana o peggio d' un elemento di questa, ovvero anche della natura umana sociale (3), ma badando più in fondo a quei rapporti economici, sociali che sono la materia prima della storia, formano lo schema reale delle distinzioni degli uomini, foggiano, plasmano, urgono, frenano gli impulsi individuali (4).

d) Ma il nocciolo delle teorie naturalistiche è costituito dalla supposta esistenza d' un diritto naturale,

---

(1) CALISSE - l. c. - v. II. p. 207.

(2) « *L'histoire toute entière n'est qu'une transformation continue de la nature humaine* » KARL MARX - Misère de la philosophie - Paris - 1896. p. 204.

(3) Lo studio psicologico della storia, tenendo di vista il sentimento nazionale, rimonta a Vico, scende poi a Romagnosì, a Cattaneo ed ha oggidì una schiera numerosa di seguaci che hanno ideato la psicologia sociale *(Völkerpsychologie)* — CARLE - La vita, ecc. p. 255, 256. — Ardigò, Vanni e Groppali svolgono tra noi un tale indirizzo del quale avremo ad occuparci.

(4) « *Porre la ragione come base del diritto è lo stesso che considerare l' occhio qual fonte della luce e voler avere la vista, non già per via dell' intuiziome degli oggetti, ma dall' interna struttura dell' occhio e mediante l' anatomia di questo* » STAHL - citato da M. ANGELO VACCARO - Le basi del diritto e dello Stato. - Torino - 1893. p. XII. — Scrisse già Cattaneo : « *Vico cerca nell' animo umano il principio istorico, perchè l' uomo è artefice dei fatti dell' istoria. Invertendo l' andamento, altri potrebbe con maggior sicurezza inferire dai fatti innumerevoli dell' istoria le forze e le inclinazioni dell' uomo interiore* » CARLO CATTANEO - Scritti storici, letterarî, linguistici, economici - Ordinati per cura di C. ROMUSSI - Milano - 1900. p. 338.

eterno, per tutti i tempi e per tutti i popoli (1), discenda esso dalla così detta provvidenza (2), dalla natura (3) o

---

(1) Ecco ciò che ne scrive il Kohler: « *Es war nichts verkehrter und unphilosophischer, als die Meinung, die Rechtsphilosophie habe ein Naturrecht, ein ewig richtiges Recht zu erforschen und gleichsam von den Sternen zu holen. Man verkannte vollständig dass die Kultur und die Kulturäusserungen etwas anderes sind als die Naturgesetze, die sich stets gleich bleiben* » Affermato il carattere teologico di un tal diritto, continua l'A.: « *Liess man aber diese theologische Vorstellung fallen, so hatte die Idee von einem eingepflanzten Recht gar keinen rationellen Boden, so rationalistisch sie sich auch gebärdete; denn sie widersprach dem Menschenleben als einer Kulturerscheinung, sie ging davon aus, dass dem Menschen nur ein und dieselbe Norm eingemessen sei; als ob die Kultur nicht stets das Bedürfnis neuer Normen erzeugte und als ob der Kulturfortschritt etwas Nebensächliches wäre, was das Wesen des Menschen nicht berührte* » KOHLER - l. c. p. 3, 4.

(2) « *Providence, but providentiel, voilà le grand mot dont on se sert aujourd' hui, pour expliquer la marche de l' histoire. Dans le fait ce mot n' explique rien. C'est tout au plus une forme déclamatorie, une maniére comme une autre de paraphraser les faits.* » MARX - l. c. p. 165.

(3) « *Io confesso schiettamente di non aver mai avuto la fortuna di imbattermi nella dea Natura, nè di conoscerne i suoi voleri* » VACCARO - l. c. p. XXIX. Altrove attribuimmo alla natura il detto che Madama Roland riferiva alla libertà. Qui riferiamo le parole d' un grande filosofo, attorno a cui si fa un silenzio che non è segno di caducità, ma piuttosto, di calcolo negli uni, di immaturità negli altri o forse mostra la giustezza del detto di Leopardi, che

. . . . . oblio
Preme chi troppo all' età propria increbbe.

« *Molti peccati, da molti secoli l' uomo va accagionando alla natura per iscagionare sè e durare nei suoi pregiudizi, negli*

dalla ragione umana, ed ispirante tutti i diritti positivi. Si tratta di pure astrazioni che eludono ricerche profonde con soluzioni superficiali, e per di più avvolgono di inutili fantasimi preconcetti la mente dello studioso, rendendogli più difficile ciò che solo è utile scientificamente (1): lo studio dei fatti sociali nella loro reale esi-

---

errori, nelle soperchianze e nelle comode follie. Ma contro queste ingiurie la natura si vendica, mandando dal suo fondo la logica a raddrizzare i cervelli, la storia a correggere i fatti » GIOVANNI BOVIO - Filosofia del Diritto - Torino - 1892. p. 321. — Esclamava poi il Loria, a proposito delle belle parole che nascondono agli onesti ingenui le brutture: « *Oh quanta impurità pratica negli iperspazi delta ragion pura!* » ACHILLE LORIA - Le basi economiche della costituzione sociale - Torino - 1902. p. 302 n. 1. 303. Ma forse pretendeva troppo lo stesso Loria ed esagerava esclamando altrove: « *Questi principî eterni di giustizia in realtà non esistono, nessuno li ha veduti, nessuno li ha palpati* [!] *giammai* » ID. - Problemi sociali contemporanei - Milano - 1905 p. 52. — Il Sorel ricorda la critica fatta dal Pascal al diritto naturale, e soggiunge « *si cette théorie était exacte, on trouverait quelques lois universellement admises; mais des actions que nous regardons comme de crimes, ont été regardées autrefois comme vertueuses* » Oggi la critica del diritto naturale ha una perfetta chiarezza, « *parce que nous savons que c'est dans l'économie qui il faut aller chercher le type de la force arrivée à un régime automatique et pouvaut s'identifier naturellement avec le droit* » Ma il pubblico « *est habitué à croire au droit naturet!* » GEORGE SOREL - Lettre a M. Daniel Halévy; in: "*Mouvement Socialiste*,, 9.e année - III.e serie - N.os 189-190 - Paris - 15 Août et 15 Septembre 1907. p. 148, 149.

(1) « *Die Aufgabe der Philosophie ist nicht dahin zu bestimmen dass sie der wirklichen Welt eine andere, von ihr construirte gegenüber zu stellen habe. Vielmehr liegt ihr Ziel, wie das der Wissenschaft überhaupt nur darin, die Welt wie sie ist zu begreifen* »

stenza, nelle loro leggi dinamiche, nei loro principî generici tratti dalla realtà ed in essa sola riscontrati.

Il diritto veramente riscontrabile è quello obbiettivo, che si fa valere di fatto e comprende, il diritto positivo colla relativa dottrina e giurisprudenza. Certo al fondo di esso o prima ancora che si completi, stanno delle leggi psichiche, etniche, economiche, delle condizioni di vita animale e delle esigenze sociali, delle norme etiche, delle idealità giuridiche, che solo con molte riserve potrebbero pur esse dirsi eterne; ma come ora lo riconferma il D'Aguanno, tutto ciò manca delle caratteristiche essenziali del diritto vero e proprio, come dovrebbe essere il preteso diritto naturale. Per volere essere quest'ultimo un diritto di tutti i tempi e di tutti i luoghi, ha un carattere di generalità tale, da riuscire per lo meno inafferrabile ed inconcretabile praticamente. Ed è più che altro una morale, troppo spesso arbitraria. Del resto — lo rileva pure il D'Aguanno sulle scorte del Dahn, ricordando Grozio, Puffendorf, non Vico, ma bensì gli Enciclopedisti, Diderot in ispecie, in parte il Romagnosi e persino l'Ardigò — il diritto naturale nella sua concezione più schietta ed accettata comprende anche la morale: ciò che verrebbe a negare quasi la possibilità di staccar il diritto da quella e di definirlo a sè, mentre la più esatta ricerca giuridica compie tale separazione ed individuazione e giunge persino, col Post, a dire inconciliabili i due termini: morale e diritto (1).

Adolfo Merkel, capo della scuola dell' "*Allgemeine Rechtslehre*" citato dal Groppali - l. c. p. 200 n. 1. — « *Essendo l'intento mio scriver cosa utile a chi l'intende, mi è parso più conveniente andar dietro alla verità effettuale della cosa, che all' immaginazione di essa* » Niccolò Machiavelli - Il Principe - cap. XV.

(1) D' Aguanno - l. c. p. 74 e seg. 95, 96, 176, 177, 183.

Ma soprattutto, per concludere, la più moderna e fondata indagine giuridica ritiene campo abbastanza spazioso per la propria azione il diritto obbiettivo, tangibile storicamente, onde non ama spingersi tant' oltre ed abbandonarsi ai voli facili, ma scientificamente vani e pericolosi della più astratta filosofia giuridica.

Derivando il diritto positivo dagli speciali rapporti di produzione della vita materiale che determinano la costituzione gerarchica della società, con tutte le sovrastrutture ideologiche, accadrà che dovunque si ripeteranno gli stessi elementi materiali, si avranno somiglianti costruzioni giuridiche: ma la loro naturalità sarà determinata economicamente prima che idealmente, sarà una naturalità tutta quanta istorica. Ed in questo siam d'accordo parzialmente col Romagnosi, che però, come accennammo più sopra di sfuggita, tiene una posizione intermedia fra le viete concezioni giusnaturalistiche assolute e quelle più recenti realistiche. Come pure conveniamo col Post, il capo della scuola etnologica, il quale afferma che il diritto naturale è proprio sempre di uno stadio temporaneo, che domani darà posto ad un altro diritto (1).

Il diritto quindi si trarrà, non dall' individuo, atomo per così dire, che non può riscontrarsi isolato, nè dalla società in genere, che all'opposto si rivela una astrazione o meglio: una mescolanza, un insieme non omogeneo di parti — bensì dai contrasti, dalle affermazioni delle varie classi sociali: dal prevalere dell'una sulle altre. Ed avverrà, come è avvenuto, che la classe trionfatrice, dominante imporrà un diritto, influirà sulla giurisprudenza ed anche sulla esegesi, sulla dottrina giuridica.

---

(1) D'Aguanno - l. c. p. 263.

Le classi soggette avranno de' proprî ideali giuridici. Queste idealità giuridiche diverranno però, da consuetudine che erano, un diritto solo quando ed in quanto le forze economiche e sociali di quella classe le avran permesso di imporsi in qualche modo. Di solito nei conflitti fra classi vecchie e nuove è regola il detto marxistico: "*Zwischen gleichen Rechten, entscheidet die Gewalt*„ (1). Al di qua di tali affermazioni pratiche di forza, di potenza (*Macht*), le pretese resteranno tali. Poichè giustamente afferma il D'Aguanno, forte dell'opinione del Vanni, ed in antitesi alla concezione romagnosiana, ancora in parte naturalistica del diritto, che il diritto positivo è il solo vero reale, ogni altro è un pseudo diritto; un campo della fantasia e dell'arbitrio (2). E sarà invero naturale (storicamente, non si scordi) quel diritto che corrisponderà agli effettivi rapporti di produzione (3). Sono essi che dànno un piedestallo solido alle desiderate rivendicazioni, comunque travestite ideologicamente. Ed è più intimamente scientifica quella scuola innovatrice le cui idealità meno si sublimano dalle sottostrutture economico-sociali sia pure *in fieri*. Questo è ciò che di vivo resta del diritto naturale. Parlare di natura umana, di diritto eterno, astraendo dall'economia storica, non è parlar scientifico.

§ 20. — La precedente critica del diritto naturale in genere ci ha aperta la via all'ulteriore critica del diritto naturale ereditario in ispecie. Gli istituti eredi-

(1) KARL MARX - Das Kapital - fünft. Aufl. - Hamburg - 1903 - Erst. Band. p. 196.

(2) D' AGUANNO - l. c. p. 87 e seg. 302, 305, 295.

(3) MARX - Das Kapital - ed. cit. - Dritt. Band. - Erst. Th. - p. 323, 324.

tari germinano, come tutte le altre istituzioni sociali, dai rapporti di produzione e da quelli delle classi sociali. Persino nella famiglia, istituzione naturale per eccellenza, come ben la giudicavano i Romani, trionfano gli interessi di classe. Lo rilevava il Menger (1), che non è certo nemico deciso delle infatuazioni giuridiche. In ogni forma di costituzione sociale s'ha, è ben vero, una determinata guisa di trasmissione dei beni *mortis causa*, guisa necessaria finchè dura quella costituzione; ma solo in questi limiti storici è dessa naturale. Mutando i rapporti di produzione, di proprietà, di convivenza, muta anche il diritto successorio, muterà lentamente (2) più d'ogni altra costruzione politica e giuridica, ma muta: e quel che è decisivo contro l'esistenza d'un supposto diritto naturale ereditario, è proprio che in certi periodi primevi della convivenza umana, un diritto ereditario, nell'accezione giuridica della parola, manca, come che vedremo fra breve. Sarà questa la prova trionfale del nostro asserto. E per ora passiamo alla critica d'altre opinioni.

---

(1) MENGER - Il Diritto Civile, ecc. p. 31, 32.

(2) « *Il diritto di famiglia ed il diritto ereditario sono più lenti e meno flessibili che il diritto sulle cose e quest' ultimo a sua volta mostra una più grande tenacità al riguardo delle cose immobili che delle cose mobili* » JHERNIG - L' esprit du Droit Romain - tom. prem. p. 67, 68 — « *Quando il feudalismo politico scomparve, lo spirito che l'animava persistè nel feudalismo civile. La riforma delle leggi civili fu più lenta e meno radicale di quella dell' ordine politico. Bastò* [?] *una notte d'entusiasmo per distruggere il feudalismo politico, ma i decreti del 4 Agosto 1789 lo lasciarono sussistere nell' ordine civile* » LAURENT - l. c. - v. XIII p. 711, 720.

§ 21. — Non occorre insistere molto nella critica dell'opinione leibnitziana. Il filosofo va più in là dei giureconsulti discussi. Non gli basta ricorrere al diritto di natura per giustificare l'eredità, egli risale addirittura all'immortalità dell'anima. Ma ne esula la scienza. Questa vuole delle dimostrazioni. L'immortalità dell'anima non si dimostra, tutt'al più si crede. È questione di fede. Ma poi, ammessa tale ipotesi trasumana, come servirsene per uno scopo così mondano, quale è quello di giustificare gli istituti ereditarî, che non potrebbero essere considerati troppo benignamente da chi parta da concetti di giustizia assoluta? Una risposta soddisfacente a questi dubbî, l'odierna filosofia giuridica non sa trovarla.

§ 22. — Già al Mamiani, che fondava la successione *ab intestato* sovra la rioccupazione, obbiettava il Buniva, che in caso di morte del *de cujus* si ha una traslazione immediata, non una vacanza, la quale giustifichi la cessione al primo occupante, mediante quella forma di lavoro [?] che è l'occupazione (1) origine prima d'ogni proprietà del resto (2). È ingegnoso l'immaginare, come fa il Mamiani, il ritorno delle cose allo stato di *res nullius* morendone il proprietario. Ma è troppo irreale! La filosofia pone spesso dei sillogismi impeccabili come scudo agli istituti dominanti. La pratica bellamente passa sopra alle costruzioni di carta.

§. 23 — Fra i molti scrittori che spiegano il diritto successorio con quello di proprietà, abbiam visto esservi

(1) Buniva - l. c. p. 22, 23.

(2) Maurice Hauriou - Précis de Droit Administratif et de Droit Public général - Paris - 1903. p. 72.

lo Spencer, la cui filosofia giuridica merita una speciale discettazione critica. Si sa il posto che occupa lo Spencer nello sviluppo dell' indirizzo positivo nelle scienze sociali. Intuito forse da Lucrezio, tale indirizzo viene iniziato da Machiavelli, da Bacone e da Hobbes (la cui teoria utilitaria passa al Bentham, all' Austin, allo Stuart Mill, al Bain, ed allo Spencer), consapevolmente affermato da Augusto Comte, seguito da Carlo Comte, da Carlo Dunoyer, dal Littrè, dal Romagnosi, il positivismo si dà allo studio delle origini con Carlo Darwin, si fa generalizzazione dalle scienze fisiche a quelle pscicologiche, sociali e morali con Erberto Spencer (pel quale è legge generale l'evoluzione, la cui storicità è detta matematica da Bovio) (1) entrando in Germania diviene materialismo con Moleschott, Haeckel e Büchner, si fa trattazione sistematica e filosofica del diritto con Ardigò, e sotto ii nome di Sociologia, critica ormai sè stesso col Vanni (2).

Lo Spencer ripone l'origine d'ogni diritto nell'individuo (3) ciò che lo indusse già nel « *Social Statics* » al-

(1) Bovio - Fil. del Dir. p. 7.

(2) Carle - La vita, ecc. da p. 389 a p. 483.

(3) Ma si può osservare subito col Labriola: « *Voi parlate non perchè siete individui, ma perché siete subbietti sociali. E così dicasi del Diritto, della Religione e delle Idee morali che esistono in noi solo attraverso il tramite della storia e della società. I positivisti partono sempre dall' individuo e ricadono sempre nell' individuo e non afferrano perciò la morfologia storica. Tutti quei più o meno cretini scienziati d'una volta che deducevano la lingua, la legge, il diritto, lo stato dalla elezione, dall' inventiva, dall'arbitrio individuale ignoravano appunto queste due cose capitali: che gli individui originariamente nacquero nell'orda e che la coscienza individuale che s' impernia nell' io, nasce poco per volta in seno al noi* » Ant. Labriola - l. c. p. 244, 251.

l' ammissione, criticata dal Vanni (1), d' un diritto naturale proveniente dalla natura, diverso dal diritto positivo e ad esso superiore. Si considerava così l' individuo come una monade biologica (2) e, come voleva la tradizione inglese, la società, aggregazione atomistica d' individui (3) assumeva poi una base organica (4). Si

---

(1) « *Ammettere un fondamento intrinseco della norma giuridica, significa riconoscere un' esigenza che la norma stessa nella sua formazione non fatale, ma cosciente e volontaria, deve soddisfare, e ciò è legittimo ed è scientifico, laddove affermare l'esistenza di un diritto, che non sia quello positivo e prodottosi storicamente, equivale ad affermare una non entità, ad assumere come reale ciò che non è dato dall' esperienza, vale a dire a ricadere nel dommatismo metempirico* » VANNI, in: SPENCER - *La Giustizia.* p. XXIX, XXXI, XXXII.

(2) A. GROPPALI - Il problema dell'origine e del fondamento intrinseco del diritto nelle opere del Romagnosi, in " *Rivista filosofica* ". An. IV - vol. V. - fasc. V. - Nov.-Dic. 1902. p. 658 — Il problema del fondamento, ecc. p. 163.

(3) ID. Il problema dell'origine, ecc. p. 659 — ID. Il problema del fondamento, ecc. p. 164.

(4) « *All' antropomorfismo, ora è successo lo zoomorfismo* » BOVIO - La Fil. del Dir. p. 530. — Il Vaccaro mostra che lo sviluppo di simili analogie viene da Platone, Aristotile, Spinoza, Herder, Schelling, Comte e Spencer, che, dominato dal preconcetto che la società sia un organismo, non potè apprezzare l' azione e reazione fra i gruppi umani e le classi che li compongono, azione e reazione che costituiscono il fattore più importante dello sviluppo sociale. E per voler comprendere tale sviluppo entro la formula generica di evoluzione, dovè (lo Spencer) arrestarsi ai primi periodi (della società umana) riuscendo difficile ricondurre a quella formula i periodi successivi più complessi. Lilienfeld e lo Schäffle, esagerando quelle analogie, determinarono una reazione. - VACCARO. - l. c. da p. XIV a p. XX. — Il Menger rileva che la concezione organica del diritto e dello

prescindeva quindi dalla reale esistenza di classi in cui si dividono gli uomini (1), nelle varie epoche storiche (2).

La proprietà individuale istessa diveniva una emanazione dell'individuo e non già una estrinsecazione storica, giuridica degli speciali rapporti economici di pro-

---

Stato presenta un difetto logico, in quanto cerca di spiegare il mondo sociale ignoto, con quello organico più ignoto e serve agli amanti dello *statu quo* o di un lieve progresso. - ANTONIO MENGER - Lo Stato socialista - traduz. Lerda-Olberg - Torino. - 1905, p. 36, 37. — Come abbiamo da qualche tempo spiegato in un nostro saggio su « La teoria malthusiana della popolazione » e come conviene ora esplicitamente anche il D'Aguanno, l'errore principale dello Spencer, sta nell' avere trasportato una legge di carattere strettamente biologico nel campo della fenomenologia sociale e di aver posto tale legge a base della vita giuridica. - La teoria malthusiana della popolazione criticata dal punto di vista storico-realistico, con prefazione di Enrico Leone - Carpi - 1906 - p. 62. — D'AGUANNO, l. c. p, 250.

(1) Disse già Cherbuliez « *Nella realtà non si hanno già degli uomini tipi, degli esseri puramente umani; s' hanno degli uomini sociali, divisi in classi, suddivisi in ordini, generi e specie* » LORIA - l. c. p. 478 n. 1. — Son sempre le critiche che noi abbiam già rivolto alle teorie dello Spencer nel saggio sopra ricordato.

(2) « *L'evoluzione sociale è una formazione essenzialmente storica, l'uomo di cui s'ha da considerarne la natura, per derivarne le norme di condotta, è un ente storico, e non può quindi venire compreso nella realtà sua al di fuori della storia. Donde la necessità che nel determinare le condizioni d'esistenza, lungi dal procedere per via d'astrazione, si ricerchi quali effettivamente esse siano in un dato momento storico. L' utilitarismo pure restando razionale ha da essere combinato col principio dell' evoluzione ed informato al criterio della relatività storica.* - VANNI, in: SPENCER - La Giustizia. p. XX, XXIII. — GROPPALI. - Il probl. del fondam. p. 106, 107.

duzione. Così credeva lo Spencer di aver giustificato per sempre e filosoficamente il diritto testamentario, rilevato il nesso che corre fra proprietà individuale e testamento. E mostrava tutta l' influenza esercitata sul suo pensiero dalla legge positiva inglese, col non occuparsi della successione legittima, che, come vedremo, trova pur essa oggidì una giustificazione pratica, se non teorica.

Ma qui la critica si fa più generale.

§. 24. — Occorre spiegare la portata del concetto che giustifica il diritto successorio con quello di proprietà. Di che proprietà si parla? Ve ne sono di tante specie nella storia (1). Lo Spencer fa derivare la proprietà dall' impossessamento della preda, comune quello all'uomo ed agli animali. Dalla preda, l'uomo passa alla proprietà degli oggetti mobili, delle abitazioni. La proprietà fondiaria è comune nella vita pastorale e di caccia nomade. Coll' agricoltura si fissano le sedi e quantunque resistan: la tradizione religiosa, la difficoltà della difesa, e gli abbandoni delle terre esaurite che tornan comuni, sorge la proprietà individuale, dalla divisione del bottino, dalla conquista esterna od interna e si sviluppa coll' industrialismo (2). Si han così: una proprietà comu-

(1) « *Si è usi a considerare la proprietà come il cardine di tutto l' edifizio del diritto, cioè come qualcosa di fisso e di immutabile. Or questa concezione della proprietà non è punto esatta, imperocchè il concetto di proprietà è fino ad un certo punto variabile, cioè il suo oggetto, il suo contenuto sono diversi secondo i diversi tempi e presso i diversi popoli* » Federico Kleinwächter. - La produzione economico-sociale in generale, in : Schönberg. - l. c. p. 610.

(2) Herbert Spencer. - Principes de Sociologie - trad. *Cazetles* Paris - 1879 - tom deux. p. 327, 328 - 1883 - tom. trois. da p. 717 a p. 738.

nistica, una famigliare, una privata–capitalistica, qual' è l'attuale. Se ne cercano delle forme più perfette, ma non si vuole, come non si può, abolirla. Si manca di precisione quando si parla di proprietà in genere (1). Si manca d' onestà polemica, se l' elisione della specifica mira a dare alla proprietà capitalistica quelle giustificazioni etiche che valgono per altre forme di proprietà.

Ristabilendo però la correttezza.... linguistica e filosofica, si scorge di leggieri che il diritto successorio non è giustificato appieno e perennemente mediante il diritto di proprietà privata.

Per tal guisa il diritto ereditario risulta giustificato tutt' al più soltanto per certe epoche storiche. Lo si asside su di un piedestallo che viene a mancare quando, come in epoche primitive dell' umana convivenza, fa difetto una proprietà privata vera e propria.

Ma anche facendo, com' è logico, il diritto ereditario parallelo a quello di proprietà individuale, non si spiega efficacemente, nè filosoficamente si legittima il diritto successorio istesso.

Non si spiega efficacemente, poichè il diritto di proprietà individuale è esso pure un fenomeno giuridico,

---

(1) « *À chaque epoque historique la propriété s'est développee différemment et dans une série de rapports sociaux entièrement différents. Ainsi définir la propriété bourgeoise, n' est autre chose que faire l'exposé de tous les rapports sociaux de la production bourgeoise. Vouloir donner une définition de la propriété comme d'un rapport indépendant, d'une catégorie à part, d' une idée abstraite et eternelle, ce ne peut être qu' une illusion de metaphysique ou de jurisprudence. Voir du mystère dans l'origine de la propriété, c' est à dire transformer en mystère le rapport de la production elle-même à la distribution des instruments de production* » MARX. - Mixère de la phil. p. 214, 215.

un epifenomeno cioè di una data sottostruttura economica, di dati rapporti di produzione della vita materiale. Anche la proprietà è un derivato. E non è buon metodo d'indagine il porre come causa del diritto successorio ciò che è a sua volta un effetto che ha pure bisogno d'essere spiegato.

Non si legittima poi razionalmente il diritto ereditario col porgli a determinante la proprietà individuale, poichè essa pure non ha ancora trovato una giustificazione etica, che non sia quella poco etica invero e molto pratica della storica imposizione di classe. Tale difficoltà di legittimazione era ben eompresa dallo Spencer, che pur non seppe vincerla (1).

S'è parlato del consenso unanime che gode l'attuale forma di proprietà. Ma pei nove decimi di esclusi, sarà spontaneo quel tacito consenso? Il Menger non lo crede, anzi vuole che la proprietà privata derivi storicamente dalla violenza (2).

Ma la spiegazione generalmeute accetta, specialmente dopo i teorici della Rivoluzione Francese (3) e che vorrebbe acquietare ogni dubbio, è quella che legittima la proprietà in quanto essa sarebbe frutto del lavoro, compenso della fatica, specificazione dell'attività umana. Dalla condanna inosservata della Bibbia in poi, si può

(1) Spencer - La Giustizia. p. 146, 151 e seg.

(2) Menger - Lo Stato socialista. p. 40, 41, 105, 107, 108. — D'altra parte si consideri che anche oggi le uniche forme superstiti di appropriazione, di origine della proprietà, quali la caccia, la pesca, fra noi popoli civili, l'occupazione anche di terre, nelle colonie nuove, hanno per mezzo le più evidenti ed innegabili violenze.

(3) Giorgio Sorel - La degenerazione capitalistica e la degenerazione socialistica - trad. Racca - Milano - 1907. p. 133.

dire che si ripete sempre, in forma diversa, questa giustificazione (1).

Se la proprietà privata-capitalistica fosse invero il frutto del lavoro di chi la detiene, essa sarebbe quanto mai legittima: il dare a ciascuno il frutto del proprio lavoro è sempre una idealità suggestiva, sia o non sia essa attuabile.

Ma nella comune dei casi, la proprietà privata odierna non è creazione dell'individuo che s'avvalga delle pure forze naturali, ma quando non viene da monopolio di quelle, o da eredità, s'è formata mediante l'accumulazione oggi capitalistica, la quale non è precisamente l'attuazione del principio postulato, del frutto cioè del lavoro proprio (2). Si tratta invece semplicemente... del lavoro d'altri che non sia il beato proprietario!

---

(1) Genesi - cap. IV - v. 17, 18. — BUNIVA. - l. c. p. 23. — JHERING: La lutte, ecc., p. 40. — MANZATO. - Diritto di proprietà - disp. litogr. - Venezia. p. 12, 13, 24, ecc. — Per Hegel, la proprietà privata è la realizzazione della volontà dell'uomo come persona. - MARX. Das Kapital. - Dritt. Band. - zw. Th. p. 154 n. 26. — Spencer afferma la relazione naturale tra la fatica ed il prodotto della fatica. - SPENCER. - La Giustizia. p. 181. — Bovio accenna al principio di causalità, per cui il prodotto deve essere del lavoro e proporzionato al lavoro. - BOVIO. - La Fil. del Dir. p. 337, 365, 329, 328 n. — L'Hauriou però, analizzate le varie forme di proprietà privata, nega di questa la base razionale ed economica e le dà il carattere di istituzione politica, non frutto diretto del lavoro. - HAURIOU - l. c. p. 72 n. 2, 73.

(2) Bovio che legittimava la proprietà come frutto del lavoro (principio di causalità, che si risolve in quello di reciprocità) negava la giustificazione ad ogni altra proprietà, alla donazione ed alla successione, in cui tali principî postulati non si attuano. - BOVIO. - La Fil. del Dir. p. 350, 530, 351, 407. — MENGER - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 87, 102, 106, 107, 108.

La dimostrazione che invochiamo è di Scienza Economica, ma anche di comunissima comprensione. Marx la formulò e ne fece vessillo di rivendicazione di una classe, ma l'intuito s'era avuto in altri. Si tratta del fenomeno della sopravalutazione e della accumulazione capitalistica che ne consegue. È un caso irreale oggidì che un uomo lavori tutto solo, producendo anche i proprî strumenti, senza salariare alcuno, avvalendosi delle proprie forze e di quelle gratuitamente elargite dalla natura e scambiando con assoluta equità. Soltanto in questo caso ideale, la ricchezza sarebbe frutto legittimo del lavoro. Ma l'ipotizzata terra libera del Loria, che farebbe al caso, non è possibile mentre domina la proprietà capitalistica (1). Anche esistesse una tale quantità di ricchezza frutto del lavoro, essa non potrebbe scappare dagli ingranaggi dell'attuale meccanismo di produzione, ed una volta entratavi, assolderebbe salariati, e mercè l'impossessamento degli strumenti produttivi condurrebbe all'appropriazione del plusvalore, all'ingrossamento automatico del capitale originario, alla dazione del reddito capitalistico nelle sue più varie forme, che vanno dal frutto del suolo, al dividendo di società che svolgono l'attività propria magari nello Zululand: anche se il beato possidente passa la sua vita dormicchiando sul sofà, o più genialmente ed istruttivamente la sfiora nel fondo d'uno *sleeping-car* (2). Parlare allora di frutto del lavoro, proprio quando si sa bene guardarsi dal lavorare, via, non è nemmeno nobile. Almeno la ricono-

(1) Loria. - l. c. da p. 1 a p. 4.

(2) Come si sa la formula marxistica è: $G — W — G^1$. L'economia dell'opera non permette di dilungarci in esplicazioni: rimandiamo alla fonte. - Marx. - Das Kapital. - Erst. B. zw. Absch, - Die Verwandlung von Geld in Kapital. p. 109 e seg.

scenza! Si è sempre detto che: *noblesse obblige*, ma già anche i proverbi hanno una mendace origine di... classe!

No: mal si provvede alla legittimazione razionale (che non è quella pratica, assai evidente del resto) del diritto successorio con quello di proprietà fondato sul lavoro. Robinson, la fortunata ed immaginaria creazione di Daniele De Foe, è un personaggio troppo abusato, perchè dalla Economia si debba trapiantarlo nel Diritto a continuare la sua funzione di *mannequin* (1). Per carità, non ci si condanni alla monotonia!

Il diritto di proprietà non spiega da solo, nè giustifica il diritto ereditario. Ciò che è ben diverso dal constatare, come fa il Laurent, un nesso di reciproco condizionarsi esistente fra diritto di proprietà individuale e diritto successorio. Dove c'è proprietà privata c'è anche diritto ereditario. È la storia che ce lo dice (2). Ma non se ne cava l'eternità della proprietà privata e del diritto successorio. Proprietà, vincolo famigliare, diritto ereditario vivono in istretto nesso: col mutar d'atteggiamento dell'uno, muta di rimbalzo l'altro; e tutti insieme variano col variare dei rapporti di produzione, col mutarsi delle condizioni di classi; elementi questi che ne determinano la dinamica. E quegli istituti non hanno certo una missione eterna, essi si trasformano e passano, come ogni umana cosa, poichè il loro destino è mortale! Il collegarli l'uno all'altro non serve a toglierli dalla loro comune sorte ineprecabile.

---

(1) SCHEEL: L'econ. pol. ecc. p. 111.

(2) Sulle traccie del Menger, lo confermava anche recentemente un giovane scrittore di cose giuridiche. - SERGIO PANUNZIO - Il socialismo giuridico. - Genova - 1907. p. 165 e seg.

§. 25. — Quanto all'opinione dello Hegel, che spiega l'eredità colla comunione ideale e reale della famiglia, basta qui ricordare la critica fattane dal Lassalle, dove questi obbietta appunto che Hegel cadde nell'errore di prendere per idea del diritto ereditario in generale, ciò che è solo l'idea storica (e la pratica, soggiungiamo noi) determinata del diritto ereditario germanico (1).

§. 26. — Un' altra variante dei suesposti concetti è l'opinione dello Huschke, il quale vede nel patrimonio l' idea della eredità. Filologicamente, patrimonio meglio si riferisce ai beni tramandati dagli avi, onde rientreremmo nella teorica dello Hegel circa la comunione famigliare. Se invece patrimonio vale semplicemente come proprietà, ossia come il complesso di beni di cui una persona può disporre in fatto o in diritto nel proprio interesse (2), si torna al concetto più a lungo discettato in addietro. Si tratti dell'uno o dell'altro caso, non è necessario ripeterci.

§. 27. — Una critica non molto diversa, anzi fondamentalmente simile a quella condotta contro la pretesa di spiegare colla proprietà il diritto ereditario, s'instaura contro chi crede di avere detto tutto ciò che si può dire in proposito, quando ha affermato che la successione ereditaria dipende dalla famiglia e che siccome questa è eterna, tale è la trasmissione ereditaria dei beni.

La famiglia, nell'accezione precisa della parola, o nel senso odierno, non è un' istituto eterno. Le ricerche

(1) LASSALLE. - l. c. - Zw. Th. Zw. Abt. p. 578 n. 1.

(2) F. G. NEUMANN. - I concetti economici fondamentali, in: SCHÖNBERG. - l. c. p. 359.

di innumeri studiosi di preistoria, riassunte nell'« *Ancient Society* » del Morgan ed ancor più sintetizzate dall' Engels, non infirmate dalla più recente indagine, stanno a provare che nei varî gruppi umani, è solo alle soglie della civiltà e della storia scritta, che la famiglia patriarcale (tipica la romana) erompe dalla costituzione gentilesca, insieme alla gerarchia sociale ed allo Stato, per dar poi adito alla famiglia monogamica tuttodì prevalente, che è, non solo un' unità di rapporti di sangue e d' affetto, ma anche e soprattutto una unità economica di vita sociale (1).

La famiglia è dunque un portato dello sviluppo storico-economico dei popoli, una derivazione da uno speciale sistema di produzione. S' è iniziata ai primordî della vita agricola a sede fissa, succeduta alla pastorizia ed alla caccia nomadi, ed ha per base la proprietà privata individuale del capo di famiglia.

Niente dunque di più superficiale, quanto il voler spiegare la successione ereditaria colla costituzione famigliare, niente di più erroneo che il voler dare una base eterna a questi due istituti.

Vero è invece, e la storia è lì a documentarcelo, con innumeri monumenti, che se vi è realmente un nesso stretto fra famiglia e diritto ereditario, quello dipende dal fatto che l'una e l' altro sono il portato di uno speciale modo storico di produzione della vita sociale e di sociale convivenza.

§. 28. — Attiene intimamente ai conceti criticati dianzi quell'opinione diffusa nella disciplina nostra, per la quale il diritto ereditario si adatta alle ragioni del sangue e degli affetti.

---

(1) ENGELS. - Der Ursprung, ecc. p. 42 e seg.

Sarebbe interessante l' indagare a fondo quanto vi sia d' innato nell' affetto e quanto di sovrapposto. Ma l' aprire un' altra parentesi, con una discettazione di Psicologia, non farebbe che aumentare le già numerose digressioni dall' argomento nostro.

Di certo però, gli affetti han per origine la voce del sangue e la natura edonistica dell' uomo, ma essi sono alimentati dai contatti esterni della convivenza degli esseri legati dai dolci vincoli.

Gli affetti alla Rudel, sono proprî di quell' epoca medioevale in cui svolgendosi primariamente l' amore sessuale, individuale e spesso adulterino idealmente, per affermarsi, si sublimava, si esagerava.

Oggi di questi amori non continuano a parlarne che i poeti, anime sempre primitive. Leopardi, il grande filosofo così a torto trascurato dai ruminanti di filosofia e sì maltrattato dai letterati di professione e peggio dagli psichiatri, ne è sommo poeta. Ora senza confinare del tutto lo studio del Leopardi dal campo della psicologia a quello della psicopatia, bisogna convenire che non essendo concesse a lui certe esplicazioni della vita, come fu cantore insuperato dello spirito doloroso degli uomini e delle cose, altrettanto lo fu di questa forma anomala dell'amore inappagato ed inappagabile. Ma quando più non vibrava la corda lirica nell' animo del grande sofferente e le piccole verità della vita si affacciavano alla sua mente acuta di osservatore, di psicologo e di filosofo, egli scriveva ad Adelaide Maestri e lo esprimeva altrove, che la lontananza ed il disuso fanno scemare, malgrado l' intenzione, l' affetto (1).

E questo che il dolorante poeta di *« Consalvo »*, espri-

(1) Giacomo Leopardi. - Scritti varî inediti. - Dalle carte napoletane. - Firenze. - 1906. p. 531, 532.

meva in forma negativa, lo dichiarava in forma positiva un altro grande indagatore di quel mondo sconfinato che è la psiche umana. L'autore delle *« Confessions»* Gian Giacomo, che di affetti se ne intendeva, considerava l' *habitude* come uno degli elementi vivificatori della fiamma amorosa (1).

Comunque sorga l' affetto: è la convivenza che lo alimenta colla prestanza dei servigi, lo rinforza coi legami della riconoscenza, insomma, lo plasma; fuori di essa gli affetti che eran forti, a lungo andare, si intiepidiscono ed alla fine diventano un ricordo non vivificato da nuove linfe, onde anche il ricordo poi si spenge.

Non è quindi il caso di parlare di affetti eterni. Col mutare delle forme di convivenza anche quelli si alternano.

I rapporti di produzione, cangiando, immutano le forme di convivenza famigliare, s'imprimono anche sugli affetti e li variano.

Quando l' economia feudale famigliare teneva nelle campagne riunite sul medesimo campo, sotto lo stesso tetto, attorno alla medesima tavola persino tre e quattro generazioni, gli affetti eran più estesi. Oggi, debellati omai quasi dovunque i vecchi sistemi di economia, spezzate le grandi unità economiche famigliari, il salariato ha atomizzato anche le popolazioni rurali, che la facilità dei trasporti ed altre circostanze cagionate dal nuovo assetto economico han lanciato, ad onta del vieto uso di stabilità, da una parte all' altra del mondo (2). Parenti

---

(1) J. J. ROUSSEAU. - Les confessions - Genève - 1795 - tom. I, lib. I. p. 5;

(2) « *Dans une société ancienne, l'unité était la famille et dans une société moderne c' est l' individu* » — HENRY MAINE. - citato dallo SPENCER. - Principes de Sociologie. tom. II. p. 345.

di grado anche non remoto, oggimai appena appena si conoscono; e poco resiste la voce del sangue come fomentatrice d'affetti. Possono questi ritenersi allora eterni? Possono essi dare un fondamento immutevole e saldo agli istituti ereditari? No, di certo.

Ma se poi, da una disquisizione razionale, scendiamo a delle indagini pratiche, allora vediamo tutta la storia giuridica positiva ereditaria — che calpesta sempre le voci dell'affetto — insorgere a protestare.

Forse che si seguivan presso i Romani l'impulso del sangue e quello degli affetti, nel trasmettere i beni *mortis causa?* Affermava in contrario ed a buon dritto il Laurent: gli eredi *suoi*, diconsi così per dinotare che sono sotto la potestà immediata del padre di famiglia al momento della sua morte; non è dunque la famiglia naturale, quella del sangue che Iddio [?] istituisce, ma una famiglia fittizia, che si estende o si restringe per la volontà del suo capo che ne è il padrone; i figli adottivi vi sono compresi, mentre ne sono esclusi i figli emancipati. E se i figli succedono, non è perché la natura lo vuole, ma perchè tale è il beneplacito del padre di famiglia. Così la pretesa libertà altra cosa non era che la potestà assoluta del padre di famiglia, vale a dire il dispotismo (1). A Roma la *familia* è l'insieme delle persone libere e degli schiavi posti sotto l'autorità del *pater familias* (2). Altro che affetti e voci del sangue!

Forse che l'istituto successorio feudale, il quale obliterava i cadetti, i nati da matrimonio morganatico e spesso le femmine, a beneficio dei primi geniti, lanciando

(1) LAURENT. - l. c. - v. VIII. p. 704, 706.

(2) Si vegga il nostro studio citato su « La morale sessuale e la critica marxistica ».

inesorabilmente tutti gli altri nella vita di avventure, od a popolare le non desiderate e delittuose celle dei monasteri (1), forse che tale istituto successorio, diciamo, ascoltava devotamente la voce del sangue o quella dell' affetto? Dubitiamo che tali voci si facessero allora sentire più che eccezionalmente. O per lo meno, non s' aveva orecchi per quella cura!

Ma poniam mente alle odierne legislazioni ereditarie! Qua si disereditano i figli naturali in favore dei legittimi. Là si favoriscono i figli contro il coniuge. Altrove si danneggiano le femmine. E quasi sempre si dà il diritto al testatore di poter seguire i più opposti pregiudizî. Sarà la voce della conservazione famigliare che comanda, ma quella del sangue resta derelitta, inappagata! È del nostro parere anche il Pacifici-Mazzoni (2).

Gli affetti sono qui assai spesso una bella maschera del tornaconto economico politico e nulla più!

I rapporti di produzione, come foggiano quelli di pertinenza e di convivenza, inspirano, attagliano gli affetti dominanti e le forme di successione, mutevoli, transeunti, come tutte le istituzioni umane. Questo è il vero!

§. 29. — Più breve sarà per noi la critica di quelle dottrine che ripongono le cause del diritto ereditario nella costituzione politica di un popolo, nella legge positiva. Si scende dagli spazî superni dell' ipotetico diritto naturale, dall'eternità posta come regola, per giun-

(1) Chi non s' è commosso alla condanna calma ed inesorata della vita claustrale, stesa da Alessandro Manzoni, nelle sue pagine più belle dei "*Promessi sposi*,,? E chi non s' è agitato all' anatema assai più risoluto che ne lancia V. Hugo? - VICTOR HUGO - I Miserabili - p. II. l. VII. c. I e seg.

(2) PACIFICI-MAZZONI - Codice Civ. It. - v. I. p. 79, 80.

gere alla teorizzazione dell' arbitrio legislativo. La società, il potere politico e civile, il legislatore di fatto, dettano la norma giuridica.

Basta ricordare che le ideologie politiche e giuridiche, le forme politiche e le costruzioni legislative seguono allo sviluppo dei rapporti di produzione: non ne sono una causa, ma un effetto. Si pensi al gius iniziale ed alla vita politica di una comunità nomade primitiva, a petto di quelli di una società capitalistica a grande industria. I rapporti sociali che questa crea, il prevalere ch' essa dà ad una classe saran le cause esplicanti il diritto positivo. La storia non depone certo, per la genialità inventiva dei corpi legiferanti (1). Spencer non li teneva di fatto in gran conto. Gli apparivano il trionfo della mediocrità. Sì, sì la mediocrità intrigante! È questa lo scoglio della democrazia parlamentare, che sotto

(1) « *Forse che legislatore è colui che inventa una legge e la tira dal proprio capriccio, dall' arbitrio, dal talento, o colui che va interpretando, formulando nei casi speciali la legge della natura, del pensiero e della storia?* » Bovio. - Fil. del Dir. p. 108, 109. — « *Acts of Parliament, on the whole are small notwithstanding the noise they make* » Thomas Carlyle. - On heroes hero-worship and the heroic in history. - London. - 1897. p. 102. — « *Al momento attuale l' idea del diritto ha poca influenza nel mondo; non è molto difficile vedere che la causa principale di questo decadimento giuridico delle nazioni moderne deve essere riferita all' attività legislativa dei Parlamenti che si credono chiamati a riformare in modo continuo; non vi è più scienza del diritto, quando tutto dipende dal caso della volontà... L' avvenire del diritto è assicurato se la politica democratica non spegne la luce novella che si è accesa nel seno del proletariato* ». - Giorgio Sorel. - La crise de la pensée catholique. pag. 14. - citato in: Id. - Degeneraz. cap. e degeneraz, soc. p. 68, 71.

tale aspetto potrebbe, senza esagerazione, essere chiamata: la *mediocrazia.*

Il vero è che quando Montesquieu ha detto che l'ordine di successione dipende dai principî di diritto civile o politico; quando gli uomini della rivoluzione, da Mirabeau in giù, sino all' epoca delle codificazioni, hanno affermato che è la società che crea la proprietà e ne foggia i modi di trasmissione *mortis causa*: tutti questi filosofi hanno espresso soltanto un' esigenza dell' epoca storica in cui vissero. La borghesia s' impossessava allora della macchina statale, e facendo di essa, giusta l' espressione del Marx, il proprio comitato esecutivo (1) se ne serviva per esplicare e sanzionare la sua matura prepotenza economica, per colpire al cuore, nel loro sostegno territoriale le classi aristocratiche e feudalistiche, mediante le leggi sulla proprietà e sulle successioni che valsero a snodare in senso borghese la proprietà dagli impacci feudali, a spezzarne le viete e sonnifere unità. Tutta questa era in sostanza un' opera prevalentemente vantaggiosa ad una classe. Ma per meglio riuscire nei proprî intenti, quest' ultima doveva presentarsi, come succede in ogni epoca rivoluzionaria, quale rivendicatrice dei diritti di tutte le classi, dell' intera società. Fu

(1) « *Die moderne Staatsgewalt ist nur ein Ausschuss, der die gemeinschaftlichen Geschäfte der ganzen Bourgeoisie verwaltet* » KARL MARX und FRIEDRICH ENGELS. - Das Kommunistische Manifest - sechst. deutsch. Ausg. - Berlin. - 1904. p. 11. — « *Die Regierung ist der Verwaltungsausschuss der allgemeinen Interessen der bürgerlichen Gesellschaft* » KARL MARX - vor den Kölner Geschwornen. - Berlin. - 1895. p. 24. — I giuristi continuano e continueranno forse a lor voglia ancora per molto a ritenere lo Stato l' espressione e la personificazione dell' intera collettività. Si vegga ad esempio: HAURIOU. - l. c. p. 6.

così che le varie assemblee parlarono in nome del potere sociale e lo vollero illimitato. Sollevando spietatamente il sipario dai colori smaglianti, si sarebbero potuti sorprendere nella loro nudità non truccata i personaggi del gran dramma. Mammona occupava forse il posto di suggeritore!

Queste illusioni sapientemente coltivate attorno alla onnipotenza dei mutamenti superficiali a cangiare i bassi strati della vita materiale non sono andate perdute. Le coglievano i razionalisti, i quali esclamano ad esempio, con tutta sicurezza per bocca dell' Ahrens: il movimento dell'ordine materiale si regola sul movimento che si compie nelle regioni superiori dell' intelligenza, della morale e della politica.

Questa verità [?] comincia pure ad essere compresa nella questione della proprietà (1). Già! Bel progresso: il mondo rovesciato: prima son i fiori e le fronde, poi spuntano le radici: e l' albero è fatto! I prestigiatori compiono dei *tours d'adresse* anche più strambi. E' s'applaude.

È ben vero che studiosi insospetti di tenerezze... marxistiche, quali ad esempio il D'Aguanno, ammettono che il diritto è il prodotto ultimo della complessa dinamica sociale (2). E già vedemmo analoghe opinioni di maestri di diritto quali il Laurent e l'Jhering. Ma tali fatti così lampanti non hanno ancora trovato purtroppo il dovuto riconoscimento unanime.

La deificazione del potere sociale è poi voluta oggidì, non più dai rivoluzionarî in nome dell'innovazione, ma dai socialisti di Stato per conto della conservazione. Ora, quei primi stan a quest'ultimi come i tragici ai *clowns*,

(1) Ahrens. - l. c. v. II. p. 163.
(2) D' Aguanno. - l. c. - p. 307.

la loro comune assisa è però sempre il dispotismo giacobino.

§. 30. — E veniamo a criticare la scuola storica, per quel tanto che riguarda il nostro argomento. Per essa e per gli altri scrittori che le abbiamo fatto seguire, il diritto in genere e quello successorio in ispecie, nascono dallo spirito del popolo, in un dato momento storico, non da principi eterni. L'importantissima scuola storica, che vanta di fronte alla Scienza Giuridica dei meriti incontestabili, merita pure delle critiche.

Essa si fece strumento di reazione contro le volute codificazioni, stando attaccata al passato e considerando come tipico il Diritto Romano (1).

E se ebbe il vanto indubbio di richiamare alla considerazione storica i giuristi, pure si fermò alla superficie; essa non vide che la storia si materia di fatti e di rapporti economici, di lotte e di trionfi di classi, e quella assommò invece in un preteso spirito nazionale, che, inteso non come lo spirito della classe dominante, si rivela un'astrazione filosofica (2); obliò che le stesse sottocostruzioni economiche generano analoghe sovrastrutture giuridiche in popoli diversi per razza e per altro (3); non tenne conto della gerarchia di classi

(1) GROPPALI. - l. c. p. 188.

(2) PANUNZIO. - l. c. p. 217, 318.

(3) « *Se il diritto è la sanzione accordata dalla società — o dalla stessa classe dominante — ai rapporti economici, s'intende tosto ch'esso deve essere nulla più che il necessario riflesso di quei rapporti medesimi e seguirne docilmente le successive trasformazioni. Ora da questo semplice fatto deriva che la dottrina di Savigny e della scuola storica, secondo la quale il diritto sarebbe un prodotto della coscienza nazionale, od un risultato della razza,*

esistente nella società, che anche nel dettare la norma giuridica non si rivela un tutto omogeneo (1); ed ancor meno scorse la tenace lotta per la conquista del diritto, illusa com' era quella scuola e credente fatalistica nella potenza automatica della coscienza nazionale, conservatrice e determinatrice del diritto (2).

---

o del costume di un popolo, è compiutamente fallace; che le razze e le nazioni più disparate debbono soggiacere ad uno stesso diritto, quando sono eguali i rapporti economici in esse dominanti e che una stessa nazione dee subire una mutazione radicale del proprio diritto, quando l' accrescersi della popolazione [?] n' abbia radicalmente trasformata la costituzione economica » LORIA. - l. c. p. 114.

(1) Il Menger si chiede in proposito, come si possa asserire che un dato regolamento di diritto privato deriva dallo spirito di tutta una nazione, allorchè questo qualsiasi regolamento stesso esclude per sempre dalla maggior parte degli utili e dei vantaggi nove decimi dei cittadini! E, collimando coll' asserto marxistico, conclude il Menger, che gli odierni sistemi di diritto sono il portato di classi favorite, che si imposero alle classi non abbienti, mediante una lotta che ebbe a durare molti secoli. - MENGER. - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 7, 8, 11.

(2) E' l' accusa fatta alla scuola storica dallo Jhering, che oppone la ben nota tesi secondo la quale: « *la vita del diritto è una lotta, lotta dei popoli, dello Stato, delle classi, degli individui* » JHERING. - La lutte, ecc. p. 11, 1. — V' è chi vuol far scendere dallo Jhering il pensiero mengeriano. - Prof. L. RATTI. - L'opera di Antonio Menger, in: "*Avanti!*,, An. X. - n. 3037. - Roma. - 13 febbr. 1906. — Il fondo della teoria dello Jhering è giusto perciò che si riferisce alla conquista del diritto, ma nell'animo dell' A. tale lotta è intesa come una difesa del diritto acquisito contro l' illegalità, che, a dir vero, se può venire talvolta da tirannia, tal' altra può anche essere rivendicazione. Così intesa tale dottrina dalle apparenze realistiche, rivoluzionarie può condurre ad un conservatorismo giuridico cinese, e conduce di fatto l'A. ad elevare quasi ad altezza di culto il diritto, che è l' istituto

Il Panunzio vede nella scuola storica, che sventolava il concetto dello spirito del popolo, un grado intermedio di quella corrente di pensiero che da Vico, attraverso ai cultori della *Völkerpsychologie*, giunge agli attuali positivisti, che danno una genesi psicologica al diritto (1). Il merito non sarebbe trascurabile.

Noi pure crediamo che gli studî psicologici dell'economia e del diritto non abbiano a mettersi in antitesi colla concezione storico-materialistica del diritto. Come avevan intuito precedenti filosofi e più recisamente affermò il Marx, il diritto inteso in senso obbiettivo, abbracciante cioè tanto la legge positiva, quanto il regolamento, la giurisprudenza e la dottrina dominanti, non è nel suo complesso, altro che la veste che ricopre e lo scudo che salvaguarda gli interessi economico-sociali d'una classe trionfante. Questa è la base sociale del diritto. Ma esso si rivela e si afferma attraverso all'animo ed al fatto dell'uomo: donde un congiungersi ed intrecciarsi, reagendo l'un sull'altro, dell'elemento storico coll'elemento psicologico nella genesi del diritto. Donde anche la necessità di una indagine che tenga conto dei due aspetti formativi ed integranti del diritto, per denudarne la vera origine. E come l'economia critica marxistica resiste all'economia edonistica e con questa si rafforza, così la concezione materialistica del diritto si rinvigorisce per le ricerche psicologiche, che le danno un nuovo soffio di vita.

La tendenza ad integrare le varie concezioni giuridiche non è nuova. Già il Carle aveva fatto dei tenta-

---

conservatore per eccellenza, come vedremo, e a dargli un carattere ideale lungi dalla sua base realistica. - JHERING. - La lutte, ecc. p. 16, 57, 60, 21 e seg. 46 e seg. 54, 74, 81, 83, 86.

(1) PANUNZIO. - l. c. p. 217, 218.

tivi col suo metodo storico-comparativo (1) che è eclettico (2), ma non giunse forse a vedere l'influenza decisiva delle classi nella formazione del diritto positivo.

Il Panunzio nel suo lavoro di fresca pubblicazione, sulle tracce del Sorel, accenna in conferma della conciliabilità della teoria psicologica colla materialistica, al formarsi di una nuova idealità giuridica entro il sindacato di mestiere (3).

---

(1) « *L' affermazione della scuola positiva, che considera il diritto come il prodotto naturale della evoluzione di un popolo (Spencer) quella della scuola storica che lo ritiene come l' espressione della coscienza sociale in un' epoca determinata (Savigny) e quella infine della scuola ideale, che lo riguarda come una nozione astratta, che viene esplicandosi dialetticamente in tutte le conseguenze di cui può essere capace (Hegel), quando fossero considerate l'una disgiuntamente dall'altra, sarebbero tutte incomplete. Riguardate invece queste varie nozioni del diritto, in quanto si integrano, si compiono e si intrecciano a vicenda, sono altrettanti aspetti d' un unico diritto; il quale sotto un aspetto è un organismo che lentamente e gradatamente si evolve; sotto un altro è l'espressione della coscienza giuridica dei vari popoli, che si incivilisce mediante il ravvicinamento che si opera fra essi; e sotto un terzo infine è un complesso di conseguenze, che si vengono deducendo dalla grande idea del giusto, che sempre progredisce per opera dell' intelligenza dell'uomo. Anche nel diritto pertanto l'osservazione positiva e paziente dei fatti, la comparazione storica delle varie leggi e l'astrazione ideale si servono a vicenda di controprova; cosicchè quella convinzione che mal potrebbe scaturire da uno di questi metodi soltanto, sgorga inevitabile dalla coordinazione di tutti* » CARLE. - La vita, ecc. p. 449, 463, 466. — Abbondano però ancora le illusioni e difetta la veduta realistica che indaga la storia con tutte le risorse scientifiche.

(2) LORIA. - l. c. p. 161 n. 1.

(3) PANUNZIO. - l. c. p. 208 e seg.

Come abbiam già accennato, ed esplicheremo meglio fra poco, noi crediamo che l'indagine psicologica della natura umana socievole spieghi come nell'individuo influenzato dai bisogni suoi e del nucleo sociale qualunque in cui vive, sorga l'idealità giuridica eppoi la consuetudine giuridica, che è già una regola, meno coercitiva del vero diritto, per la soddisfazione in seno a quel dato gruppo di certi bisogni umani.

Questa è ricerca generica e perciò, fino ad un certo punto, astratta. La ricerca specifica storico-materialistica, spiega come attraverso a lotte di classi ed al prevalere d'una classe determinata, il diritto subbiettivo, consuetudinario, si faccia norma obbiettiva.

Entro questi limiti noi ammettiamo la conciliazione delle due scuole. Quando però la scuola psicologica crede che i suoi studî astratti sulla formazione del diritto subbiettivo siano direttamente applicabili alla società intesa come un tutto e non nella sua articolazione, ciò che è astrazione valida nella scienza, non nella pratica, e valgano a spiegare un diritto obbiettivo *sociale,* non di classe, s'illude a partito e per parte sua la scuola storico-materialistica non potrebbe aderire a tutto ciò, senza rinnegare sè stessa.

§ 31. — Tornando da queste digressioni elucidative, al nostro procedimento critico, ci troviamo in fine di fronte alle scuole eclettiche, che ritengono il diritto ereditario, per così dire, nella sua sostanza di natura e nella sua forma di diritto positivo. Non rifaremo le critiche avanzate partitamente all'una ed all'altra concezione separatamente. Vedremo che il diritto ereditario, non è sempre esistito, nella sua accezione moderna e scientifica. Quando non si volessero ridurre gli istituti successorî alla legge invero troppo generica della conser-

vazione della materia — ciò che ci farebbe passare dal campo della Scienza Giuridica a quello della Fisica — o non si volessero semplificare nei loro fondamentali presupposti psicologici della natura umana socievole, ecc. i quali spieghino la proprietà in genere e la sua trasmissione *mortis causa* — ciò che ci ricondurrebbe alla preliminare Filosofia del Diritto — quegli istituti si devono ritenere formazioni storiche, la cui vera naturalità o necessità è completamente istorica, è insomma inerente a specifici rapporti di produzione (legge di causalità). Tale storicità quindi non si spiega col solo diritto positivo o colla costituzione politica: istituti che han bisogno essi pure di venir esplicati. Troppo comodo sarebbe lo spiegare una parte del sistema giuridico (nel caso nostro il diritto ereditario) riferendolo semplicemente all'intero (costituzione politica); chiarire il diritto positivo col diritto positivo istesso! Che ci starebbe a fare allora la Filosofia del Diritto? Un bel nulla! E quanto avrebbe avuto ragione in questo senso il Marx, imitato ora, con creduto sapore di novità, da qualche pragmatista, di proclamare la fine d'ogni Filosofia.

L'istessa costituzione politica, l'istesso sistema generale di diritto di un popolo, sono estrinsecazioni non dubbie dei rapporti di produzione e di convivenza degli uomini. Son proprio questi speciali rapporti che determinano nell'individuo membro di un nucleo sociale, di una classe delle idealità giuridiche (ci si permetta la frase allegorica) idealità, che per opera di questa classe e mediante l'imitazione, la ripetizione, ecc. si fanno dapprima norma consueta (consuetudine) eppoi norma obbiettiva, coattiva (vale a dire, diritto positivo nel lato senso della parola, che vale per diritto dominante), quando quella classe che vi era interessata ha conse-

guito il dominio sulle altre ed ha fissato a proprio tornaconto istituzioni sociali ed ideologie a queste connesse.

Ecco in breve riassunto il nostro pensiero sulla genesi intrinseca ed estrinseca del diritto nella sua generalità e quindi anche nella specie della successione.

Ed ora che abbiamo sbarazzato il campo dalla esposizione e dalla critica delle concezioni dottrinali invalenti in tema di diritto successorio, passiamo al più completo svolgimento del nostro pensiero già digrossato, ed alla sua voluta riconferma storica.

PARTE SECONDA.

IL CONCETTO MATERIALISTICO DELLA STORIA ED IL DIRITTO EREDITARIO.

CAPITOLO I. — *L'odierna applicazione del concetto materialistico della storia alla trasmissione dei beni* mortis causa. — § 32 - Le ricerche psicologiche sulla genesi del diritto. — § 33 - Come le ricerche storico-realistiche si devono integrare con quelle psicologiche nell'indagine che facciamo. — § 34 - Il lento svolgersi delle nuove vedute. — § 35 - Per la storia della dottrina: sviluppo del concetto realistico della storia: Marx. — § 36 - Lassalle. — § 37 - Loria. — § 38 - Menger. — § 39 - Engels, Ant. Labriola, Sorel, Art. Labriola, Leone. L'indagine psicologica integratrice. — § 40 - Il lento aprirsi dei nuovi orizzonti.

§ 32. — È precetto scientifico di generica filosofia e riconosciuto da Vico in poi, che l'indole delle cose si spieghi per gran parte dal loro generarsi. Onde noi, che, per la comprensione della natura del diritto ereditario, crediamo di doverci rifare all'indagine del diritto in genere, di quest'ultimo affrontiamo subito il complicatissimo problema genetico.

Qual'è la genesi del diritto? Questa ricerca tiene per importanza, nella Filosofia Giuridica, il posto tenuto dall'indagine sul valore nella Scienza Economica. Crediamo troppo discosto dall'argomento nostro il fare uno studio del supposto uomo giuridico, come si è tentato di fare per l'uomo economico e morale. Troppo forse si scompone l'unità dell'essere e dell'agire umano. Ci basti ricordare che se l'uomo economico è quello puramente in balìa del sentimento edonistico, l'uomo morale è quello dominato da puro spirito filantropico, e l'uomo religioso è quello che tutto riferisce a vedute superterrene, trasumane: l'uomo giuridico dovrebbe già più largamente concepirsi come quell'uomo che pretende la soddisfazione di un determinato grado (voluto da condizioni storiche) di sentimento, di bisogno edonistico,

morale, religioso, ecc. Qui poi ci importa ancor più notare che noi non potremo mai concepire scientificamente, come pure fu tentato dai giusnaturalisti, l'uomo non sociale. Si entra già nel campo infrenato dell'astrazione, allorchè si indaga l'uomo socievole a sè e peggio se lo considera in preda ad un solo sentimento: il voler concepire l'uomo extrasociale è quanto meno fare una astrazione dell'astrazione.

Facendo ricorso alle più elementari cognizioni di Psicologia, troviamo che la fonte del diritto, come d'ogni attività umana esteriore ed interna, sta nella natura socievole-edonistica dell'uomo. Il dato più elementare della coscienza, osserva l'Orestano, è l'interesse nel senso più comprensivo della parola. Come è posto in evidenza anche dal Naumann, ad ogni istante noi risolviamo dei problemi di valore, di valutazione e facciamo ciò che nel momento della comparazione ci appare più promettente di piacere. Anzi pensa l'Orestano, che la scelta avvenga non in base alla legge astratta del maggior piacere futuro, ma seguendo la pressione effettiva del maggior interesse psichico ed organico del momento. Così tutti i comandi delle massime morali, del costume e del diritto provengono da valutazioni della condotta o delle tendenze della condotta umana, valutazioni compiute concordemente dai membri di una sfera sociale più grande e che influiscono verso date direzioni e mediante caratteristici fenomeni concomitanti sulla condotta, nell'ambito di quella sfera sociale stessa (1).

Passando dal lato soggettivo a quello obbiettivo del fenomeno giuridico, noi vediamo come l'atto umano fisiologico, sessuale, morale, religioso, ecc., economico

(1) Francesco Orestano. - I valori umani. - Torino - 1907 - p. 143, 88, 148.

specialmente, che forma quasi sempre l'aspetto materiale dei precedenti, si fanno atto giuridico (1). L'atto economico nella sua più semplice espressione è uno scambio di utilità fra l'uomo e la natura esteriore e gli altri uomini. L'atto giuridico è sempre un rapporto fra uomo e uomo avente per obietto una cosa, ed è una regola riconosciuta per la soddisfazione di umani bisogni in seno ad un dato gruppo sociale (2). Nell' atto economico

(1) « *Ogni rapporto economico implica nel tempo stesso un rapporto giuridico e l'attività economica richiede l'ausilio del diritto* (Rechtshülfe). *Ogni istituto economico è ad un tempo istituto di diritto; l'ordinamento economico è in massima parte ordinamento giuridico. La storia dell'economia è in parte anche la storia del diritto. Le condizioni economiche, i legittimi bisogni ed interessi economici determinano direttamente il contenuto positivo della parte a gran pezza maggiore del diritto privato, ma anche determinano in larga misura il diritto pubblico... Ai progressi economici corrispondono anche progressi nel diritto* (*ordinamento della proprietà, diritto successorio, tutela del diritto, diritto punitivo*) » Gustavo Schönberg. - La economia sociale. - l. c. p. 27, 53. — « *Lo svolgimento dei fatti precede sempre quello delle leggi* » Prospero Ascoli. - Corso di Diritto Marittimo professato alla Scuola Sup. di Comm. in Venezia - dispense litogr. - 1899-90 - p. 18.

(2) « *Il diritto è un rapporto fra gli uomini. Un diritto immediato fra l'uomo e la cosa non esiste. Il diritto è solo uno stato di fatto che può farsi valere* adversus omnes » Arturo Labriola - La teoria del valore di C. Marx - Milano - 1899 - p. 108, 127 n. 20. — Lo Stammler ammette che vi sia fra economia e diritto un rapporto di sostanza a forma. - Loria - l. c. - p. 468. — A prescindere dal fatto innegabile che molte volte l'elemento economico è solo mediato nel diritto, risulterebbe di fatto fra elemento economico ed elemento giuridico, un tutto inscindibile poichè non è concepibile nella realtà una sostanza senza forma e viceversa. L'illusione del dualismo fu scoperta già da Locke e dovrebbe essere dissipata. Ma tale chiarimento, fatto per

l'uomo tende a realizzare il principio edonistico del massimo risultato col minimo sforzo. Nell'atto giuridico in genere si può trovare un principio di maggior socialità, ma la base è anche di esso edonistica. Nell'atto economico si ha una commutazione astrattamente riducibile, almeno come tendenza all'equazione di valori: $a = b$, che è la formula dell'eguaglianza empirica relativa; l'eguaglianza assoluta o identità sarebbe $a = a$. Anche al fondo dell'atto giuridico sta questo rapporto di valori che si estrinseca come rapporto di pretensione e d'obbligo giusta l'espressione felice del filosofo tranese, pel quale anche, la bilateralità è la dialettica dei contratti (1). Pretensione ed obbligo, fra uomini d'un determinato tempo, alla soddisfazione di una certa misura di bisogni umani. Sotto questo aspetto ogni nostro atto giuridico è un contratto tacito che s'inspira al principio della reciprocità (2). Ma si badi, qui non alludiamo

---

l'esattezza, non nega il fondo di vero che sta nel raffronto, quando non sia preso alla lettera. Chè non è pensabile un diritto quale forma priva di contenuto.

(1) Bovio. - La filosof. del Dir. - p. 217, 395, 415.

(2) « *Tuttodì si contratta, in ogni paese si contratta, da ogni uomo si fanno contratti* » Giorgio Giorgi. - Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano - 6ª ediz. - Firenze - 1903 - v. IIIº p. 17. Ripudiando il principio della sociabilità o patto sociale (Grozio, Puffendorf, Burlamaqui) quello dell'occupazione o del possesso e della tradizione (Hegel, Kant, Wurth) dell'abbandono della libertà per parte del promittente (Krug) dell'interesse (Bentham) della morale e dell'interesse (Ahrens), del *neminem laedere* (Rosmini), il Giorgi accetta quello della veridicità (Vico, Fries, Belime, Tissot) come fondamento del vincolo contrattuale. - Id. - id. p. 20 e seg.

« *Per l'importanza storica, la compravendita sta a capo di tutti i contratti nel diritto commerciale che ad essa deve gran parte della*

a quella reciprocanza di consenso che fa d'uopo per dar vita ad ogni obbligazione contrattuale (1), bensì, mettendoci da un punto di vista più lato, che abbraccia ogni diritto e trascende quello strettamente contrattuale, alludiamo alla reciprocità che dovrebbe avverarsi in ogni diritto fra la pretesa e l'onere. Nell'ordine giuridico in particolare, siccome in generale nell'ordine di tutte le cose mondane, scrive il Giorgi, ogni fenomeno ha la sua causa efficiente (2). Vale insomma quella che il Bovio chiama la legge di causalità. Legge assai generica, poichè ad essa s' inspira ogni atto umano. Persino l'atto religioso, secondo il Loria (3). Senza questo impulso l'azione umana perderebbe ogni suo scopo e l'agente giuridico procederebbe secondo il verso dantesco:

Come uom che va, nè sa dove riesca (4)

Ed è proprio nel campo giuridico che noi potremmo ridurre tutti gli atti ai principî fondamentali del *do ut des*, *facio ut facias* e relative combinazioni. Persino i diritti pubblici, ove il tributo fa riscontro alla tutela, alla concessione, cadono sotto tale norma. Così nel diritto privato la donazione (5) e come meglio vedremo il testamento. Qualche volta però è duopo risalire alle origini

---

sua teoria generale... La compravendita è divenuta il contratto tipico del presente ordinamento economico » CESARE VIVANTE. - Trattato di Diritto Commerciale. - v. III° - Torino - 1899 - p. 104, 105.

(1) GIORGI. - l. c. p. 135.

(2) ID. - id. - p. 1.

(3) LORIA - l. c. p. 39 e seg.

(4) DANTE. - Divina Commedia - Purgatorio - Canto II° - verso 132.

(5) A questo proposito il Giorgi riassume la disputa dottrinale. - GIORGI. - l. c. p. 13 e seg. — Erroneamente si dicono unilaterali certi contratti come il pegno, che invece è accessorio

dell'istituto giuridico per trovare tali basi, perchè spesso circostanze perturbatrici, azioni e reazioni della complessa vita sociale, si son venute sovrapponendo al puro schema primitivo sformandolo.

Non pare ne convenga il Sorel, il quale parla acutamente del resto, come sempre, di quella ch'egli chiama l'*échelle de la volonté*. Pel capo teorico delle odierne scuole sindacalistiche, sotto gli schemi ideologici relativi all' evoluzione, per cui si passerebbe dall' autorità alla libertà, dal sistema famigliare a quello contrattuale, dal costume al contratto, dalla benevolenza all' interesse, starebbe una legge storica (1). Il vero ci sembra che il diritto si manifesti nella sua purezza bilaterale là dove non si hanno le influenze della diversità e prevalenza di classe nel diritto: ciò che si può verificare tanto nel caso di una società senza classi, quanto (e qui solo pel diritto che regola i rapporti fra dominanti), in quello di una società in cui una sola classe abbia il diritto e le altre siano per gran parte, se non del tutto, escluse dalla vita giuridica (Roma). E ciò può essere anche una tendenza evolutiva, come opina il Sorel, se è tendenza evolutiva la progrediente eguaglianza fra le classi, e se l'avvenire è, come in gran parte crediamo anche noi, per le dottrine neo-contrattualistiche, che partendo dal motto di Summer-Maine *(a movement from status to contract)* (2) tendono a dare innegabilmente un valore sociale maggiore all'individuo. Un tale individualismo, cioè un movimento che mira a dare nel campo giuridico uno sviluppo non

---

di una obbligazione principale, della quale serve di garanzia. - VIVANTE. - Tratt. cit. p. 227, 223.

(1) G. SOREL. - Introduction à l'économie moderne - Paris - 1903 - da p. 315 a p. 318.

(2) D' AGUANNO. - l. c. p. 143 e seg.

limitato nè soperchiante a tutti gli individui ed alle loro facoltà autonome, lungi dallo spaventarci, ci appare veramente nell' indole dello sviluppo storico-sociale.

E veniamo a riaffermare con prove storiche il nostro asserto. Gli è a Roma, dove il diritto se non trasse i natali, certo primariamente si svolse, che meglio si discerne la sua base bilaterale. Colà, come fu rilevato dal Carle, ogni rapporto giuridico si mostra un rapporto rigoroso e quasi matematico di mio e di tuo. Forse la filosofia di Pitagora, poggiantesi sul numero, non era tanto una causa, come sembra credere il Carle, quanto un effetto. Gli Egizî sorvegliando le piene del Nilo divennero astronomi. I Romani dividendo le terre conquistate si fecero giuristi.

A Roma si ebbe praticamente il concetto della vera eguaglianza dello scambio, che sta a base del rapporto giuridico, poichè nella sintesi primitiva del diritto quiritario, tutto ciò che si riferisce al *commercium*, negozio essenzialmente proprio dei quiriti, appare sotto la forma dell' atto *per aes et libram (omne quod geritur per aes et libram)* in cui si ravvisa un carattere di matematica precisione ed esattezza. Tale atto in origine vien certo dalla necessità di pesare l' *aes rude*, non avendosi ancora l' *aes siguatum*. Ma quando i *veteres juris conditores* lo introdussero nel *jus quiritium*, fu simbolo di quella giustizia che Aristotile chiamò commutativa. La bilancia ne è restata il ricordo espressivo. Con tale atto sintetico esprimevasi lo scambio ed il trapasso, la contrattazione fra quiriti *vitae et mortis causa*. È solo col tempo che si differenziano: il *nexum* da cui scaturì la teoria delle obbligazioni; il *mancipium* da cui derivò quella dell'alienazione e della trasmissione del dominio e dei diritti reali inchiusi nel medesimo; ed il *testamentum* dal quale derivò tutta la teoria della libera disposizione delle proprie cose per causa di morte.

Il *jus quiritium*, nella sua sintesi potente, nella sua nudità originaria, potremmo dire, ravvisò quindi uno scambio ed una trasmissione con corrispettivo tanto nel contratto che è fonte d'obbligazioni, quanto nel trasferimento della proprietà, quanto anche nel testamento, mediante cui l'erede vien in certo modo a continuare la personalità giuridica del proprio autore; ciò che importa oneri materiali al primo, venendo ad essere obbligato alla continuazione dei *sacra*. Lo stesso Lassalle, suscitando l'ironia dell'Engels, riconnetteva l'origine del testamento al culto degli dei mani, come discetteremo in tema di Diritto Romano. Del resto, ricorda ancora il Carle, che Giustiniano continuò a ritenere il testamento come un negozio che interviene fra il testatore e l'erede (1).

La precedente ricerca, a carattere prevalentemente psicologico, riconduce i negozî giuridici ai suoi fondamentali principî, riscontrati nella natura sociale-edonistica dell'uomo; ed ha il merito di sfasciare le capricciose astrazioni dei giuristi che traggono la genesi del Diritto dagli spazî aerei della giustizia pura, della ragione, dello spirito del popolo, del sentimento giuridico nazionale (2) del diritto di natura o da quelli più limitati della legge, molto al disopra ed all'infuori del bisogno, dell'interesse e dello scambio — ma essa pure è una delle

(1) Carle. - Le origini, ecc. p. VII, VIII, 471, 472, 473, 513, 599, 600. — Tale questione, cioè se il testamento sia o meno un contratto nei rapporti dell'odierno diritto è discussa e risolta in senso affermativo dal Cimbali, in: "*Filangieri*" anno IX. n. 1 p. 265; e contrariamente dal Giorgi. - l. c. p. 16 e seg.

(2) Jhering. - La lutte, ecc. p. 48, 97. - Altrove l'A. dice che il focolare del diritto (in senso subbiettivo) è l'interesse. - Id. - l. c. p. 45.

tante astrazioni scientifiche di Filosofia del Diritto, la quale se arreca vantaggi ad indagini generiche, poco ci giova all' apprezzamento degli istituti vigenti del diritto ed alla risoluzione di problemi giuridici pratici.

Perchè il diritto, che nasce dalla natura sociale-edonistica umana, si fa norma obbiettiva, coattiva? Perchè nel corso della storia certi diritti che sarebbero a dirsi elementari non trovano riconoscimento? Perchè s' hanno diritti sulle cose senza prestazione (occupazione, proprietà privata, ecc.)? Perchè vi son obblighi giuridici senza corrispettivo? Perchè in certi negozi non si ha l' eguaglianza delle reciproche prestazioni (contratto di lavoro, che sta a base dell' odierna società capitalistica)? Perchè insomma il diritto obbiettivo, positivo, coattivo nega così spesso le ragioni della Filosofia Giuridica?

A tutte queste domande la pura indagine psicologica non saprebbe rispondere che parzialmente. Essa ha bisogno d' una ricerca integratrice.

§ 33. — Ecco come l' indagine psicologica e l' indagine storico-realistica si dispongono insieme per chiarire la genesi del diritto: vuoi come attività individuale, vuoi come fatto sociale, storico.

La vita del diritto, scriveva il Carle, è un aspetto della vita sociale e quindi essa mentre da una parte deve di necessità prendere le mosse dall' individuo e riflettere le facoltà costitutive di esso, deve dall'altra trovare esplicazione e compimento nella società umana (1). È in sostanza il concetto nostro; se non che noi crediamo di conseguire maggior precisione non parlando soltanto d' individuo e di società in genere, ma spe-

(1) Carle. - La vita, ecc. p. XVII, XXXIV.

cializzando meglio, col porre in risalto che si tratta d'un individuo socievole e che il nucleo storico concreto non è la società, bensì la classe.

Il connubio delle due indagini sopra considerate risulta fecondo. E non ci sentiam degradati d'esserne stati i paraninfi!

Poichè si vede, che la norma giuridica, la quale avvolge, garantisce e regola l'atto fisiologico, morale, economico, ecc. si afferma dapprincipio e si sviluppa in seno ad un nucleo formato da individui aventi una sola funzione economica e medesimi interessi immediati, vale a dire in seno alla classe della quale l'agente giuridico fa parte. Ciò a prescindere da quella forma imperfetta di diritto, di regola della vita in comune, che nasce non appena s'uniscono in qualsiasi modo più persone.

Non è qui luogo di scendere a maggiori particolarità circa la determinazione del concetto di classe, che pure è fondamentale per la nostra generica concezione filosofico-giuridica. Per ciò che attiene all'epoca presente, ci basta riferirci in via paradigmatica al cenno del Marx (1) ed agli svolgimenti personali che poi ha fatto il Loria (2): non senza avvertire che noi più ci accordiamo col primo, nel prendere come norma di distinzione le varie funzioni produttive. Ed è questo il miglior posto per fare un cenno della concezione sociologica del Gumplowicz, la quale ci sembra in sostanza accordarsi con quella marxistica. Il Gumplowicz invece di parlare di classi in lotta fra di loro, sostiene che il contrasto è fra gruppi etnici. A chi indaghi l'origine storica delle classi sociali, apparirà evidente, come esse siano

(1) Marx. - Das Kapital - Dritt. B. - zw. Th. zweiundfünfzigstes Kapitel. p. 421 e seg.

(2) Loria. - l. c. p. 211 e seg. 217, 243.

formate da diversi gruppi etnici. Le ricerche odierne del Niceforo sembrerebbero comprovare la permanenza dei tipi e delle diversità. Le classi soggette sono antiche orde di vinti, di soggiogati. Le classi dominanti son popolazioni vincitrici (1). Lo sviluppo economico ha però sovrapposto a questa distinzione di razza un'altra divisione fondata sul potere economico e quindi sulla posizione sociale degli individui.

Ora è in seno alla classe che l'atto giuridico individuale, quel modo normale cioè di soddisfare dati bisogni fra gli uomini, non ancora diritto, si trova di fronte ad atti similari e si svolge ad idealità giuridica dell'intero nucleo.

Si sa che ogni classe ha una speciale psicologia, proveniente da speciali interessi proprî, ed ha quindi uno speciale modo d'apprezzare e di sentire i diversi fenomeni sociali. Ciò vale anche pel diritto. Diverso sarà per ogni classe il senso giuridico e vario il modo d'apprezzare gli stessi atti, e negozî ed istituti giuridici od antigiuridici (2).

---

(1) Basterebbe ricordare la storia dei conflitti e delle sovrapposizioni di popoli allo sfasciarsi dell'Impero Romano. Dai popoli dominanti s'originarono le classi dominanti, dai vinti le classi soggette. Salvo poi ad essere sempre la condizione economica che faceva passare l'individuo dall'una all'altra classe. Come si vedrà meglio a § 58.

(2) Ciò fu intuito dal Lechy. - CARLE. - La vita, ecc. p. 10, 11. — Lo comprese anche lo JHERING. - La lutte, ecc. p. 32, 39. — Il Labriola poi ne fa cenno per le teorie economiche del valore. - ART. LABRIOLA. - La teor. del val. p. 160. - Ed altrove per altre categorie economiche, quali il profitto, ecc. - ART. LABRIOLA. - Sul momento attuale della Scienza Economica, in: "*Pagine Libere*,, a. I n. 1 - Lugano - 15 Dicembre 1906. p. 5 e seg.

Man mano che si sviluppano la vita economica e l'importanza sociale di quel determinato gruppo, l'idealità giuridica tende a farsi mediante il processo dell'imitazione e della ripetizione, norma giuridica volontaria, consueta (consuetudine), la quale deve subire successivamente le influenze della lotta che quella classe conduce contro le altre.

Se queste ricerche senza dubbio feconde trovassero degli appassionati cultori, si potrebbe presto parlare a buon diritto di una "*Psicologia delle classi sociali*" la quale allargasse quella tendenza dottrinale realistica per la quale il Niceforo ha raccolto or non è molto i primi elementi di una "*Antropologia delle classi povere*". In questo senso crediamo che a ragione il Faggi additi l'indagine psicologica come base sicura da darsi alla Filosofia del Diritto e affermi che il punto di partenza dai dati della psicologia sia tendenza apparsa fin dai tempi di Vico, e metodo oggimai affermatosi e seguito nelle scienze morali, sociali e politiche (1).

Or, quando questa classe ha sviluppato le proprie forze economiche e le proprie capacità tecniche, in modo da poter attuare una produzione della vita materiale più economica (in base alle leggi del valore), di quella dominante e da poter anche realizzare nuovi valori morali, sociali, ecc. essa s'impossessa, non importa in che modo ed in quanto tempo, delle fonti della vita materiale ed attua gli esercizî più acconci di produzione, afferra il potere politico e fissa quei modi di convivenza voluti dai nuovi rapporti economici ed a sè più convenienti. Chè non v'è pensatore equanime il quale non

(1) A. Faggi. - Principî di Psicologia Moderna - Palermo - 1907. p. 11.

abbia constatato in tutti i tempi un uso simigliante del potere fatto da chi riesce a detenerlo (1).

Ed è il diritto uno dei mezzi d'affermazione di difesa e di conservazione della classe trionfante. Soprattutto di conservazione, poichè è concorde la dottrina nell' ammettere che il diritto in genere (2) e quello

(1) Già il Filangieri intuiva che le leggi per essere efficaci dovevano « *nascere dal bisogno* » GAETANO FILANGIERI. - La Scienza della Legislazione. - Milano - MDCCLXXXIV. p. 85 — « *Dans le fait, les lois sont toujours utiles à ceux qui possèdent, et nuisibles à ceux qui n' ont rien* » ROUSSEAU. - Du contr soc. - Livr. Prem. - chap. IX. nota. — « *La maggior parte delle leggi non son che privilegi, cioè un tributo di tutti al comodo di alcuni pochi* » CESARE BECCARIA. - Dei delitti e delle pene. - Milano - 1884. p. 102. — « *Civil government, so far as it is instituted for the security of property, is in reality instituted for the defence of the rich against the poor, or of those who have some property against those who have none at all* » ADAM SMITH. - The wealth of nations - ed. E. B. BAX - London - 1901 - vol. II - bk V - ch. I. p. 233. — « *Tutte le leggi, tutte le riforme, eziandio quelle in apparenza popolari, favoriscono solamente la classe ricca e culta, imperrocchè le istituzioni sociali, per loro natura, volgono tutte in suo vantaggio* » CARLO PISACANE. - Saggi storici, politici, militari. - Milano - 1860 - v. III. p. 157. — « *La massima che chiunque ha nelle mani il potere politico costantemente se ne serve a proprio vantaggio, è stampata a lettere di sangue in ogni pagina della storia, in tutte le legislazioni del mondo* » Tale é l' opinione del Vaccaro, che s' appoggia al Passy. - VACCARO, - l. c. p. 272, 371, 374, 375, 378, 380, 382,

(2) « *Il diritto positivo di un dato momento* - dice l' Ardigò - *è sempre in arretrato verso le idealità sociali più progredite già albeggianti nella coscienza sociale. E la evoluzione di queste idealità, che, nate si ribellano subito al diritto discordante, per riformarlo ad immagine di sè stesse, è una evoluzione che mai non cessa* » D'AGUANNO. - l. c. p. 277. — GROPPALI. - l. c. p. 119. — « *Quando*

privato (1) in ispecie è, fra le ideologie, l'ultima che si rinnova colla rinnovata sottostruttura economica.

Quella che era stata l'idealità giuridica eppoi la norma giuridica consueta della classe in lotta pel dominio, diviene, ora che la classe ha trionfato, una norma obbiettiva (2), si fa cioè materia di diritto posi-

---

le condizioni sociali hanno prodotto e maturato certo sistema civile, così che esso può ben formarsi e riflessamente costituirsi, già esse condizioni stanno per sorpassarlo, e già tosto lo sorpassano, talchè ogni sistema giuridico costituito rappresenta, in sostanza, più assai un passato e talora quanto profondamente radicato, altrettanto remoto, più assai che corrispondere appieno al movimento presente della vita e alle sue ognor avanzanti novità » ID. - id. p. 65, 24. — « *Le domaine propre du droit tout fait, est la conservation des forces existantes* » SOREL. - Introduc. ecc. p. 98.

(1) Il Miceli spiega le ragioni per le quali fra le varie specie di diritti, quello privato riveste un carattere di maggior stabilità, certezza, ecc. - VINCENZO MICELI. - La norma giuridica. - Parte Iª - Elemento formale - Palermo - 1906. p. 298 ed altrove.

(2) Noi risolviamo così implicitamente la questione che tien divisa la dottrina, circa l'essere o meno la coazione una caratteristica del diritto. Per noi diritto è veramente solo quello che una classe ha imposto, quindi ha per carattere la coattività: la norma volontaria può essere diritto *in fieri*, ma diritto vero non è. Per la letteratura in argomento: D'AGUANNO. - l. c. p. 98 e seg. — Possiamo quindi, e non senza opportunità, dare qui la definizione, che il Miceli reca della norma giuridica nel suo prezioso studio citato: « *La norma giuridica considerata nella totalità dei suoi caratteri e sotto l'aspetto suo più generale, è una norma, che regolando i rapporti indispensabili di coesistenza e di cooperazione sociale, è norma esterna, completamente obbiettivata, bilaterale, riceve esterna coazione da parte di un potere ed è ritenuta quale norma di diritto* » MICELI. - l. c. p. 8. — Anche il D'Aguanno ammette per regola la biteralità della norma giuridica. - D'AGUANNO. - l. c. p. 91.

tivo, ispiratrice della giurisprudenza (1) e della dottrina.

Questo è il processo attraverso al quale passa il diritto prima di divenir tale (2). Lo si riscontra nel sorgere delle tre specie classiche del diritto. Come nell'ambiente agricolo, militare, famigliare romano si sviluppò il Diritto Civile, così la borghesia inglese, affermantesi tra la nobiltà e la monarchia, portò a compimento il Diritto Costituzionale, e le corporazioni di mestiere, durante l'epoca dei Comuni e delle Repubbliche, svolsero quella legislazione statutaria da cui germogliò l'odierno Diritto Commerciale (3) che è il più proprio della moderna vita economica. Dal costume, alla consuetudine, al diritto: ecco come si procede sempre. E lo ammettono tutti i giuristi: da Cujaccio (4) al

(1) Mancando la disposizione positiva, i codici fissano l'analogia od il rimando ai principî generali del sistema dominante. Così p. es. il Codice Civile Italiano del 1865 all'Art. 3.

(2) Tale è in fondo il pensiero di Marx, riassunto e svolto anche da: SOREL. - Degen. cap. e deg. soc. p. 165 e seg. — MENGER. - Lo Stat. soc. p. 279. — S'intende che qui prescindiamo dallo sviluppo immanente della legislazione pratica, il quale nell'immutabilità delle parole della legge, ne muta pian piano il significato coll'interpretazione, col giudicato, ecc. - ERNESTO BERNHEIM. - La storiografia e la filosofia della storia. - trad. PAOLO BARBATI. - Milano - 1907, p. 26. - Questo è un movimento per così dire interno del diritto, che ne svolge i principî proprî e non riesce a mutarli.

(3) VIVANTE. - Tratt. cit. - v. I. p. 29.

(4) « *Quid consuetudo? Lex non scripta. Quid lex? consuetudo scripta* » CUJACCIO. - Qui la riduzione in iscritto della legge vale per la sua traduzione in diritto positivo. — Il Carle ricorda l'origine consuetudinaria di molti istituti di Diritto Civile Romano. - CARLE. - Le origini del Dir. Rom. p. 87 nota. — MENGER. - Il Dir.

Wundt (1). Si badi però, che quando s'è detto che il diritto viene dalla consuetudine o dal costume, s'è riferito solo lo sviluppo formale del diritto: ma perciò che attiene al contenuto suo ed a quello della consuetudine, nulla si è detto e nulla si direbbe, se non soccorresse il concetto del bisogno umano, dell'interesse di classe, che sta alla base della consuetudine e del diritto: è norma consueta nell'un caso, coattiva nell'altro.

Quanto abbia a durare fra gli uomini questa lotta di classi sopra descritta, è problema che non possiamo nè vogliamo in alcun modo affrontare. Dal sorgere delle classi sociali a tutt'oggi, questa lotta fu quasi la loro ragione di vita: l'avvenire immediato difficilmente cangierà gran che, quello più lontano non ce lo possiamo figurare con sicurezza in alcun modo.

Civ. e il prol. p. 4. — « *Le droit n'est que la reconnaissance officielle du fait... La legislation tant politique que civile ne fait que prononcer, verbaliser le vouloir des rapports économiques.... Les peuples ne procèdent pas par décret royal* » MARX. - La mis. de la phil. - p. 113, 118, 204. — Pel Loria: morale, diritto, potere politico, sono via via « *istituzioni connettive* » che garantiscono alla classe proprietaria il proprio dominio. - LORIA. - l. c. p. 18, 144, 105 e seg. 169, 170, 173, 473, 474. — L'origine dall'uso, che nel Diritto Romano ed in quello Canonico poteva persino derogare alla legge, è meglio riconoscibile nei diritti di recente formazione, quali il Costituzionale, ed il Commerciale e l'Internazionale ancor più. - Cod. Com. It. del 1882. Art. 1. — VIVANTE. - Tratt. cit. v. I p. 23 e seg. - Altrove rileva l'A. come soltanto nei paesi più evoluti quali l'Inghilterra, gli Stati Uniti e in parte la Svizzera, il Diritto Privato, quello Commerciale nella specie, si sia reso obbiettivo. In Italia ed altrove invece esso è ancora per buona parte subbiettivo, ciò che indica l'incompleto sviluppo economico. - ID. - id. p. 69, 70 n. 2.

(1) D'AGUANNO, - l. c. p. 137 e seg.

Occorre soggiungere però che è anche ammissibile l'ipotesi di una classe la quale, cambio di trionfare da sola, venga a compromesso con un'altra o con altre classi già con essa in lotta. Allora sarà sanzionato quel sistema giuridico, saranno fissati quegli istituti di proprietà, di famiglia, di successione, ecc. che costituiscono per così dire il comune denominatore delle diverse pretese giuridiche corrispondenti ai diversi interessi economici, sociali delle varie classi venute a transazione. Il diritto positivo correrà allora, per esprimerci con un raffronto troppo esatto, sulla risultante del parallelogrammo delle forze proprie delle diverse classi. Ben lo hanno intuito questo concetto lo Jhering (1), ed anche il Fortunato, quando afferma generalizzando forse un po' troppo, che non si ha istituto di diritto pubblico e privato che non abbia in sè le traccie incontestabili dell'esser nato dal contrasto degli interessi di classe e che non appaia quale un compromesso del vario potere degli uomini necessariamente consociati, ma non meno necessariamente in guerra fra di loro (2).

Concludiamo quindi col dire che il diritto, inteso come sistema obbiettivo di norme, esiste da quando esistono delle classi immerse in una lotta che dà la prevalenza or all'una ora all'altra (3). Già il Carle conviene che

---

(1) JHERING. - La lutte, ecc. p. 8.

(2) Citato da: FRANCESCO AVIGLIANO. - La moneta e la sua funzione limitatrice in: "*Divenire Sociale*,, - An II° N. 11 - Roma 1 Giugno 1906. p. 173.

(3) Crediamo opportuno di riprodurre qui un riassunto del concetto marxistico attorno alle genesi del diritto: riassunto dovuto all'Engels e che può servire sempre a rintuzzare certe accuse fatte, con così poca fondatezza, alla scuola marxistica, circa il suo atteggiamento di fronte ai problemi fondamentali giu-

in Roma, la culla del diritto, questo si svolge autonomo col sorgere della città e dello Stato che sono poi l'espressione culminante d'una società articolata a classi

---

ridici, pur dimostrando la schematicità propria meritevole di essere completata. « *Auf einer gewissen, sehr ursprünglichen Entwicklungsstufe der Gesellschaft stellt sich das Bedürfniss ein, die täglich wiederkehrenden Akte der Produktion, der Vertheilung und des Austausches der Produkte* [dei modi di convivenza ecc.] *unter eine gemeinsame Regel zu fassen, dafür sorgen, dass der Einzelne sich den gemeinsamen Bedingungen der Produktion und des Austausches unterwirft. Diese Regel, zuerst Sitte, wird bald* Gesetz. *Mit dem Gesetz entstehen notwendige Organe, die mit seiner Aufrechthaltuug betraut sind — die öffentliche Gewalt, der Staat. Mit der weitern gesellschaftlichen Eutwicklung bildet sich das Gesetz fort zu einer mehr oder weniger umfangreichen Gesetzgebung. Je verwickelter diese Gesetzgebung wird, desto weiter entfernt sich ihre Ausdruksweise von der, in welcher die gewöhnlichen ökonomischen Lebensbedingungen der Gesellschaft ausgedrückt werden. Sie erscheint als ein selbständiges Element, das nicht aus den ökonomischen Verhältnisse, sondern aus eignen, inneren Gründen meinetwegen aus dem " Willensbegrif ,, die Berechtigung seiner Existenz und die Begründung seiner Fortentwicklung hernimmt. Die Menschen vergessen die Abstammung ihres Rechts aus ihren ökonomischen Lebensbedingungen, wie sie ihre eigne Abstammung aus dem Tierreich vergessen haben. Mit der Fortbidlung der Gesetzgebung zu einem verwickelten, umfangreichen Ganzen, tritt die Nottwendigkeit einer neuen gesellschaftlichen Arbeitstheilung hervor: es bildet sich ein Stand berufsmässiger Rechtsgelehrten, und mit diesen entsteht die Rechtswissenschaft. Diese vergleicht in ihrer weitern Entwicklung die Rechtssysteme verschiedner Völker und verschiedner Zeiten mit einander, nicht als Abdrücke der jedesmaligen ökonomischen Verhältnisse, sondern als Systeme, die ihre Begründung in sish selbst finden. Die Vergleichung setzt Gemeinsames voraus: dieses findet sich, indem die Juristen das mehr oder weniger Gemeinschaftliche aller*

e che il diritto istesso nel più lato senso è il risultato delle lotte e dei conflitti fra gl' individui, le famiglie, le città, gli Stati (1). La norma di vita giuridica che si sviluppa spontanea in seno alla classe, al gruppo sociale avente omogeneità di interessi e che noi chia-

---

dieser Rechtssysteme als Naturrecht *zusammenstellen. Der Massstab aber, an dem gemessen wird, was Naturrecht ist und nicht, ist eben der abstrakteste Ausdruck des Rechts selbst: die* Gerechtigkeit. *Von jetzt an ist also die Entwicklung des Rechts für die Juristen und die, die ihnen auf's Wort glauben nur noch das Bestreben, die menschlichen Zustände, soweit sie juristisch ausgedrückt werden, dem Ideal der Gerechtigkeit, der* ewigen *Gerechtigkeit immer näher zu bringen. Und diese Gerechtigkeit ist immer nur der ideologisirte, verhimmelte Ausdruck der bestehenden ökonomischen Verhällnisse bald nach ihrer konservativen, bald nach ihrer revolutionären Seite hin. Die Gerechtigkeit der Griechen und Römer fand die Sklaverei gerecht: die Gerechtigkeit der Bourgeois von 1789 forderte die Aufhebung des Feudalismus, weil er ungerecht sei... Die Vorstellung von der ewigen Gerechtigkeit wechselt also nicht nur mit der Zeit und dem Ort, sondern selbst mit den Personen,...* » Il parlare di giustizia, di senso giuridico, ecc. continua l'A., nella vita comune è comprensibile ; trasportare questa terminologia nelle ricerche economiche, sarebbe come voler usare nell'odierna chimica i modi di espressione della teoria flogistica ; credere poi a tale giustizia sociale è aumentare di tanto la confusione, come il credere al flogisto oggi che si è scoperto il modo di comportarsi dell'ossigeno nella combustione. - Friedrich Engels. - Zur Wohnungsfrage - zw. Aufl. - Hottingen-Zürich - 1887. p. 64, 65.

(1) Carle. - La vita, ecc. p. XVII° — Il Gumplowicz, come abbiamo ricordato, sostituisce alla nozione marxistica delle classi, quella dei gruppi etnici. Quando due di essi eterogenei si incontrano sovrapponendosi l'un l'altro, fan nascere lo Stato ed il diritto. - Groppali. - l. c. p. 194, 195. — Si vegga contro: Vaccaro. - l. c. p. 362 nota. — Gli studî più recenti tendono a scemare la

mammo consuetudine, non ha bisogno di coazione, non è dunque diritto, nel senso più realistico e completo della parola. Per questo occorre la sanzione di una autorità, che nella società umana civile è lo Stato.

Presa come più vera creatrice di diritto la classe al posto dell' individuo, ha un gran fondo di vero la filosofia dello Spinoza, seguita ora non senza temperamenti dal Kirchmann, filosofia la quale vede nella forza, nella potenza (individuale) la sorgente del diritto (1).

Ed in questo senso non è priva di verità e d' acutezza l'affermazione di Victor Hugo, sentenziatore troppo spesso.... romantico, che la quantità di diritto è adeguata alla quantità di vita (2).

Mentre s' illude perdutamente chi crede che la legge sia la espressione del volere di tutta quanta la società e ne tuteli gli interessi generali. Così la pensano: lo Jhering (3) il Carle (4) il Groppali (5) il

---

influenza del fattore etnico, ormai soverchiato da quello economico, come già vedemmo, e già di per sè abbastanza complesso ed incerto nelle sue delimitazioni. Si vegga in proposito il libro di: NAPOLEONE COLAJANNI. - Razze inferiori e razze superiori o Latini ed Anglosassoni - Roma - 1903.

(1) D'AGUANNO. - l. c. p. 94, 124.

(2) Questo lo scrisse a Parigi nel Giugno del 1875 difendendosi dalle accuse di apostasia.

(3) « *Il diritto è la protezione delle condizioni di vita della società realizzata dal potere pubblico, per mezzo della costrizione* » JHERING. - La lutte, ecc. p. 24.

(4) « *È l' affermazione collettiva che costituisce la legge giuridica, la quale, pur essendo l' espressione della volontà comune, si converte in un freno ed in un ritegno alle volontà particolari* » CARLE. - La vita, ecc. p. XXXV.

(5) « *Il diritto è quel complesso di norme generali che, fatte valere dall' autorità dello Stato e munite di sanzione materiale,*

D'Aguanno (1) e si potrebbe dire la grande maggioranza dei giuristi odierni. Essi prendono il lato formale del diritto, il modo col quale esso si presenta e si impone veramente a tutta la società, per il suo contenuto reale. La sostanza è assai diversa dall'apparenza esteriore!

Nella realtà, i diritti fondamento e difesa della potenza sociale sono accordati solo ai membri della classe dominante. Si sa che oggi la proprietà è garantita a tutti.... quelli che l'hanno.

Alle classi soggette, la cui vita è pur necessaria ai dominanti, son accordate le condizioni prime d'esistenza, che nel corso dei tempi possono anche elevarsi, e son concessi quei pochi diritti innocui che quelle classi si sanno acquistare, e che non intaccano le basi del dominio delle classi privilegiate (2), ovvero si elargiscono delle parvenze di diritti, come oggi la famosa libertà di lavoro per l'operaio, la quale si rivela come la libertà pel padrone di sfruttare il lavoratore.

---

regolano le azioni esteriori degli individui e dei gruppi sociali allo scopo di garantire il rispetto, la retribuzione ed il soccorso reciproco delle persone nei rapporti più importanti della vita sociale » GROPPALI. - l. c. p. 89.

(1) Il D'Aguanno trova il fondamento del diritto « *nelle esigenze generali della vita della società e nelle condizioni storiche di ogni singola società. La natura considerata come realtà storica non ci offre altro diritto che il positivo* » D'AGUANNO. - l. c. p. 199. — I giusnaturalisti si eran fermati alla inafferrabile Natura, i positivisti han preso un'altra parola dal significato vasto ed impreciso: la Società. È già un passo notevole. Ma la più recente critica giuridica indaga l'essere vero della società e trova nel suo seno delle classi in lotta fra di loro, per la prevalenza della propria economia, del proprio diritto, ecc.

(2) ID. - id. p. 97.

E ci par strano che un giurista del valore del Vivante, affermi, contro qualche « economista denigratore del diritto » che l'istesso diritto non aspetta che una classe abbia trionfato per assicurarle un durevole presidio; esso l'accompagna nella sua salita, ecc. (1). A noi son noti piuttosto i freni apposti allo svilupparsi delle classi soggette dalle forme viete del diritto e da quelle nuove all'apparenza, ma ingannevoli nella sostanza.

Modestamente ci permettiamo anche di ricordare al Vivante, come esso vada meritatamente famoso per avere dimostrato che il Codice di Commercio consacra la soperchieria degli industriali, banchieri, assicuratori, ecc. dei commercianti insomma in danno dei consumatori (2). Che questa... gherminella giocata a mezzo del diritto sia proprio brevettata a favore dei commercianti? Non lo crediamo. Poichè la capacità e il desiderio di fare altrettanto non è ciò che manchi alle altre classi dominanti. È così monotona la vita!

Tutto quello che abbiamo scritto precedentemente, non impedisce però di ammettere col Carle (3) e col Loria (4) che ogni istituto o sistema giuridico positivo, una volta attuato, sviluppa i proprî elementi e ciò sembra staccarlo dalla realtà delle classi in lotta; ma non crediamo che lo spirito informatore, che è la difesa di classe, venga mai meno nell'istituto o nel sistema anche il più sviluppato. È anche il pensiero, già riferito, dell'Engels.

---

(1) Cesare Vivante. - L'influenza del socialismo sul diritto privato. - Milano - 1902. p. 9.

(2) Id. - Tratt. cit. vol. I.° - Torino 1893 - p. 15 e seg. 27.

(3) Il Carle lo rileva specialmente presso i Romani, inclinatissimi all'*ars jura condendi*. - Carle. - Le origini, ecc. p. VII.

(4) Loria. - l. c. p. 79, 80.

§ 34. — Questi concetti in complesso non nuovi, che noi siamo venuti esponendo attorno alla genesi del diritto, cioè delle istituzioni e dei sistemi giuridici dominanti, avrebbero dovuto da tempo portare un nuovo soffio di vita in tutta la Scienza Giuridica nelle sue varie branche, dal Diritto Pubblico a quello Privato; dal Civile, al Commerciale, al Penale, ecc., dalla Storia del Diritto alla sua Filosofia, alla critica degli istituti dominanti, allo studio infine delle nuove formazioni giuridiche in seno alle classi assurgenti. Se a tanto non si è giunti o si giungerà solo lentamente, ciò dipende da cause reali che noi cercheremo di cogliere, esaminando quei concetti nel modo come vennero formandosi per opera di susseguenti ed in parte anche di divergenti indirizzi dottrinali.

§ 35. — La paternità del concetto materialistico della storia spetta senza dubbio a Marx ed alla sua scuola, quantunque si possano riscontrare cenni di questa dottrina, come si può dire di qualsiasi altra, in precedenti e svariatissimi pensatori, non escluso persino..... Dante Alighieri. Il Loria compila un elenco di scrittori che fecero qualche cenno sparso ed incidentale soltanto alla dottrina materialistica della storia prima del Marx, e di scrittori che poi se ne fecero seguaci. Diamo in nota gli elenchi per mostrare, in ispecie col secondo, che se vi è un ramo di Scienza Sociale che abbia resistito all'applicazione dei nuovi concetti, questo si fu il Giure. Ci preme però di avvertire che alcuni degli scrittori ricordati dal Loria, pei nuovi indirizzi del loro pensiero, non si potrebbero forse chiamare ancora seguaci di un tal metodo (1). Ma veniamo a Marx.

(1) Prima del Marx: Aristotile, Platone, Cicerone, Harrington, Boccalini, Davenant, Vico, Montesquieu, Dalrymple, J. Steuart,

Scriveva a questo proposito e molto giustamente l'Engels: si può dire che Marx non ha scritto nulla in cui il concetto materialistico della storia non rappresenti una qualche parte. In modo speciale però è un eccellente esempio della sua applicazione l'" *Achtzehnte Brumaire* ».

Anche nel « *Kapital* » vi sono molti accenni. Ed infine mi sia lecito rimandare — è sempre Engels che parla — anche ai miei scritti: " *Herren E. Dühring's Umwälzung der Wissenschaft* „ " *L. Feuerbach und der Ausgang der deutschen klassischen Philosophie* ", dove ho dato del materialismo storico la più ampia spiegazione che, a quel ch' io sappia, esiste (1).

Hertzberg, J. Adams; i Fisiocrati, Mercier de la Rivière, Bandeau, G. Garnier, A. Smith, A. Young, Fox, Burke, Gentz, Jones, Haller, Thünen, Stein, Lavergne, Peguilhen, A. Comte, C. Cattaneo, Mazzini, Scialoja, Ferrara, Webster. Fra gli storici: Tucidide, Matteo Villani, Francis Palgrave, Kemble, Monteil, Guizot, Thierry, Mignet, G. Möser, Nitsch. Altri scrittori: S. Simon, Fourier, Proudhon, Cherbuliez, L. Blanc, Marlo, Lassalle.

Dopo: Kiesselbach, Scheel, Dietzel, Weisengrün, Gumplowicz, Lamprecht, Mollock, Brooks, Adams, E. R. Seligman, De Molinari, Fustel de Coulanges, De Greef, Puviani, De Johannis, Vidari, Mellusi, Labriola, Asturaro, Ferri, Groppali, Contento, Ciccotti, Salvemini, Arias, Plechanoff, Struve, Kelles, Kraus, Ingenerios. - Loria. - l. c. da p. 491 a p. 432.

(1) Federico Engels. - Due lettere sull' interpretazione materialistica della storia - dal " *Sozialistscher Akademiker* " 1895. 1ª trad. it. G. Sacerdote, in: Scritti di Marx, Engels e Lassalle, raccolti da E. Ciccotti - Roma - 1906 - Serie II. disp. 107. Fasc. 31. — Non vanno scordati in proposito gli altri scritti di Marx: Misère de la philosophie p. 106, 145, 151, 152, 159, 169. Das Kommunistische Manifest - scritto in collaborazione con Engels e — Zur Kritik der Politischen Oekonomie. - pubbli-

Usata ampiamente e sapientemente dal Marx ed in parte teorizzata da lui, meglio sistemata sebbene sia stata resa qualchevolta un pò scolastica dall' Engels e da altri marxisti: la concezione realistica della storia si deve insomma ritenere un merito principale della scuola marxistica, quantunque questa sia stata ispirata evidentemente dallo spirito dei tempi e dall' indirizzo dell' economia pratica e degli studî economici.

§ 36. — È invero da dolersi, che la splendida opera del Lassalle » *Das System der erworbenen Rechte* » sia ancora tutta imbevuta dell' idealismo hegeliano (1) mentre altre opere speciali di critica giuridica, sotto il punto di vista ed al lume del nuovo metodo, la scuola marxistica non saprebbe davvero vantarne.

§ 37. — Nè con ciò intendiamo di menomare il valore, già rilevato, dell'opera di Achille Loria, su " *Le basi economiche della costituzione sociale* „ della quale anzi ci siam molto serviti. Nell' ultima sua edizione italiana essa rappresenta una sintetica applicazione del nuovo metodo, ribattezzato *economicismo storico* (2), a tutto il campo della scienza storica sociale, con svolgimenti personali e con difese efficaci contro gli avversarî.

Ma appunto per gli svolgimenti personali, si è accusato il Loria di soverchia rigidezza economica. Ciò che

---

cato a Londra nel Gennaio del 1859 e contenente nella prefazione la nota formulazione teorica del materialismo storico.

(1) G. Sorel definisce tale opera come « *il solo monumento esistente dell' ideologia giuridica presso i socialisti tedeschi* » Georges Sorel. - I diritti acquisiti secondo Lassalle, in : " *Divenire sociale* „ An. II. N. 8 - Roma 16 Apr. 1906. p. 115.

(2) Loria. - l. c. p. 430 n. 1, 431.

non ci sembra vero, come mostreremo, anche senza tener conto delle concessioni fatte via via dall' A. nelle successive edizioni dell' opera. S' è detto che il Loria forza il determinismo marxistico riducendolo alle trasformazioni dello strumento tecnico (1). Anche se ciò fosse esatto, nel *« Kapital »* noi troviamo periodi che potrebbero a prima vista, essere invocati in appoggio di tale veduta (2). Il Leone obbietta giustamente al Loria che l' ipotesi della terra libera fondamentale nel sistema economico loriano (3), è una finzione ideale, un termine di paragone (4). Piuttosto, come accennavamo, ci sembra

---

(1) Benedetto Croce. - Materialismo storico ed Economia Marxista - Milano - 1900 - p. 61.

(2) Nel I° volume del " *Capitale* ,, laddove il Marx studia la produzione dell'assoluto valore, si possono trovare periodi come quello che traduciamo qui a titolo di saggio, rinviando il lettore all'originale : « *L'uso e la creazione di mezzi di lavoro, sebbene siano in germe propri di certe specie di animali, pure caratterizzano lo specifico processo di lavoro umano e Franklin definisce perciò l'uomo come un* « toolmaking animal », *un animale che fabbrica strumenti. Per ciò che si riferisce al giudizio di formazioni sociali economiche tramontate, le reliquie dei mezzi di lavoro hanno la stessa importanza della forma degli avanzi ossei pel riconoscimento dell'organizzazione di specie animali trapassate. Le epoche economiche non si distinguono da ciò che è fatto, ma dal come s' è fatto e con quali mezzi di lavoro. I mezzi di lavoro sono non soltanto i misuratori dello sviluppo della forza di lavoro umana, ma anche gli indicatori dei rapporti sociali in cui vien lavorato.* » Marx. - Das Kapital - Erst. B. p. 142. — Ma a ben guardare, il Marx parla sempre di caratteristiche, di misuratori, di indicatori. Si tratta insomma di determinati e non di determinanti.

(3) Loria. - l. c. p. 8.

(4) Enrico Leone. - Appunti critici all'economia loriana. - Milano - 1900. p. 17.

che il Loria, come del resto già il Marx in parte (1) e tutti i programmi socialistici in genere, studîno più le trasformazioni che subisce la proprietà (2) (rapporto fra la produzione e la distribuzione dei mezzi di produzione, e perciò rapporto giuridico), che non quelle mutazioni che riguardano davvero il modo di produzione. Prendendo l' esempio dall' economia capitalistica: il salariato è il rapporto economico che sta alla base, la proprietà privata degli strumenti di produzione ne è il corrispondente giuridico. Possiamo anche obbiettare al Loria, che prescindendo dalle interessanti ricerche di psicologia delle classi, egli non tien conto del modo onde si formano le costruzioni giuridiche in seno alle classi avviantisi a nova vita, e studia soltanto i sistemi già costituiti e riconosciuti. Infine, perciò che attiene più da vicino all' argomento nostro, l' opera del Loria, per abbracciare un campo tanto vasto, dalla morale, al diritto, alla politica, a confessione stessa dell' A. (3) non può che essere un tentativo d' indole generica, al quale avrebbero dovuto seguire trattazioni speciali. Nello studio ad esempio del diritto ereditario (4), che è quello che ci interessa, e dal quale sembra che ci siamo allontanati, se pure è doveroso spiegare le ragioni dei nostri assunti generali,

---

(1) Lo rileva il Sorel. - ART. LABRIOLA. - Rif. e riv. soc. p. 114. nota. — Anzi il Sorel giunge a chiamare con insistenza Marx un «*filosofo della storia giuridica*» - SOREL. - Deg. cap. e deg. soc. - p. 178 n. 1, 186.

(2) Apprendiamo dal Croce, che pareva della stessa opinione anche Antonio Labriola, il quale a dir vero, come avremo occasione di mostrare, non fu troppo benevolo verso il Loria. - ANT. LABRIOLA. - l. c. p. 252 n. 253, 70.

(3) LORIA. - l. c. p. VIII.°

(4) ID. - id. da p. 134 a p. 139.

il Loria, con una magnifica sintesi, mostra i rapporti stretti che corrono fra i bisogni dell' accumulazione ed il prevalere dell' eredità intestata o testamentaria ed avanza anche delle critiche ai sistemi del Gans e del Lassalle; ma nel giro di così poche pagine, non si possono di certo, non dico indagare esaurientemente, ma neppure esporre tutti gli elementi necessarî ad un giudizio storico e filosofico di istituti così complessi ed esposti a così diverse influenze nella loro statica e nella loro dinamica, quali sono quelli di trasmissione de' beni *mortis causa*.

§ 38. — Purtroppo lo studio storico-materialistico del diritto non ha avuto molto seguito. Da un simile indirizzo si discosta infatti grandemente un civilista che ha esercitato molta influenza sugli studî giuridici, filosofici e pratici odierni: alludiamo ad Antonio Menger, da poco defunto, autore di una serie d' opere molto note quali: "*Il diritto al prodotto integrale del lavoro*" "*Il diritto civile e il proletariato*" "*Il compito sociale della scienza del diritto*" "*Lo Stato socialista*" pubblicate dal 1886 in avanti. In esse il Menger è venuto sempre più assumendo un atteggiamento oscillante tra il socialismo di Stato e quello operaio (1). Criticando gli istituti vigenti, egli s' accosta al Marx, dove li ritiene d' indole di classe (2). Ma egli afferma contro le vedute economiche del Marx e dell' Engels che la questione sociale è preponderantemente un problema delle scienze di Stato e della giurisprudenza (3).

---

(1) Romeo Soldi. - Lo Stato socialista, in: "*Avanti!*,, An. VIII° N. 2542 - Roma 3 Gennaio 1904.

(2) Menger. - Lo Stato soc. p. 3, 205, 23.

(3) Id. - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 2.

Il diritto avrebbe uno sviluppo autonomo (1). La politica sarebbe separata dall'economia. Il materialismo storico potrebbe degenerare in un materialismo triviale. Ciò che non è serio. L'economia non potrebbe essere la base della religione e dello Stato, perchè solo da due secoli si studia la prima. E qui l'A. non pensa che allora la legge di gravitazione universale non sarebbe allo stesso modo fondamentale in Fisica, perchè scoperta un po' tardi invero da Newton. Religione e politica sarebbero fenomeni importanti. Ciò che niuno pone in dubbio. Un buon esercito potrebbe conservare per secoli, secondo l' A. istituti giuridici in contrasto coll' economia (2). E quanto a questo, si vedranno alla fine i Cosacchi alla prova. Del resto le cause perturbatrici sono naturalmente più numerose nei fatti sociali che in quelli naturali. Infine il Menger s' illude sui vantaggi che possono venire agli operai dalla conoscenza delle leggi (3); conoscenza che non mancherebbe, se le leggi fossero per quelli la conquistata tutela dei proprî interessi (4). E scivolando sempre più nelle illusioni giuridiche che tolgono la visione della realtà storica e non ammaestrano sull'avvenire, il Menger — il quale non vede che le classi operaie potran avere proprî diritti solo quando, dopo d' averli sviluppati in seno alle proprie organizzazioni, riesciran ad imporli —

---

(1) Prof. L. Ratti. - l. c. - Questo A. parlando della elaborazione dell'ultimo Codice Civile Tedesco, dice che il nemico non stava nel capitale, ma nelle Università. Ciò che va ammesso solo in senso molto diverso, cioè in quanto la dottrina s' ispira alle istituzioni dominanti.

(2) Menger. - Lo Stato socialista, ecc. p. 273, 274, 286, 289, 290, 291, 292.

(3) Id. - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 36.

(4) Jhering. - La lutte, ecc. p. 15.

ci dà uno schema di Stato socialista del lavoro, che non è altro se non un temperato socialismo di Stato. Non è preso tanto di mira il rapporto economico di sfruttamento (salariato) quanto la sua veste giuridica (proprietà privata). Pel Menger infatti il socialismo è essenzialmente un problema di distribuzione (1) non di produzione (2). Senza scosse violente lo Stato (e prima di lui il Comune) deve prendere la proprietà e l'uso dei mezzi di produzione, come pure la proprietà dei beni d'uso, pe' quali resta un diritto d'usufrutto a favore dei privati; i quali hanno alla loro volta la proprietà e l'uso dei soli oggetti consumabili (3). Sarebbe un generalizzare le statizzazioni ferroviarie, postali, ecc. esistenti (4) che, occorre notarlo? se sono una realtà di socialismo statale, si limitano alla circolazione, al mezzo economico, ma non toccano ancora la produzione e lasciano poi sussistere il salariato. D'altra parte resterebbero nello Stato socialista mengeriano: la distinzione fra dominanti e dominati, fra gerenti e geriti, cioè la disuguaglianza economica; la gerarchia, l'autorità statale, la forma monarchica nei paesi tedeschi ed inglesi, le due Camere, il regolamento delle professioni e delle confessioni religiose, la repressione del reato d'ozio, la cittadinanza e il domicilio, il matrimonio nella forma attuale (austriaca) ed i rapporti

---

(1) MENGER. - Lo Stato soc. p. 274, 125. — ID. - Il Dir. civ. e il prol. p. 91.

(2) ART. LABRIOLA. - La teor. del val. p. 68 n. 9, 69. — SOREL. - Introduct. ecc. p. 125.

(3) Come pure, secondo lo Schäffle, la trasmissione ereditaria. - E. SCHEEL. - Socialismo e comunismo, in: SCHÖNBERG. - l. c. p. 275.

(4) MENGER. - Lo Stato soc. p. 306, 321, 320, 350, 112, 113, 111, 109, 219.

attuali fra genitori ed illegittimi, la piccola e la media proprietà coi diritti ereditarî, ecc. ecc. (1).

Ciò che si può obbiettare al sistema mengeriano, è che, non senza contraddizioni (2), esso perpetua l'illusione giuridica (3) e fissa arbitrariamente una linea di sviluppo delle nuove formazioni giuridiche che non è per niente ricavata dallo studio positivo, psicologico delle nuove classi, che nei loro nuclei più appropriati di vita elaborano in germe le norme di diritto obbiettivo da avverarsi. Del resto, quale mai più completo misconoscimento delle esigenze reali, del voler subordinare e regolare l'economia, rapidamente e continuamente immutantesi, col diritto pigro nei suoi movimenti, destinato a durare lungamente e pieno assai spesso di risoluzioni intermedie (4) ?

---

(1) Id. - id. - p. 84, 86, 248, 305, 311, 92, 93, 127, 138, 308. 174, 177, 191, 193, 222, 223, 225, 233, 255, 265, 266, 271, 273, 315, 316. - Id. - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 44, 123, 125, 126, 170.

(2) Il Menger ammette col Vandervelde e mille altri, che il nostro diritto privato non potrà essere vinto per mezzo de' suoi proprî strumenti ed elementi. - Id. - Il Cod. Civ. e il Prol. p. 156. - Ma poi fa dello Stato il centro della mutazione sociale a base giuridica. Se le attuali forme politiche e giuridiche coronano il potere economico di una classe, bisognerà scalzare questo nelle sue fonti, non servirsi di quel potere che ha per compito la difesa di classe (Platone, Machiavelli, Hobbes, Spinoza, Haller, Gumplowicz, Morus, Meslier, S. Simon, Lassalle, Engels, Kampf, Meyer). - Id. - id. p. 56.

(3) « *Il socialismo cristiano che pretende innovare il sistema economico creando una nuova morale e il socialismo giuridico, che vuol riuscirvi mercè la creazione d'un nuovo diritto, sono realmente delle sterili utopie* » Loria. - l. c. p. 477.

(4) Sorel. - Deg. cap. e deg. soc. p. 332.

Tutto ciò potrà anche essere indizio del rispettabile desiderio di conciliare gli attuali attriti di classi, risolvendo con un compromesso, finora ideale però, le pretese opposte — ma all'atto pratico, un tale indirizzo di studî, oscurante le conquistate vedute realistiche psicologiche, e tendente a spingerci verso ideali di dubbia ed anche non desiderabile attuazione, si rivela scientificamente esiziale.

§ 39. — Non per questo però ci sgomentiamo. A prescindere dalla forza insopprimibile della verità che deve pur trionfare, anche le ultime correnti dottrinali sembrano apprestare il campo a prossime indagini del carattere da noi vagheggiato.

A ciò cooperano principalmente due movimenti scientifici: la rielaborazione chiarificatrice e rettificatrice delle vedute storico-realistiche dall' una parte e l'opera d' integrazione che compiono le ricerche ultime giuridico-psicologiche dall' altra.

Il primo movimento parte si può dire dall' Engels. Egli segna a dito anzitutto la balordaggine, per non dir peggio, di chi confonde il materialismo storico col materialismo filosofico nella sua peggiore accezione volgare (1). Una filosofia intimamente rivoluzionaria non poteva degenerare in quella che si disse da certuni, con atteggiamento trionfale, la voce del ventre, e neppure poteva sconfinare in un meccanismo fatalistico che ponga in non cale le forze ideali. Son gli uomini che fanno la loro istoria, entro certe condizioni ambientali, specialmente di produzione, delle quali subiscono l' influenza. Nè poteva il materialismo storico farsi così semplicione

(1) Friedrich Engels. - Ludwig Feuerbach und der Ausgang der klassischen deutschen Philosophie - Stuttgart - 1903. p. 24.

da non vedere le complessità della vita reale e da ridur tutto ad una causa immediata e spiegare per esempio alla luce dell'economicismo fin le... sgrammaticature nei parti leguleici di qualcuno dei tanti illuminatissimi corpi legiferanti odierni.

L'evoluzione politica, afferma pertanto l'Engels, giuridica, filosofica, religiosa, letteraria, ecc. si fonda sull'evoluzione economica. Ma tutte reagiscono una sull'altra e sulla base economica (1). Con le condizioni economiche, che consideriamo come base determinante della storia della società, intendiamo il modo con cui gli uomini di una data società producono i loro mezzi di sussistenza e scambiano tra loro i prodotti (fino a che esiste divisione del lavoro). Tutta la tecnica della produzione e del trasporto è quindi ivi compresa. Questa tecnica determina, secondo la nostra concezione, anche il modo dello scambio, della distribuzione dei prodotti e quindi dopo lo scioglimento della società distribuita in genti, anche la ripartizione delle classi e le condizioni di padronanza e di servitù, Stato, politica, diritto, ecc. (2).

Antonio Labriola, nelle sue lezioni di Filosofia della Storia, professate nel 1902-1903 all'Università di Roma, fissava ancora i termini del materialismo storico (3). E ne mostravano poi la snellezza gran-

(1) Se così non fosse, si potrebbe avere una sola scienza: l'Economia Politica! Le altre discipline mancherebbero di base, di autonomia. - LORIA. - l. c. p. 79, 83.

(2) ENGELS. - Due lettere, ecc. — Più sinteticamente si riscontra già lo stesso in MARX. - Das Kapital - Dritt B. zw Th. p. 324, 325, 327.

(3) ANT. LABRIOLA. - l. c. p. 242 e seg. 253, 254. Contro le infatuazioni evoluzionistiche, egli mostra come il materialismo storico spieghi anche i regressi, le dissoluzioni sociali.

dissima ultimamente il Sorel, Arturo Labriola (1) il Leone (2) ecc. per non dilungarci ad altri accenni.

Oggi poi — che gli studî psicologici vengono a porgere la spiegazione più esatta del come i rapporti economici d'interesse creino nei gruppi sociali delle peculiari inclinazioni giuridiche, che tendono a divenire istituti e sistemi giuridici, man mano si sviluppano i rapporti economici che ne stanno alla base — il materialismo economico, così integrato, non deve tardare a rinnovare anche gli studî di diritto.

§ 40. — Però se ora ci rifacciamo a ponderare per quali riposte cagioni tale rinvigorimento augurato degli studî giuridici non ha avuto luogo, sì che essi ancora non son liberi da una innegabile crisi che travaglia anche le scienze morali e filosofiche, i pochi cenni fissati di sopra ci arrecano alcun lume.

Il diritto è una delle ultime sovrastrutture sociali, con passo lento esso segue i cangiamenti avvenuti nei rapporti di produzione e nei modi di convivenza. Oggi che una economia, la capitalistica, accenna a dissolversi ed a cedere il campo ad altre forme di vita, la questione giuridica non occupa certo il primo posto fra i problemi sociali; sul tappeto sta la questione

---

(1) Art. Labriola. - Rif. e riv. soc. p. 1 e seg. - Mostra come il materialismo storico, se può essere ritenuto in certo senso dottrina conservatrice, tale essendo, secondo l'A., l'economia; ha invece elementi rivoluzionarî e tien calcolo delle forze ideali, le vere ribelli.

(2) « *Il materialismo storico non esclude la* volontarietà; *l'istessa legge economica degli interessi si esplica attraverso la volontà, l'attività, e la pratica degli uomini* » Enrico Leone. - Il sindacalismo. - Milano - 1907. p. 55.

economica (1), questione eminentemente pratica (2) e la cui risoluzione dovrebbe condurre anzitutto ad immutare le basi della convivenza sociale.

Man mano si verranno consolidando i nuovi centri di vita sociale e rafforzeranno le proprie basi reali: in seno ad essi si svolgeranno senza dubbio le nuove idealità giuridiche. Ma un tale processo creativo sociale è ancora in arretrato: troppo giovani sono ancora i centri di vita delle nuove classi operaie assurgenti, perchè si possa parlare più che di abbozzi promettenti di formazioni giuridiche. Qui è la spiegazione, secondo noi, dello stato presente degli studî giuridici.

Manca di fatto per gran parte la fonte viva e feconda alle odierne esercitazioni giuridiche. Da ciò il marasmo. Si vorrebbero abbandonare le antiche ed esauste sorgive, ma si esita e ritrovare le nuove e turgide. Ecco il perchè del disagio, della crisi dilagante quasi su ogni branca giuridica di studî.

Da un lato la critica degli istituti e dei sistemi dominanti ha compiuto in buona parte la missione propria. Per una ricostruzione fresca, non tutti sanno e possono trovare le fondamenta solide.

Le classi svegliantesi a vita nuova vedono nel diritto, specialmente in quello civile, reale, compreso l'ereditario, degli istituti ad esse estranei ed avversi: di foggiarne dei nuovi non se ne sentono e si disinteressano del tutto.

Non si comprende insomma che l'unica attività che resti, tra tanto disorientamento, a quei giuristi che non vogliono farsi ruminanti di viete formule, è di continuare ed esaurire se possibile l'indagine critica non

(1) Bovio. - Fil. del Dir. p. 352.

(2) Ernest Belfort Bax. - History of Philosophy - London - 1904. p. 404, 405.

peranco compiuta degli istituti e dei sistemi di diritto dominanti, ed approfondirne l'osservazione accurata delle nuove formazioni giuridiche che germinano in seno ai nuclei sociali di vita rinnovata presso i quali, come bene intuiva Antonio Labriola, si forma la nuova etica, cioè il postulato della solidarietà (che nulla ha a che fare coll'utopistico solidarismo) in contrapposto all'assioma della concorrenza (1).

Simile compito però richiede una fede ed un vigore che non tutti hanno, nè possono avere, e soprattutto richiederebbe anche il distacco reciso dalle vecchie concezioni giuridiche infeudate nelle scuole ed inculcateci nella mente per lungo ordine di anni. Tale rottura col passato è evidentemente ardua quanto mai (2). Ed allora si cede davanti alla difficoltà che presenta lo studio degli istituti e dei sistemi giuridici passati (3) e quello delle insorgenti aspirazioni, sotto la scorta dei nuovi concetti formulati.

Tanto più che alle difficoltà prodotte dai vieti abiti mentali, s'aggiungono difficoltà pratiche d'indagine. O la ricerca è del tutto nova ovvero deve essere condotta sopra un materiale non del tutto adatto. Si vegga ad esempio ciò che attiene alle indagini che qui ci interes-

---

(1) Ant. Labriola. - l. c. p. 458.

(2) « *È tanto difficile non solo il divezzarsi da quelle concezioni storiche inculcateci nella scuola, ma ancora più il raccogliere tutti i materiali necessari* » Engels. - Due lettere ecc.

(3) « *La vasta materia ed il larghissimo campo di conoscenze che di solito chiamiamo storia, non forma oggetto per noi, nè di intuizione diretta, nè di vera e propria osservazione, se pure all'una ed all'altra parola vogliamo attribuire un significato preciso, per non dir poi dell'esperimento, che qui non c'entra per nulla* » Ant. Labriola. - l. c. p. 196, 197.

sano: è bene porre subito nel dovuto risalto che le storie del diritto in genere, delle quali dobbiamo servirci quasi esclusivamente, mancando storie generali dell'economia pratica (il libro del Salvioli sul capitalismo antico è recente e di carattere limitato): non soltanto sono imbevute del concetto che fa del tutto autonomo ed avulso il diritto, nel suo sviluppo pratico, dalle sottostrutture sociali, ma difettano in gran parte per metodo; di solito esse sono più che altro l'insieme di tante storie particolari, quanti sono gli istituti giuridici della partizion classica de' Romani. Ciò che violenta la varietà storica, la diversa preponderanza ed i diversi rapporti reciproci dei varî istituti ne' tempi successivi, forzando il tutto ad una regolarità, trattatistica e comoda fin che si vuole, ma lontana dalla storia e negatrice assoluta delle caratteristiche proprie di tempi e di popoli differenti.

Pur di non battere la nuova e più faticosa via, si chiudono gli occhi davanti ai fremiti della vita rinnovantesi e si resta sospesi tra il passato barcollante e l'avvenire che si annuncia; ci si avvolge nelle nubi riposanti di vecchie illusioni rivestite a nuovo, per attutire e spegnere i colpi bruschi della realtà.

È per questo che le scuole giuridiche concilianti, ad intonazione socialistoide, di quel socialismo però che, a detta dell'Engels, ha l'entrata nei salotti (*salonfähig*) (1) van riempiendo gli scaffali di opere, il cui pregio si riduce molte volte alla sola buona fede cieca di chi le conduce, non senza pena, a termine.

Però l'impossibilità di mettere le pantofole alla storia, di intramezzare di cuscinetti soffici gli attriti di classi, di spegner col debole fiato le grandi vampe,

(1) MARX und ENGELS. - Das Komm. Man. - Pref. p. 8

riuscirà ben presto evidente, ed allora anche gli amanti delle pandette, di fronte al dilemma di rinnovarsi o perire, dovranno calar dalle nubi vaporose e toccar terra, come l'Anteo della leggenda, per attingervi fresche energie (1), dovranno accostarsi ai nuovi crogiuoli della vita sociale (2) e sui campi aperti dei dibattiti di classi respirare l'ossigeno vivificatore.

Niente più del risveglio di falangi umane mute e disorientate nei secoli deve dare tale abbrivio.

Presi da nuovi entusiasmi, attratti da nuovi orizzonti, i giuristi potranno, solo così, spostando ed allargando i campi d'osservazione e perfezionando i metodi d'indagine, spolverare l'arca antica e veneranda del diritto, sotto il cui pondo grave gemono ancora nel tempo gli oppressi!

Ma bisogna aprir bene gli occhi alla realtà: vedere e comprendere la genesi vera dei diritti. Ed osservare che dallo sciogliersi dell'antico comunismo, la storia è

---

(1) « *Nessun dubbio vi può essere intorno all'utilità che il giurista studi l'Economia Politica e che questo studio faccia parte dei programmi per gli studenti di Scienza del Diritto* » SCHEEL. - L'econ. pol. come scienza; in: SCHÖNBERG. - l. c. p. 112.

(2) Già il Vivante mise in evidenza la necessità di ricorrere alle borse di commercio, alle aziende agricole, alle borse di lavoro, per trarre dall'uso una norma di diritto. In questi centri di vita pulsante, osservava il Bolaffio « *si getta il seme di ben altra riforma che non sia la unificazione legislativa delle obbligazioni* » sostenuta dal Vivante. - VIVANTE. - Tratt. cit. - v. I° p. 23. — Secondo il Bovio: il capitale s'instituisce nelle Banche, nelle Borse, ecc.; il lavoro invece nelle cooperative, nelle società di reristenza. Fra questi elementi opposti dura la lotta fino alla distruzione od all'assorbimento dell'istituto avverso. - GIOVANNI BOVIO. - Discorsi - Napoli - 1900 - La guerra e la pace - p. 230.

un succedersi di lotte di classi (1). Trionfa successivamente fra esse quella che con mezzi proprî prende e determina le fonti di produzione della vita materiale. È questa classe che foggia i modi di convivenza dominanti e le forme giuridiche (2) di proprietà, di famiglia e quindi di successione, forme ch' essa classe aveva già coltivato nel proprio seno durante il suo sviluppo e che ora le servono, per così dire, a cristallizzare, fin che è possibile, le conquistate posizioni economiche, riescendo ad inbeverne altresì le altre ideologie: filosofiche, artistiche (3), religiose, ecc.

---

(1) « *Die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft (das heisst, genau gesprochen, die schriftlich überlieferte Geschichte) ist die Geschichte von Klassenkämpfen* » MARX und ENGELS. - Das Komm. Man. p. 9. n.

(2) MENGER. - Il dir. civ. e il Prol. p. 6, 23, 38. - In questo senso di garanzia d'una conquista già fatta, di prevenzione contro gli attacchi, il diritto è, come pensa lo Herbart, fondato sull'avversione alla lotta ; ma prima di giungere a tanto, quel diritto richiede proprio una lotta per essere conquistato. E qui ha ragione lo Jhering, che s'oppone ad Herbart, vedendo nella lotta stessa la fonte del diritto. - JHERING. - La lutte, ecc. p. 111. e seg. - È insomma questione di fasi diverse della vita del diritto.

(3) Il modo e lo strumento di produzione, secondo gli studî del Noiré e del Bucher, spingono le proprie influenze fino al linguaggio, alla musica. Di solito la classe dominante rende lingua il proprio dialetto, sugli altri delle classi soggette e fa trionfare con tal mezzo la propria letteratura e la propria estetica artistica. - LORIA. - l. c. p. 10 n. 2, 11, 73 e seg. — La lingua toscana non è forse la parlata della prima borghesia d' Italia : la fiorentina? Ma noi vediam bene il pericolo di questi semplicismi, quando fossero intesi come dogmi e non come mezzi probabili di spiegazione.

Ecco la novità del metodo storico, realistico e psicologico, che poi si estrinseca in un' infinità di indagini di per sè unilaterali, e tutte le integra e completa: da quella economica, alla filologica, alla comparativa, ecc.

Esso metodo dovrebbe rinvigorire ben presto l' intera Scienza Giuridica: criticare il passato ed il presente, studiare, interpretare, svolgere nei loro principî le nuove formazioni giuridiche nel loro ambito fervido di vita: i nuclei di lotta e di affermazione operaia.

E sarebbe tempo davvero di scendere dalle formulazioni, dalle disquisizioni teoriche ad un proficuo lavoro pratico.

È anche per questo che noi saggiamo la bontà dei principî espressi sovra l' istituto giuridico della trasmissione dei beni *mortis causa*. E la prova sarà decisiva, poichè noi scegliamo uno degli istituti giuridici più torpidi e pesanti e pel quale riesce assai più difficile controllare la bontà di concetti dinamici.

L' indole limitata della ricerca e le difficoltà di scegliere il materiale adatto, più che permetterci di cogliere nei modi successivi di formazione i varî sistemi ereditarî, ci indurranno a prendere assai più spesso in esame storico quest' ultimi laddove essi si sono pienamente affermati e svolti nei proprî principî elementari. È forse questa una manchevolezza inevitabile del presente saggio.

CAPITOLO II. — *La storia della trasmissione dei beni* mortis causa *al lume dei concetti esposti.* — A) *Il comunismo originario.* — B) *Il Diritto Ebraico.* — C) *Il Diritto Greco.* — D) *Il Diritto Romano.* — E) *Il Diritto Germanico antico.* — F) *Il Diritto dei Longobardi e dei Franchi.* — G) *Il Diritto Feudale.* — H) *Il Diritto Statutario Comunale.* — I) *Il Diritto delle Monarchie.* — K) *Le codificazioni.*

A) *Il comunismo originario.* — § 41 - Esistenza e conformazione del comunismo originario. — § 42 - Mancanza nel suo seno d'un diritto ereditario e vero proprio.

§ 41. — Il comunismo, come fase iniziale della vita dei popoli, è oggidì un fatto talmente comprovato nella generalità dei casi, da dover essere quasi unanimente e pacificamente ammesso. Quella che sembrava una caratteristica dei popoli germanici, non revocata in dubbio per le attestazioni di Cesare e Tacito, s'è riscontrata essere un grado primitivo di sviluppo di tutti i popoli, non esclusi i Romani. Certo pei Romani è più viva la disputa, come vedremo ed analizzeremo in luogo opportuno, per l'oscurità delle documentazioni storiche; ma il principio generico formulato non ne resta intaccato. V'è un cumulo grandissimo di ricordi, e vi sono alcune sopravvivenze, non tutte, che stanno a confermarlo.

È nota infatti la serie d'indagini che condussero prime a tale conclusione.

Dopo che Haxthausen ebbe scoperto la proprietà comune del suolo in Russia (indizio della produzione comunistica), Maurer dimostrò esser quella la base sociale da cui mossero storicamente tutte le stirpi tedesche, e a poco a poco si trovò che il comune agricolo, col possesso del suolo in comune, era la forma primitiva della società, dall'India fino all'Irlanda. Coronò queste

indagini la grande scoperta di Morgan della vera natura della *gens* e della posizione di questa nella *stirpe*, scoperta che mise a nudo l'organizzazione intima di codesta primitiva società comunistica. Collo sciogliersi di queste comunità primitive, ha principio la divisione della società in classi distinte, che diventano poi antagonistiche (1).

Del resto a prescindere dagli studî così fecondi dei popoli barbari, che starebbero a rappresentare i gradi superati di sviluppo dei popoli civili (2), le vestigia sparse dell'antico comunismo, alle quali riuscì di ricomporsi durante l'epoca comunale, dopo che il feudalismo era quasi completamente riuscito ad assorbirle, son così numerose, anche nei paesi civili, che a ciascuno di noi è dato di conoscerne direttamente qualcuna.

Non mancano studî speciali dell'argomento. Per non deviare dal cammino retto, guastando l'economia di questo nostro studio, già abbastanza disarmonico, ci limitiamo a ricordare le notizie raccolte dal Nani nella sua pregevole opera postuma di "*Storia del diritto privato italiano*". Con poche variazioni tutte le opere del

---

(1) MARX und ENGELS. - Das Komm. Manif. p. 9, 10 nota.

(2) Non entriamo nella *vexata quaestio*: a) dell'identità, ovvero b) della pura somiglianza di condizioni di convivenza fra i barbari odierni ed i vecchi progenitori dei popoli civili. Siccome però riteniamo i concetti di *eguaglianza* e persino di *identità* essere, fuori dell'astrazione, nella realtà, puramente relativi, altrimenti non diversificherebbero da quelli di *medesimezza* e di *unicità* e, nel caso speciale, mancando l'identità di tempo almeno, così incliniamo per l'ultima delle due opinioni avanzate. Ad ogni modo rimandiamo il lettore ad un buon riassunto del dibattito, in: GIOVANNI AMADORI-VIRGILJ - L'istituto famigliare nelle società primordiali - Bari - 1903 - p. 29 e seg.

genere ci apprestano il medesimo materiale. E quasi a tutte serve di testo l'indagine del Laveleye. Appunto sulle traccie di quest'ultimo, il Nani ci ricorda, come avanzi dell'antico comunismo: il *mir* della Russia, gli *allmenden* della Svizzera, e specialmente del Cantone di Uri; i boschi ed i pascoli comuni della Vestfalia, della Bassa Sassonia, ecc.; l'antica *marca* germanica, che ancora esiste in Olanda; i gruppi agrarî esistenti tuttodì in Francia, e specialmente nell' Auvergne, come ha posto in rilievo il Viollet, gruppi in vero paragonabili alla *zadruga* ed all' *ikonostina* dei Serbi; in Italia i pascoli comuni dell' Apennino marchigiano, le partecipanze di Cento, di Pieve, (dell'Apennino modenese, e di quello reggio-emiliano, potremmo soggiungere); la Sila Calabrese ed il Tavogliere delle Puglie, distribuiti però con leggi recenti; come pure con leggi non lontane si abolirono gli *ademprivi* ed i pascoli comuni (*cussergia*) (1). E ciascuno per propria conoscenza potrebbe moltiplicare gli esempî, non senza rilevare però, come ricorda anche il Sorel, criticando il De Laveleye (2) che certi piccoli esercizî comunistici sono di formazione relativamente recente e si debbono a lasciti, a fondazioni, per lo più medievali, ma pur rispecchiano lontanamente nel loro modo di funzionare ciò che fu la vita primitiva dei gruppi umani.

---

(1) Cesare Nani. - Storia pel Diritto Privato Italiano - pubbl. dal prof. F. Rufini - Torino - 1902. p. 260, 261. — Le traccie comunistiche che si possono riscontrare in Francia sono particolarmente illustrate dall' Hauriou. - Hauriou. - l. c. p. 771, 772. — Notizie generiche sugli avanzi di comunismo nelle regioni remote e segregate, si trovano anche nelle opere dello Spencer. - Spencer. - Principes de Sociologie - tom. trois. p. 729 e seg.

(2) Sorel. - Deg. cap. e deg. soc. p. 384.

Ora, dato l'organamento produttivo comunistico di simili gruppi umani, primitivi, dati i rapporti di convivenza e lo speciale regime di proprietà, comunistico pei mezzi di produzione, e tutt' al più privatistico pei beni personali (1) di scarsa entità: quali potevano essere, ed erano infatti i modi di trasmissione dei beni *mortis causa*?

§ 42. — Affrontiamo tosto, come è nostro uso, il nocciolo della questione. È possibile in un regime comunistico un diritto ereditario vero e proprio? Bisogna chiederci allora subordinatamente che sia la successione ereditaria.

La voce successione, nel suo più ampio significato, afferma il Pacifici-Mazzoni, esprime la trasmissione di qualunque diritto da una persona vivente o defunta ad un altra; così chiamasi successore il compratore, il donatario, l'erede, il legatario.

Ma questo significato ampio, generalissimo, etimologico, non si trova ad essere quello del comun linguaggio giuridico, pel quale successione vale elitticamente per successione ereditaria; cioè, sempre secondo la definizione del Pacifici-Mazzoni, sta per: trasmissione dei diritti di un defunto ad un erede o ad un legatario cioè a causa di morte, ovvero ancora, successione è il modo con cui si trasmette l'universalità dei beni e la cosa particolare del defunto (2).

Di sfuggita va ricordato altresì, che ad onta dell'uso promiscuo fatto anche dal nostro Codice Civile (3) v'è diversità etimologica fra successione ed eredità. Suc-

---

(1) Spencer. - l. c. - tom. deux. p. 327, 328, 384.

(2) Pacifici-Mazzoni. - Istituz. di Dir. Civ. It. - Libr. terz. - Part. prima. p. 23 n. 1.

(3) Art. 720, 753, 754, 755, 808, 855, 929, 944, 984.

cessione attiene al modo di trasferimento; eredità è l'obbietto della successione, del tramando (1). Sebbene ricordi il Windscheid che *hereditas* designa anche l'essere erede, la posizione giuridica che l'erede come tale assume. Significato questo soggettivo di *hereditas*. In senso stretto e proprio, le espressioni *heredes* ed *hereditas*, continua l'A., si riferivano soltanto alla successione di diritto civile (2).

Ad ogni modo, perchè si possa dare successione ereditaria, nell'accezione storica e scientifica della parola, abbisognano due requisiti: 1°) che il morente abbia diritti in proprio da trasmettere; 2°) che il ricevente sia capace di ricevere direttamente tali diritti.

Ora trasferiamoci colla mente in un gruppo comunistico. In esso, per la guisa speciale di produzione prevalente, i mezzi della produzione sono in comune ed in comune è la proprietà in genere, se si escludono i pochi beni mobili personali come: armi, strumenti, cavallo, schiavi, e persino la donna, beni che tante volte seguono nella tomba il defunto o gli sono immolati.

Infatti il Schönberg conferma ad esempio, che la proprietà privata presso i popoli cacciatori ha per oggetto soltanto cose mobili (armi, indumenti, utensili, tende, ecc.) mentre la proprietà comune ha per oggetto i luoghi di caccia, dei quali la tribù difende il possesso contro le invasioni nemiche (3).

---

(1) Buniva. - l. c. p. 6 n. 1.

(2) Dott. Bernardo Windscheid. - Diritto delle Pandette. - traduz. Fadda e Bensa - Torino - 1904 - vol. III. p. 4 n. 4.

(3) Schönberg. - l. c. p. 48. Con ciò veniamo anche a concedere, come vogliono certuni, che entro la cerchia del comunismo della produzione, da cui deriva il comunismo della proprietà, quest'ultimo abbia potuto, senza perdere le sue caratteristiche

Potrà allora, in un ambiente simile di vita comunistica, chi muore, trasmettere quei diritti di proprietà che non gode direttamente? No di certo! E cade la seconda domanda, ormai assurda, se sia possibile cioè a qualcuno ricevere di tali diritti rivelatisi inesistenti.

La logica vuole che fin che ci sia un regime comunistico, per cui la proprietà è della gente, o d'un'altro gruppo, e questo non muore coll'individuo, ma si rinnova nei suoi elementi senza estinguersi così presto: la logica, diciamo, vuole che una successione *mortis causa* vera è propria non si dia.

Ma ne soccorre del tutto l'indagine storico-filologica.

Eredità, ed i relativi derivati, son parole d'origine romana. È nell'ultima forma di costituzione gentilesca che sorge a potenza la famiglia, cerchia più ristretta entro alla comunità. E come l'ecomonia si fa prevalentemente famigliare, alla famiglia stessa spetta una proprietà detta *heredium*. *Ercto* vale per dividere; *heredium* forse significa ciò che si è diviso; come poi da *an lot:* assegnato, diviso, si ricavò l'*allodium* dei Germani. Dell'*heredium* son comproprietarî in Roma i membri della famiglia, i quali continuano a possedere in comune l'*heredium,* anche morto il padre e son perciò detti *heredes sui*. Gaio ci attesta: « *Qui quidem heredes sui ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodamodo domini existimatur* ». Con questo vocabolo *heredes*, deve

---

predominanti, lasciar vivere, specie nel suo iniziale decadimento la proprietà della donna, delle armi, e d'altri beni di consumo. L'Amadori vede nella proprietà privata della donna la prima forma di proprietà individuale. Obbiettiamo però che la promiscuità sessuale e quindi l'esclusione del possesso della donna, il matriarcato, verrebbero a costituire fasi in cui la donna non era durevolmente posseduta: tutt'altro. - AMADORI-VIRGILJ - l. c. p. 49.

poi avere attinenza come abbiamo detto, l'altro *herctum* o *erctum,* che significa ripartizione da *erciscere* d' onde l'*actio familiae erciscundae* (1). Tutti appellativi e, quel che importa, naturalmente appellati, ignoti alla prima forma genuina di comunismo.

Ancor più esplicito è il detto di Festo, riportato dal Glück: « *Veteres heredes pro dominus appellabant* ». Per conto suo conferma il Glück, che l'*heredes* è un proprietario sin dai tempi prischi di Roma. La tecnica giuridica vi elaborò l' idea di successione universale. La storia della successione ereditaria è connessa in Roma strettamente con quella della proprietà; si direbbero due lati di uno stesso istituto, nel quale spicca sovrana la volontà invididuale. Roma aveva superato quel grado di civiltà in cui non si poteva disporre degli immobili. La terra era assegnata dallo Stato in proprietà trasmissibile *(heredium)* checchè ne pensasse ancora l' opinione pubblica. Giustiniano istesso conferma l'uso antico presso i Romani della parola *heredes* per *dominus* (2). Eran due concetti che significavano istituti sorti parallelamente (proprietà e successione ereditaria) sulle spoglie del vecchio comunismo di produzione e quindi di proprietà, escludente il diritto ereditario.

Qui si accordano nella conferma: l' illazione logica e l' indagine etimologica. Nel primitivo comunismo, alla morte di un comunista, quella parte non individualizzata di mezzi di produzione ch' egli esercitava, resta confusa colla rimanente, onde s'avrà idealmente una trasmissione *mortis causa,* ma non un diritto ereditario, nelle sue diverse

(1) CARLE. - Le origini, ecc. p. 70, 75.

(2) FEDERICO GLÜCK. - Commento alle Pandette. - traduz. it. diretta da SERAFINI e COGLIOLO - Milano - 1893 - Libro V. - trad. BRUGI, p. 308, 309 n. a. p. 319.

forme fondamentali, se non si vuol identificare questo colla... legge di Lavoisier! Quello che s'avrà è insomma, giusta la denominazione del Nani, non una successione ereditaria, ma un *accrescimento* risultante dalla comproprietà (1), accrescimento, affrettiamoci a soggiungerlo, non assoluto, chè il patrimonio comune resta inalterato, ma relativamente ai superstiti. Il confondere il diritto ereditario con tale accrescimento nel senso definito, accrescimento proprio del primitivo comunismo, ed anche delle odierne oasi comunistiche, è ripetere in sostanza quell' errore grossolano per cui, parlando di proprietà, non si tien conto della serie che va dal comunismo della proprietà alla proprietà privata capitalistica e si generalizza arbitrariamente il concetto di questa. Ciò è scusabile solo perchè la proprietà privata è la forma tipica ed odierna della proprietà, come d' altra parte il diritto ereditario è il modo tipico ed esistente della trasmissione *mortis causa.*

E pur questa la ragion per cui come titolo del nostro saggio abbiam messo il particolare tipico (diritto ereditario) al posto del generale (trasmissione dei beni per causa di morte). Nel diritto, più che altrove, il linguaggio è sacramentale e tradizionale. Donde la sineddoche.

Quando l'economia comunistica si discioglie in quella famigliare, e famigliare diventa anche la proprietà, è allora che i proprietarî oramai individualizzati cominciano ad avere dei modi speciali di trasmissione *mortis causa.* Però solo quando il processo economico individuativo sarà compiuto, colla proprietà privata (quiritaria ad es.) anche il diritto ereditario, la trasmissione cioè dei beni da un *de cujus* ad altri, balzerà nella sua piena espressione.

Quando alla deduzione logica ed a quella etimologica,

(1) Nani. - l. c. p. 540.

avremo aggiunto, completando, l'induzione storica, sarà apprestata quella prova trionfale che ci eravamo ripromessi dell'inesistenza reale d'un supposto diritto naturale ereditario eterno ed immutevole nel tempo od almeno parallelo all'umana convivenza.

Ci avvarremmo, come di solito, d'un compendioso riassunto preistorico e storico, non potendoci dilungare in più minuziose nozioni.

L'Engels, in una sua operetta molto nota, riassume le cognizioni storiche e le indagini che valgono a tracciare l'origine del diritto ereditario, coeva a quella del primo diritto di proprietà privata.

Entro la cerchia serrata della gente, la trasmissione *mortis causa* avvenne prima in linea materna, eppoi col crescere della ricchezza di pertinenza del capo, si ebbe quella grande rivoluzione preistorica, di cui ha raccolto le traccie il Bachofen, specialmente presso le tribù indiane; rivoluzione per la quale ebbe a trionfare la derivazione in linea paterna e con essa il diritto ereditario paterno. Ciò che si vede del resto nei tempi eroici e classici della Grecia. Una prima conseguenza di tutto ciò, fu il sorgere della famiglia patriarcale, tipica la romana, della quale già demmo il concetto (§ 28).

Ci inoltriamo così a grandi passi nella civiltà, che è caratterizzata dall'Engels nel modo seguente: il grado della produzione di merci, col quale comincia la civiltà è indicato economicamente dall'introduzione: 1) del denaro di metallo, per cui si hanno: il capitale denaro l'interesse e l'usura; 2) dei negozianti, come classe mediatrice fra i produttori; 3) della proprietà privata e dell'ipoteca; 4) del lavoro e schiavi come forma dominante. Il vincolo di famiglia corrispondente alla civiltà e definitivamente trionfante con essa è la monogamia, la signoria dell'uomo sulla donna e la famiglia

particolare come unità economica della società. Lo spirito della società civile è lo Stato, che in tutti i periodi tipici, è, senza eccezione, lo Stato della classe dominante e in tutti i casi rimane la macchina per la compressione della classe sottomessa e sfruttata. Distintivi della civiltà sono ancora: da una parte la fissazione del distacco fra città e campagna, come la base della divisione sociale del lavoro; dall'altra parte l'introduzione dei testamenti, per mezzo dei quali il proprietario può disporre sulla sua proprietà al di là della sua morte. Questa istituzione che colpisce nel vivo la vecchia costituzione gentilesca era sconosciuta ad Atene fino a Solone, in Roma fu introdotta presto, non sappiamo però quando; presso i Tedeschi l'introdussero i preti, affinchè l'onesto Tedesco potesse lasciare senza ostacoli una parte d'eredità alla Chiesa (1).

A questo sunto compendioso che mostra, già pel comunismo originario, la dipendenza del modo di trasmissione dei beni *mortis causa* dal sistema di produzione invalente e lo svolgersi di nuove formazioni giuridiche antitetiche in seno a quello, sino a prevalere colle mutate basi economiche — faccian seguire una più minuziosa riprova storica dell'asserto, per ciò che si riferisce alle epoche storiche successive: cogliendo la caratteristica predominante, e ponendo sin d'ora sott'occhio al lettore l'avvertimento ripetuto dal Labriola per cui: la storia concreta, dacchè c'è la differenza di classi ed il dominio dello Stato, non conosce alcun periodo di pura omogeneità di tipo sociale (2). Vi son sempre insomma avanzi e germi di altre economie.

(1) Engels. - Der Ursprung, ecc. p. 40, 41, 42, 185. 186.
(2) Art. Labriola. - l. c. p. 247.

B) *Il Diritto Ebraico.* — § 43 - Dalla Bibbia al Talmud.

§ 43. — Non parliamo dell'Egitto, ove la casta immobilizza il patrimonio e perciò il testamento, la forma con cui il diritto ereditario s' afferma nella sua pienezza, non esiste.

Anche presso gli Ebrei dei primi tempi non esiste il testamento che appare più tardi (1). Il Diritto Ebraico si evolve dalla Bibbia al Talmud (2). Nella Bibbia ebraica si rispecchia un periodo in cui si tenta invano di por freno alla proprietà collettiva sfasciantesi. Si tratta di un popolo di pastori nomadi e di cacciatori che divengono via via agricoltori a sede fissa. Questa condizione si ripercuote sulla famiglia, sulla proprietà e sul modo di trasmissione di quest' ultima per causa di morte. È allora infatti dominante la primogenitura (3). Secondo il Loria, il primogenito ha due parti, la donna riceve una dote.

Nel Talmud invece si riflette l' economia privatistica, subentrata allo sfasciarsi della *gens:* il primogenito non ha più le due parti e la donna, degradata nella sua condizione economica, deve apportare la dote allo sposo (4).

---

(1) MANZATO - La successione ereditaria. p. 96. — Ai tempi di Giuseppe, gli Egizî, costretti dalla fame, si danno schiavi e cedono le loro terre a Faraone, il quale le ridà contro il canone di un quinto dei raccolti. Sono esclusi i beni sacerdotali. - Gen. XLVII. - Ciò arieggia al vincolo feudale.

(2) Il Pentateuco è del 5.° sec. a. C. La compilazione del Talmud si chiude nel 6.° sec. d. C. - DAVID CASTELLI. - Gli Ebrei. - Firenze. - 1893. p. 169.

(3) Genesi - XIII - XXV, 27 - XXVII, 28 - XXV, 31, 32, 33, 34 — Deuteronomio - XXI, 15, 16, 17. - XXV, 6.

(4) LORIA. - l. c. p. 116,

C) *Il Diritto greco.* — § 44 - Atene. La legge di Tolone. — § 45 - Sparta.

§ 44. — Qui è interessante ricordare l'opera legislativa attribuita a Solone, poichè è quella che apporta il più grande mutamento nel modo di trasmissione dei beni *mortis causa*. Narrando la vita particolare di Solone, (640-559 a. C.), Plutarco lascia anche intravvedere quale fosse l'esistenza della società ateniese di quel tempo. Vivevano allora gli Ateniesi divisi in tribù. L'economia pastorale sembrava cedere il predominio a quella agricola. La famiglia era già forte, v'erano le classi, v'era l'organizzazione politica: la città. Gli istituti giuridici dovevano essere dello stesso spirito. Già la proprietà andava facendosi individuale, e con essa il modo di trasmissione *mortis causa* diveniva individuale. Narra infatti Plutarco, che, mentre per l'addietro non era concesso ad alcuno di far testamento ed i beni dovevano restare nel casato, Solone lasciò in balia di colui che non avesse figli di disporre a volontà delle proprie ricchezze, purchè l'atto fosse libero nel più ampio senso della parola. Si risentiva ancora l'influenza della successione famigliare tramontante nel rispetto tributato a diritti dei figli. Alle donne era fatto divieto di portar dote nel maggior numero dei casi (1). Il Manzato accenna al diritto di diseredazione sancito nelle leggi soloniche, ciò che mostra ancor meglio l'ammessione tacita della successione famigliare altrimenti praticata. Il testamento si sarebbe usato per dotare le figlie. Mancando i figli gli istuiti eredi dovevansi adottare.

Da tuttociò si può ben concludere però, che collo sfasciarsi della economia comunistica e dell'ultima sua

(1) PLUTARCO. - Vite degli uomini illustri - trad. GIROLAMO POMPEI - Milano - 1902, p. 82, 83, 85.

forma famigliare, col sorgere della proprietà individuale, il diritto ereditario si afferma via via più completo.

§ 45. — A Sparta cotali norme di diritto successorio entrarono in vigore cinque secoli dopo la morte di Licurgo, cioè soltanto nel IV° a. C. Licurgo essendo morto, secondo la comune cronologia, nel IX° sec. a. Ç. (1).

D) *Il Diritto Romano.* — § 46 - Cenno introduttivo. — § 47 - La costituzione gentilesca di Roma alla vigilia della sua storia; famiglia, proprietà, modi di trasmissione dei beni *mortis causa* — § 48 - La città: lotte di classe fra il patriziato e la plebe. — § 49 - L'evolversi del Diritto Romano culminante nell'epoca repubblicana. — § 50 - La famiglia e la proprietà. — § 51 - I modi di trasmissione dei beni *mortis causa* prima e dopo delle XII Tavole. La *bonorum possessio.* — § 52 - Le limitazioni di capacità nel diritto ereditario romano. — § 53 - I rivolgimenti sociali. — § 54 - Giustiniano: le sue compilazioni e la sua legislazione successoria. — § 55 - Riflessioni conclusionali sul Diritto Romano: nuovi orizzonti che s'aprono al suo studio.

§ 46. — Ed ora accostiamoci al colossale edificio romano. Tentiamo di denudarne le salde fondamenta, di discernerne il piano architettonico. Ma prima facciamo una doverosa confessione. Niuno che abbia anche la più superficiale conoscenza, non parliamo di domestichezza, col Diritto Romano, avrà a meravigliarsi, se noi pure dichiariamo il senso come di sgomento, che conturba chiunque si accinge ad una simile indagine.

Le ricerche numerosissime, quasi diremmo immense, degli storici in genere e dei giureconsulti in ispecie, per tutto il tempo che corre dalle raccolte giustinianee ai dì nostri, non ci han dato ancora una storia giuridica completa e sicura di quel popolo e forse ne hanno spesso intricata la materia ed oscurata la verità (2). In un

(1) MANZATO. - La success., p. 97.
(2) CARLE. - Le origini, ecc. p. 89.

tale campo strettamente giuridico sono ancora copiose le lacune e profonde, spesso insanabili, le dispute, quantunque alla bisogna si siano posti anche ultimamente, col corredo dei progrediti mezzi odierni di ricerca, degli ingegni sommi nell' analisi minuta e nella sintesi compendiosa.

Ora si pensi quanto più dobbiam sentirci compresi della difficoltà del compito che ci assumiamo, noi, che non soltanto vogliamo tracciare una storia succinta del Diritto Romano, per quel che si riferisce alla trasmissione dei beni *mortis causa*, ma, penetrando più al fondo, vogliamo cercare di scoprire per quali rapporti di produzione della vita materiale, per quali conflitti od accordi di classi, si vennero dapprima a formare dentro a stretti nuclei omogenei quelle idealità giuridiche che poi furon chiamate in vita imponente dal trionfare delle stesse forme economiche che fin dal primo abbozzarsi avevan determinate le prime ed ora, affermatesi completamente le trasformavano in sovrastrutture giuridiche, fra l'altro in sistemi di proprietà e di famiglia, (1) dai quali due attinge il suo spirito intimo il diritto ereditario!

Qui si riaffacciano, ingranditi, tutte quelle difficoltà, tutti quegli ostacoli, ai quali già accennammo (§ 40) e che sono propri della diversità del nostro metodo complesso di ricerca, da quelli sin qui invalsi.

Noi cercheremo di avvalerci delle indagini più accreditate e di ricevere quelle conchiusioni più paci-

(1) « *Rivolgendoci allo sviluppo storico dell' istituto famigliare, non tardiamo a convincerci che l' istituzione stessa della famiglia è il risultato delle imprescindili esigenze della produzione* » Loria. - l. c. da p. 125 a p. 130. - Ivi l'A. fa correre la storia della famiglia dal matriarcato, al patriarcato, che rispettivamente corrisponderebbero all'economia comunistica ed a quella privatistica.

ficamente ammesse. Scarteremo la ornamentale minuziosità dei particolari ingombranti, che tolgono di vista le linee fondamentali, senza però pretendere di generalizzare semplicisticamente e di elevare dei principî del tutto assoluti, in un campo sociale da noi remoto, dove la incompleta conoscenza storica e le cause perturbatrici, così numerose ed efficaci in ogni ambito sociale, rendono qua mancante la continuità, ed altrove perturbano la voluta ed ipotetica regolarità dei piani creati per comodità, spesso poco scientifica, di studio.

E si badi. Anche noi siamo convinti, dopo uno studio che è ben lontano dal pretendersi profondo, della grandiosità dell'edificio giuridico elevato dai Romani (1) sotto l' influenza del quale noi viviamo ancora, specialmente per ciò che si riferisce al diritto privato. Ma sentiamo però d' altra parte il bisogno di mettere in guardia contro le apologie feticistiche che vorrebbero poi scendere, per illazione logica, alle imitazioni odierne. Vano è sempre nella scienza l'estollimento; esso è anche procedimento negativo; peggio, è dannoso. Persino il Savigny, certo non immune da una tal pecca, affermava che la cieca adorazione del passato spegne interamente la forza del presente (2). Offusca, soggiungiamo noi, la conoscenza scientificamente esatta del passato stesso e del presente e della loro necessaria diversità reale. Si è per tal via spinti a credere, senza forse accorgersene, di poter fermare la storia, l'alterno divenire di forme sociali, nient'altro!

(1) « *Il genio di Roma è giuridico, come dev'essere d'un popolo agricolo - militare, il quale divide l' agro e difende i termini* » Bovio. - Il naturalismo. p. 53.

(2) Savigny. - Ragionamenti, ecc. p. 68.

L'edificio giuridico romano preso nella sua realtà storica non è nè condannabile nè encomiabile. Posto a confronto di altri sistemi giuridici e rapportato alle nostre condizioni sociali ed etiche ha elementi che posson tuttavia vivere, ma ne ha altri detestabili. Basterebbe ricordare il trattamento fatto in Roma ai debitori (1). Onde ci lasciano abbastanza indifferenti, date queste premesse, così gli elogi degli uni, come i vituperî degli altri.

Pel Meulenaere, il traduttore francese dello Jhering, il lavoro più grandioso che l'umanità abbia creato è appunto la formazione del Diritto Romano (2). Si ponga mente però, che, anche nella migliore ipotesi, il diritto, se non si vuole che sia del tutto uno strumento di classe, sarà sempre un mezzo dell' avanzamento sociale, più che un fine per sè stante.

Il Menger invece, chiama barbaro il Diritto Romano ed afferma, con ragione del resto, che la civiltà greco-romana fu in teoria ed in pratica inferiore alla odierna (3).

Ed il Martello, uno scrittore di Economia non di rado geniale, si scaglia con veemenza contro quella che oggidì non è poi che un' astrazione: la civiltà romana. E grida: Roma cominciò decretando il culto a *Jovi predatori* e da essa [?] la nostra civiltà ha ereditato il diritto di guerra, il monopolio dello Stato, la massima ingerenza governativa nell' attività economica dei popoli, il fasto esteriore, teatrale della pubblica autorità, la eloquenza leguleia, sofistica del Foro e della Tribuna, le confraternite del lavoro, le concessioni tribu-

(1) JHERING. - La lutte, ecc. p. XXIII e seg. 67 e seg.
(2) ID. - L' esprit, ecc. - tom. prem. - Préf. p. IV.
(3) MENGER. - Il Dir. Civ. p. 20. - ID. Lo Stato soc. p. 277.

tarie, il concentramento amministrativo, la protezione doganale (1). E non sarebbe lieve colpa!

Però, senza negare il valore grandissimo della tradizione, non vorremmo che pur di colpire la prima progenie estinta di Romolo, si dimenticasse di cercar fra noi le cause dei nostri mali. I morti lasciamoli in pace e non creiamoci dei comodi alibi alle colpe. Prendiamone anche noi la parte che ci spetta.

---

(1) TULLIO MARTELLO. - Commemorazione di F. Ferrara al Pantheon di Palermo - 22 Genn. 1906; in "*Libertà economica*,, An. IV° N. 50. - Bologna 31 Gen. 1906. p. 624. — Del Diritto Romano non aveva un gran concetto neppure il buon Heine, che vi preferiva, in tema di successione, il Diritto Giudaico. Certo senza tener conto, nel raffronto, dei gradi diversi di sviluppo. Si rileverà con intenzione che Heine aveva detestato da studente la casistica romana delle Università, come la più illiberale delle Scienze, e subiva qui un fenomeno di idiosincrazia; mentre d'altra parte era d'origine israelitica... d'onde la preferenza. Ma crediamo interessante per la loro acutezza, certo non poco flagellatrice, ricordar qui alcuni brani delle sue "*Memorie*,, : « *Welch ein fürchterliches Buch ist das Korpus Juris, die Bibel des Egoismus! Wie die Römer selbst blieb mir immer verhasst ihr Rechtskodex. Diese Räuber wollten ihren Raub sicher stellen, und was sie mit dem Schwerte erbeutet, suchten sie durch Gesetze zu schützen: deshalb war der Römer zu gleicher Zeit Soldat und Advokat und es entstand eine Mischung der widerwärtigsten Art. Wahrhaftig jenen römischen Dieben verdanken wir die Theorie des Eigenthums, das vorher nur als Thatsache bestand, und die Ausbildung dieser Lehre in ihren schnödesten Konsequenzen ist jenes gepriesene römische Recht, das allen unseren heutigen Legislazionen, ja allen modernen Staatsinstituten zu Grunde liegt, obgleich es in grellsten Widerspruch mit der Religion, der Moral, dem Menschengefühl und der Vernunft steht* » Venendo a considerare il Diritto Ereditario, l'A. afferma: « *Der Gesetzgeber der Juden hat diese Solidarität* [fra le generazioni] *tief erkannt und besonders in seinem Erbrecht sankzioniert;*

§ 47. — Ma cogliamo la vita sociale di Roma nei suoi tempi più remoti. Gli Umbro-Sabelli, i Latini e gli Etruschi, che furono le prime stirpi che popolarono Roma, passarono colla loro economia agraria e bellica attraverso agli stessi gradi di evoluzione percorsi dagli altri popoli: l'organizzazione gentilizia venne man mano cedendo il posto anche colà all'organizzazione politica: alla città.

Proprio quando incomincia la storia di Roma, l'organizzazione gentilesca ha già perduto la sua purezza primitiva e ci incamminiamo via via alla costituzione politica, alla città, ove fino dai primordi cominciò a manifestarsi un dualismo potente, quello fra il patriziato e la plebe, dualismo che costituisce di poi, in certo qual modo, la questione fondamentale della storia politica e giuridica di Roma (1).

Non ci fermeremo molto ad indagare quali fossero i rapporti di convivenza famigliare, di proprietà e di trasmissione di questa *mortis causa* entro la cerchia

---

für ihn gab es vielleicht keine individuélle Fortdauer nach dem Tode, und er glaubte nur an die Unsterblichkeit der Familie; alle Güter waren Familieneigenthum, und niemand konnte sie so vollständig alieniren, dass sie nicht zu einer gewissen Zeit an die Familienglieder zurückfielen. Einen schroffen Gegensatz zu einer menschenfremdlicher Idee des Mosaischen Gesetzes bildet das römische, welches ebenfalls im Erbrechte den Egoismus des römischen Charakters belknudet. Die Rechtsbestimmungen [dei Romani] *im Bezug auf Testamente sankzionieren hier den grinsenden Eigenwillen der Seblstsucht, des starren Personaldünkels, der bis übers Leben hinaus seine Besitzsthümer missbrauchen will und der am Ende unter dem Namen* familia *nur seine Haussklaven kennt»* Heinrich Heine. - Memoiren - Hamburgh - 1884. p. 97, 98, 125, 205.

(1) Carle. - Le origini, ecc. p. 17, 21.

della costituzione gentilizia romana agli sgoccioli, anche perchè mancano dei dati completi e certi che ben la separino dalla notte oscura dei tempi remotissimi.

Appare poi difficile studiare, nella sua essenza vera, la vita della primitiva *gens* romana quando, secondo l' espressione non troppo esatta storicamente, ma efficace, dello Jhering, la *gens* costituiva l' identità della famiglia e dello Stato (1). La *gens* romana che ci è nota, si trova di già in un periodo di avanzata decomposizione, ed ormai da essa si sono sprigionati quegli elementi che formeranno la base più propria del successivo organamento sociale.

In quella costituzione gentilesca che noi conosciamo, si hanno pertanto diverse gradazioni, che sono: *a)* la famiglia fondata sull' agnazione, comprendente i servi *(famuli)* addetti al servizio rustico od urbano *(familia rustica, familia urbana)* per cui tale nucleo bastava economicamente a sè; *b)* la gente accresciuta ed afforzata dalla clientela, propria della costituzione gentilizia, e da ultimo: *c)* la tribù, in cui già compare, nei proprî inizî, la distinzione fra patriziato e plebe.

Però la *gens* è il gruppo che stringe le stirpi migranti dell' Oriente all' Occidente: formatasi nell' Oriente, essa fu trasportata nell' Occidente, tanto dalle stirpi Elleniche, quanto dalle stirpi Italiche ed è ormai pacificamente ammesso che sia stata comune a tutti gli Arî e quindi anche ai Greci ed agli Italici (2).

Quale forma aveva allora la proprietà?

Il Carle riassume molto bene la lunga disputa attorno all' esistenza od inesistenza della proprietà collettiva presso i primi Romani. Stanno per l' esistenza di

(1) JHERING. - L' esprit, ecc. - tom. prem. p. 185.

(2) CARLE. - Le origini, ecc. p. 26, 32, 33, 36, 51.

una proprietà collettiva originaria: il Niebuhr, il Mommsen, il De Ruggero ed il Laveleye, che sostiene la ben nota legge del passaggio dalla proprietà collettiva alla privata presso tutti i popoli, legge negata dallo Spencer (1). Secondo il Padelletti invece, il quale a dir vero non ha gran seguito, che noi sappiamo, la proprietà antichissima di Roma sarebbe stata privata. S'intende che parliamo sempre della proprietà tipica in quei tempi andati: la terriera. Il Carle afferma che vi hanno dubbî circa la soluzione di un tale quesito storico, ma poi conclude col dire, che la proprietà assume tante configurazioni diverse, quanti sono i gradi dell'organizzazione sociale. Così per es. nelle antiche comunanze d'Oriente e d'Occidente v'era un territorio di famiglia, ve n'era uno del quale si ripartiva il pascolo, ed un altro dell'intera comunanza. Anche in questa disputa ci pare di poter trarre l'illazione finale, che la forma di proprietà attiene al modo di produzione ed organizzazione sociale. Siccome però questa è in un moto, sia pure quanto si vuole lento, ma pressochè dovunque continuo; così essa include avanzi vitali di organamenti superati e germi più o meno sviluppati di nuove forme: onde non si ha nella comune dei casi, come già altra volta dicemmo, un modo unico di produzione, ma un modo predominante. Così è delle forme di proprietà: stanno accanto alla forma prevalente vestigia di formazioni in gran parte trapassate, ed embrioni di forme da svolgersi in avvenire.

All'epoca della quale ci occupiamo, prevalendo in Roma un'economia *gentilesca*, la proprietà deve essere stata in prevalenza d'indole comunistica più o meno

(1) Il Loria sostiene l'antichissima comunità famigliare presso i Romani. - Loria. - l. c. p. 115.

impura. E lo conferma il Carle, dove ammette l'esistenza di una proprietà famigliare *(domus, heredium, mancipium)* di una proprietà gentilizia *(vicus, ager gentilicius)*, e d'una proprietà spettante alla comunanza delle tribù *(pagus, ager compascuus, silvae saltus)*, con prevalenza della gentilizia (1).

Il modo di trasmissione dei beni *mortis causa*, doveva corrispondere a tali forme di economia, di proprietà e di vincolo famigliare.

Afferma pertanto il Nani: si può ritenere con molto fondamento di verosimiglianza che anche a Roma abbia la successione legittima, nei primi tempi, preceduto la testamentaria. Infatti anche in Roma vi deve essere stato un periodo di tempo in cui i chiamati alla successione erano soltanto i membri della famiglia e della gente di cui faceva parte il defunto. Non esisteva un patrimonio privato, ma soltanto un patrimonio della famiglia e della gente. Quindi morendo alcuno, padre di famiglia, le sostanze di cui egli era in possesso durante la sua vita, passavano ai figli, alle figlie, ai discendenti suoi; ai *domestici heredes* passavano meno per diritto ereditario, che per diritto di comproprietà. Se mancavano i *domestici heredes*, allora si devolvevano agli altri membri della famiglia e della *gens* con lui non conviventi (2).

È insomma pacificamente ammesso, esprimendoci più concisamente, che entro la cerchia della costituzione gentilesca romana, i figli si consideravano, vivente il padre, comproprietari dell'*heredium*, e morto quegli, si consideravano, per questa comproprietà famigliare, eredi di sè stessi *(heredes sui)* e si continuava a tenere indiviso

(1) Carle. - Le origini, ecc. da p. 60 a p. 74.

(2) Nani. - l. c. p. 532.

il patrimonio comune, assecondando un antico costume romano che si esprimeva colle parole conservateci da Gellio: « *ercto non cito* », che, stando all'interpretazione del Carle, significherebbero che non si dovesse procedere alla divisione immediata del patrimonio (1).

Secondo il Maine, citato dal Loria, nel primitivo Diritto Romano l'eredità intestata è la norma, ed il testamento (2) non ha, nei primi tempi, altro scopo, che di assicurare una parte del retaggio famigliare ai figli emancipati, i quali, altrimenti, secondo lo stretto diritto, ne sarebbero rimasti esclusi (3).

Ma è proprio sull'esistenza o meno del testamento nel periodo gentilesco storico di Roma, che manca l'accordo fra gli scrittori.

Fu a questo proposito che l'Engels, rigidamente fedele ai concetti del materialismo storico, attaccò il Lassalle, che, nonostante i complimenti scritti al Marx attorno alla formulazione del nuovo metodo d'intendimento dei fatti umani, si guardò bene dal farne tesoso.

Scriveva per l'appunto l'Engels: il « *Sistema dei*

---

(1) CARLE. - Le origini, ecc. p. 32, n. 1. - Ivi l'A. riporta l'interpretazione di quelle parole data da Servio e cioè: « *patrimonio vel hereditate non divisa* ». Fa anche derivare il Carle *ercto* da *ercisco*; *cito* sarebbe un avverbio derivante da *cieo* e significante: immediatamente. Ed allega in appoggio un testo ricavato dal Petri: « *De vendenda hereditate: consuetudo antiquorum esse solebat ut frater de rebus suis immobilibus non venderet nisi fratri, propinquus propinquo, nec consors nisi consorti, si emere vellent* ».

(2) « Testamentum *è giusto il senso letterale il risultato del* testari, *cioè della invocazione dei testimoni adibiti alla confezione dell'atto d'ultima volontà (Gai. Ulp. Gell.)* » WINDSCHEID. - l. c. - v. III. p. 30 n. 1.

(3) LORIA. - l. c. p. 136.

diritti acquisiti » del Lassalle s' aggira, specialmente nella seconda parte, attorno al concetto che il testamento romano sia vecchio quanto Roma stessa, che non ci sia mai stato per la storia romana un tempo senza testamento; che il testamento sia anzi sorto nel tempo preromano, dal culto dei morti. Lassalle, come credente hegeliano ortodosso, trae le disposizioni giuridiche romane, non dai rapporti sociali dei Romani, ma dall'idea speculativa del volere, e giunge perciò ad una affermazione totalmente contro la storia. Non ci si può meravigliare di ciò in un libro, che sulla base della medesima idea speculativa, giunge al risultato che nella trasmissione ereditaria romana, il tramando dei beni sia un puro accessorio *(reine Nebensache)*. Lassalle non soltanto crede alle illusioni dei giuristi romani, specialmente del primo tempo, ma persino le sorpassa (1).

È bene non cadere nelle infatuazioni giuridiche del Lassalle, senza però incorrere nelle affermazioni assolute e perciò facili ad essere malcomprese dell' Engels.

La mancanza di testamento potè anche avverarsi, e diremmo s' avverò, se le più fondate ipotesi potessero valere per verità, nella primissima *gens* delle stirpi romane, ma in quell'avanzata costituzione gentilesca, studiata da noi, esisteva il *testamentum*.

Nè ciò danneggia invero il nostro assunto cardinale. Non bisogna badare ai nomi, che spesso, nel diritto più che altrove, restano anche mutatane la sostanza. Abbonderebbero gli esempî. Forse che la parola *matrimonio*, qualunque ne sia la genesi etimologica, s' è coniata pel Codice Napoleonico (2)?

(1) Engels. - Der Ursprung, ecc. p. 186. - Id. - Zur Wohnungsfrage. p. 63.

(2) Id. - Der Urspr. p. XVII.

Secondo il nostro concetto della dipendenza degli istituti successori dai rapporti sociali, in un periodo di costituzione gentilesca, le forme di trasmissione dei beni *mortis causa* si ricollegano alla vita della *gens;* laddove in una economia privatistica (l'espressione è già giuridica, non economica, rigidamente parlando, chè si dovrebbe, per esser riassuntivi, far questione di economia a salario) la trasmissione è dominata dalla così detta *voluntas,* si potrebbe leggere dall'interesse, del capo di famiglia, del privato proprietario: nulla più.

E questi concetti cambio di essere feriti dall'ammessa esistenza del testamento nell'ultima costituzione gentilesca romana, ne vengono confermati. Infatti il Carle, mentre ci attesta l'esistenza del testamento anche anteriormente alla formazione di Roma, spiega però di quello l'indole per così dire gentilesca, insistendo a più riprese su questo concetto: il testamento era certamente conosciuto in tale periodo, ma collo spirito che prevaleva nell'organizzazione gentilesca, si può affermare con certezza, che esso, dovendo esser fatto coll'approvazione del consiglio degli anziani e nelle riunioni gentilizie delle tribù, anzichè servire qual mezzo per sottrarre l'eredità alla gente, dovette invece servire per ritardare ed impedire la soverchia divisione dei patrimonî (1).

Un carattere ben diverso e più proprio verrà assunto dal testamento nel successivo periodo della storia romana.

E s'aggiunga poi, che forse non è infatuazione giuridica, come abbian già accennato, il far risalire dal Lassalle istesso l'origine del testamento romano al culto dei morti. A parte l'origine pressochè analoga

(1) CARLE. - Le origini, ecc. p. 77, 79, 504 ed altrove.

del testamento fra i Germani, che lo fecero da principio, come vedremo più oltre, *pro remedio animae*: — ciò dà una base contrattuale al testamento, come agli altri negozî giuridici (1), e mostra come contro le resistenze economico-tradizionali si faccia ricorso talora alla religione, al sentimento.

Il *de cujus* lascia i beni. L'erede romano in compenso conserva il culto del morto, coi relativi oneri. Le prestazioni economiche si bilanciano. E non conveniamo perciò col Lassalle d'altra parte, laddove egli ritiene il tramando del patrimonio una cosa secondaria. Che era mai la continuazione della personalità del defunto se non un iperboleggiamento del trapasso degli utili e degli oneri inerenti alla persona stessa del defunto?

La rapida disamina dei rapporti economici e sociali della vigilia storica di Roma e dei modi di successione *mortis causa,* mostra all'evidenza il nesso che lega i secondi ai primi. Per spiegare gli istituti successorî, anche d'allora, bisogna far ricorso all'indagine della sottostruttura sociale. È questa un'ulteriore riprova, non forzata certo, del nostro assunto fondamentale.

§ 48. — Ed ora passiamo ad un'altra fase assai più saliente della storia sociale e giuridica di Roma. Notava giustamente il Carle, che nella storia non vi ha forse avvenimento il quale abbia esercitato un'influenza così

(1) Crediamo che il risalire alle origini storiche dell'istituto testamentario per rintracciare anche di esso la base bilaterale (interpersonale) sia più logico e vero che non il sostenere tale concetto ricorrendo all'abile ripiego della bilateralità *intrapersonale*, del quale si serve il Miceli contro il Falchi che pone in dubbio la bilateralità comunque intesa del testamento e della rinuncia di eredità. - MICELI. - l. c. p. 172 e seg.

grande sulle sorti dell' umanità, quanto il passaggio dall'organizzazione gentilizia alla comunanza civile e politica. Noi non ci dilungheremo affatto sul disaccordo vivo fra il Mommsen, il Summer-Maine, il Lange, lo Jhering ed il Fustel de Coulanges attorno al carattere della primitiva città romana. Noi opiniamo col Carle, ch'essa sia più che una continuazione del processo formativo dell' organizzazione gentilizia già esistente, l'inizio di un nuovo ordine di cose sociali e segni perciò un indirizzo compiutamente diverso, il quale doveva logicamente condurre alla dissoluzione dell' organizzazione sociale precedente. Sulle spoglie di questa ne sorgeva una nuova, la quale è caratterizzata tosto dall' antagonismo e dalle lotte conseguenti fra il patriziato e la plebe.

La plebe era venuta sorgendo, come pensa anche il Vico, entro la costituzione gentilesca in isfacelo e proprio dentro la tribù, segnando gli inizî della vita civile e politica e soffocando la clientela, propria dell' organizzazione gentilizia. Onde non è fuor di probabilità l' ipotesi del Carle, che prendiamo a guida in questo nostro studio, e pel quale la plebe primitiva consterebbe di due elementi, e cioè: di un primo nucleo uscito dall' organizzazione gentilizia, attorno al quale si incorporano altri contributi tolti da immigrati e da sconfitti. Essendo fuori dei quadri dell' organizzazione gentilizia, la plebe fu posta in antitesi al *populus* e detta *plebs* (folla) forse dall'impressione ottica che avrà destato nei patrizî. Numa spartì fra i plebei più poveri *(tenuiores)* l' *ager* conquistato da Romolo e divise la plebe in *collegia* (corporazioni d' arti e mestieri), togliendola dalla dipendenza dei *patres*. La plebe fu poi rafforzata dall' aggregamento della popolazione più povera di Alba.

L' attitudine più caratteristica della plebe fu quella di lotta contro il patriziato (1).

Tramontata la costituzione gentilizia, la *gens* rimase il legame rigido dei patrizî. E giusta la dizione di Cicerone furon detti gentili: « *qui inter se eodem nomini sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servitutem servivit. Abest etiam nunc. Quid capite non sunt deminuti* (2) ».

La plebe ha un' esistenza di fatto, il patriziato ne ha una di diritto. Ecco la veste giuridica del dualismo d' interessi fra i due ordini; dualismo che, nato nella tribù, viene a costituire il gran dramma della città. Non riuscì a Tarquinio di far rientrare la plebe nella cittadinanza romana, onde la lotta fu impari ancora per un gran tempo. Ma quando Servio Tullio pervenne colla sua riforma a tale intento, si chiuse il periodo esclusivamente patrizio in cui dominavano ancora la discendenza e la nascita e s' iniziò quello patrizio-plebeo, nel quale i due ordini, dopo di essere entrati a far parte del medesimo popolo sulla base del censo, finirono per avviarsi fra lotte e dissidî al pareggiamento giuridico e politico. Altre città ebbero forse una costituzione analoga, come Atene per opera di quelle leggi che vanno sotto il nome di Solone, e delle quali facemmo un cenno rapido. Dopo la riforma di Servio Tullio, la plebe venne ad avere un terreno giuridico e legale sovra cui potè misurarsi col patriziato, ed un' assemblea in cui potè impegnare la lotta. Da quel tempo potè manifestarsi quella legge che, secondo il saggio Aristotile, determina tutte le rivoluzioni politiche e sociali

(1) CARLE. - Le orig. da p. 211 a p. 215; da p. 169 a p. 179.

(2) SAVIGNY. - Ragionamenti, ecc. p. 83.

e per la quale gli eguali sotto un aspetto, tendono anche a diventare uguali sotto tutti gli altri aspetti. La lotta fra patrizî e plebei, che si riduce al comun denominatore del pareggiamento giuridico e politico dei due ordini, s' ingaggia ora contro i maltrattamenti inflitti ai debitori; ora contro l' arbitrio del magistrato; ora per la ripartizione dell' agro pubblico; ora per l' incertezza del diritto, ed ora infine contro il divieto dei connubî fra il patriziato e la plebe, e l'esclusione di quest'ultima dalle magistrature e dai sacerdozî. Le XII Tavole rappresentano un compromesso. Ma la lotta fra patrizî e plebei, la quale forma, come accennammo, la chiave della storia sociale, politica e giuridica di Roma, come intuirono moltissimi pensatori, da Vico a Marx: durò finchè la plebe finì per far entrare nella costituzione di Roma i proprî magistrati (tribuni della plebe), i proprî plebisciti ed i proprî comizî tributi (1).

§ 49. Pel nostro limitato argomento, ci importa di vedere le conseguenze giuridiche di una tale lotta. Noi distinguiamo, scrive in sostanza lo Jhering, nella storia del Diritto Romano tre sistemi, fra i quali il secondo, di cui la fioritura corrisponde a quella della repubblica, è il sistema specifico romano, e riassume il trionfo delle vedute nazionali romane, ne forma insomma il diritto tipico. I due altri sistemi sono i due anelli opposti, per mezzo dei quali il Diritto Romano si collega alla storia straniera a Roma. Il primo rappresenta il capitale originario che Roma ha ricevuto dalla storia, ed il terzo, che consiste nel diritto imperiale e nelle compilazioni giustinianee, rappresenta questo capitale au-

(1) Carle. - Le origini, ecc, p. 193, 194, 178, 179, 357, 390, 394, 395, 399.

mentato dai ricchi interessi che Roma restituisce al mondo. Roma ha trovato già creato il primo sistema che racchiude quelli che si possono chiamare i punti di partenza del suo diritto. La formazione primitiva di questo sistema rimonta più addietro di ogni storia scritta nel periodo della comunità originaria di tutti i popoli indo-germanici. Esso conserva, nella forma che aveva nei tempi più remoti di Roma, una analogia incontestabile col diritto che apparve otto o dieci secoli più tardi presso i Germani; come avremo più tardi occasione di porre in giusto rilievo. I Germani nomadi dovevano restare ancora dieci secoli nella loro posizione inferiore, e lasciandoli tosto dietro di sè, il popolo romano diede col secondo sistema, di cui la formazione comincia all' epoca della monarchia, una prova lampante del suo genio per la cultura del diritto, genio derivato, si sottintende, dallo sviluppo economico-sociale. Questo sistema ci mostra a bella prima la fine dell'indecisione che aveva segnato il carattere del diritto più antico e che accompagna in generale ogni cominciamento. Il diritto e la religione, lo Stato e l'individuo si separano del tutto e la separazione si fa completa nelle diverse parti del diritto. Il diritto della repubblica ci offre l' immagine di una grande attività legislativa. La Legge delle XII Tavole è il fenomeno più saliente di questo periodo: là è il fondamento di tutto il secondo sistema. La Legge delle XII Tavole non era in fondo che una codificazione del diritto esistente. Come i fenomeni analoghi presso altri popoli, per esempio presso i Germani, all' epoca della migrazione dei popoli, essa era nata dall' incertezza divenuta sensibile del diritto. Od almeno quello è il motivo che ne diede in seguito Pomponio della sua origine (1).

(1) JHERING. - L'esprit, ecc. - tom. prem. p. 81, 82. - tom.

Ed è proprio dalla lotta fra le tradizioni patrizie e le consuetudini plebee, che si giunse alla richiesta per parte di Terentillo Arsa (292) d'una commissione che determinasse per iscritto la giurisdizione dei Consoli, si giunse alla legislazione decemvirale che fu completa nel 303 ed alla *Lex Canuleja* (309) che abolì il divieto dei connubî fra patriziato e plebe. Allo *jus non scriptum* succede così lo *jus scriptum*; allo *jus non aequum*, ossia diseguale fra patriziato e plebe, succede lo *jus aequum*. Si ha il primo codice sintetico e venerato, comune ai due ordini, onde nelle XII Tavole (che Jacopo Gottofredo, Dirksen e Voigt tentarono di ricostruire) si serbano le traccie evidenti dell'origine diversa delle istituzioni. L'organizzazione della famiglia, delle successioni, la tutela legittima degli eredi suoi, degli agnati e dei gentili, sono istituzioni patrizie. L'*usus auctoritas*, che compare quale mezzo per contrarre le giuste nozze, per acquistare le cose mobili, immobili e la stessa eredità, rappresenta uno sforzo dei decemviri, per porgere alla plebe un mezzo di uscire dalla condizione di fatto in cui trovavasi ed entrare in una condizione di diritto.

E v'è pure una parte dovuta allo *jus quiritium* formatosi sotto l'influenza del censo e delle altre istituzioni serviane, i cui concetti fondamentali sono quelli del *nexum*, del *mancipium*, del *testamentum*, dell'atto *per aes et libram*, onde pel quirite: *« uti lingua nuncupassit, ita jus esto »*.

---

deux. p. 39. - Id. - La lutte, ecc. p. 88, 93. — « *Das juristische Talent der Römer tritt schon hier sehr scharf hervor; keine Gesetzgebung ähnlicher Kulturstufen kann sich in dieser Beziehung mit den XII Tafeln messen* » Geschichte und Quellen des römischen Rechts von C. G. Bruns in Anschluss an die Bearbeitung von A. Pernice, neu bearbeitet von Otto Lenel; in: Holtzendorff. - l. c. - v. I° p. 97.

Dallo *jus quiritium* si passa pertanto allo *jus proprium civium romanorum.* Come afferma Pomponio, il diritto che sorse sulla legislazione decemvirale, mediante la *juris interpretatio*, la *disputatio fori* e la formazione delle *legis actiones*, fu nominato *jus civile.*

Accanto ad un diritto formato fuvvene sempre, anche in Roma (ed in modo più evidente, proprio colà ove il diritto si svolge più che altrove) uno in via di formazione. Accanto allo *jus quiritium* iniziatosi colla costituzione serviana, venne formandosi lo *jus civile*, i cui esordî partono dalla legislazioue decemvirale ; accanto a questo esplicossi poi lo *jus honorarium*, elaboratosi soprattutto coll' editto del Pretore, infine, molto più tardi accanto allo *jus ordinarium*, venne formandosi il così detto *jus extraordinarium* (1).

Sintesi questa molto concisa, ma che mostra già la verità dei nostri concetti attorno all' azione esplicata nella storia dalle classi sociali ed alla genesi psicologica del diritto.

§ 50. — Dopo questo quadretto sommario, vediamo brevemente, ma partitamente, l'evolversi, parallelo del resto, degli istituti giuridici relativi al vincolo di convivenza, al rapporto di proprietà ed a quello di successione ereditaria, tenendo d' occhio le due classi fondamentali che fan la storia di Roma: il patriziato e la plebe (2).

Per ciò che riguarda i rapporti famigliari, si deve por mente al fatto che prima della riforma serviana,

(1) CARLE. - Le origini, ecc. da p. 396 a p. 402.

(2) « *Il Diritto Romano si fonda sulla migliore determinazione del mio e del tuo, sulla famiglia e la successione* » BOVIO. - Il Natural. p. 41, 42.

mentre i plebei non erano ammessi allo *jus connubî* col patriziato, potevano contrarre delle unioni matrimoniali, che però di fronte al patriziato non avevano gli effetti delle *justae nuptiae*. I plebei avevano i semplici *matrimonia*. Onde la famiglia patrizia fondavasi sull'agnazione; la plebea sulla cognazione. La riforma di Servio spianò il campo al pareggiamento dei due ordini. La *Lex Canuleja* (309 di Roma), la quale seguì a breve distanza la legge decemvirale, abolì poi il divieto dei connubî fra patriziato e plebe, come accennammo (1).

Così giustamente scriveva il Nani: già le Leggi delle XII Tavole, coll' eguagliare il diritto diedero un primo colpo all' autonomia della *gens*, la quale in progresso di tempo era destinata a scomparire, a misura che più salda diventava la compagine dello Stato. Doveva venir il giorno in cui sarebbero stati spazzati via i vecchi ruderi dell' ordinamento politico (sociale, diremmo noi), che aveva preceduto lo stato romano. Allora la costituzione della *gens* non lascia più che una assai debole traccia di sè in qualche punto del diritto civile.

Per contro, continua lo stesso A., campeggiò in questo secondo stadio dell' evoluzione sociale romana un altro istituto che rappresenta un più piccolo gruppo di persone: la *familia*. Non si fonda essa sulla cognazione, non sulla parentela naturale: ha la sua base in una pura concezione del diritto (che riveste l'economia famigliare d'allora, diremmo noi) e significa un rapporto di signoria, di dipendenza. *Familia* comprende tutte le persone e le cose che si trovan soggette alla potestà del *pater familias*. E questa potestà non conosce restri-

(1) CARLE. - Le origini. ecc. p. 351, 188.

zioni (1) in diritto, anche se nella pratica il rigore appare molto temperato.

Ma fra le due specie di famiglia, corrispondenti alle due classi fondamentali: la patriarcale, patrizia, agnatizia e la plebea, consensuale, cognatizia, prevalse la prima e la plebe, quanto all'ordinamento della famiglia, dovette cercare d' imitare in qualche modo l' organizzazione famigliare patrizia. S'ebbe così la famiglia quiritaria, la cui origine e la cui indole valgono poi a spiegare il diritto successorio romano dopo le XII Tavole.

È presto delineato anche il carattere della proprietà romana prevalente e tipica di questo periodo che noi stiamo studiando.

Alla plebe non s'era già concessa altra proprietà all' infuori di quella privata del capo di famiglia occupata e tosto usucapita; onde si spiega come Servio Tullio, allorchè volle ammettere i plebei alla cittadinanza, ve li chiamasse in base al censo, cioè in quanto erano capi di famiglia e, come tali, avevano uno spazio di terra su cui vivere. Ne segue che l'unica proprietà che potè essere riguardata come posta a base della comunanza patrizio-plebea, perchè era la sola che fosse comune ai due ordini, fu la proprietà privata. Tutte le altre forme di proprietà vennero ad essere poste in seconda linea, o, come vorrebbe il Carle, in disparte. Ed è certo che si può dire col Summer-Maine che i Romani furono i creatori della proprietà individuale (2).

§ 51. — Ci siam così aperta la via ad una più ponderata discettazione dell'argomento che ci interessa da

(1) Nani. - l. c. p. 135, 136, 137.

(2) Carle. - Le origini, ecc. p. 515, 516, 517, 192, 193, 364, 455.

vicino. Ora noi tracciamo, naturalmente nel modo più conciso anche qui, l'evolversi degli istituti successorî patrizî e di quelli plebei, il loro fondersi colle Leggi delle XII Tavole ed il loro svilupparsi ulteriore.

Si comprende facilmente, ed è bene ricordarlo sin d'ora, che la costituzione della gentilità romana non poteva conciliarsi colla libertà di disporre delle fortune. E anche un rilievo fatto dallo Jhering. Nell'epoca posteriore a questa della quale stiam per parlare, una simile libertà non potè stabilirsi che sulle ruine della gentilità. Perchè la *gens* fosse stabile e salda, bisognava che avesse una base materiale solida, bisognava che ci fosse un certo legame assicurato fra essa e le fortune che rinserrava (1). Tutto ciò è ovvio, ci sembra.

Infatti, sull' illanguidire della costituzione gentilesca, quando al patriziato era riconosciuta una posizione di diritto ed alla plebe una condizione di fatto, diverse furono anche pei due ordini le forme di trasmissione dei beni *mortis causa*. Il capo di famiglia patrizia faceva il testamento coll'approvazione dell'assemblea della tribù dapprima, eppoi davanti ai comizî della città. Tali comizî eran quelli detti *curiati calati*. Ivi il popolo approvava il testamento per legge *(lex)*. Da questi comizî il *testamentum* piglia il nome. Nel concetto delle genti patrizie, il testamento costituiva materia di diritto pubblico, siccome alterava le norme relative alla successione gentilizia e quelle riferentisi ai *sacra*. Questo testamento è proprio dei patrizî, perchè dapprima i plebei continuarono ad applicare la *fiducia*. Tali formalità servivano a conservare l' *heredium* nelle famiglie e ad impedire che il patrimonio uscisse dalla gente, quando

(1) JHERING. - L' esprit, ecc. - tom. prem. p. 199.

veniva a mancare l'erede naturale (1). Libero di fatto, formalmente il testatore, da principio doveva nominare gli *heredes sui*, sia pure diseredandoli, ed è questo forse l'unico omaggio ai diritti della famiglia, quando ancora non esistevano le ragioni legittime (2).

I membri della comunanza plebea compievano il testamento mediante un atto di *fiducia*, col quale si rimettevano le cose ad un amico o congiunto, acciocchè dopo la morte del *de cujus* ne facesse la distribuzione. Ciò che si vedrà risorgere nel medioevo, insieme a tanti altri di questi istituti romani e di queste forme, principalissima ad esempio la confezione del primitivo testamento nelle assemblee barbariche.

Si ebbero così due specie di testamento con scopi diversi.

Quando la plebe venne a far parte del *populus* per la riforma di Servio Tullio, s' ebbe un testamento comune ai due ordini: quello descrittoci da Gajo. Nei comizî *centuriati calati*, raccolti, come narra Gellio, due volte all' anno, e non più come avveniva dei *curiati*, radunati dai pontefici in caso di bisogno: il testamento dei patrizî e dei plebei non dovette più essere approvato dal popolo, che interveniva come testimonio. Così il testamento venne a perdere via via il carattere di *lex*, che serbava dall' antica costituzione gentilizia in decomposizione. Parallelo a questo testamento pel tempo di pace, v' era quello in *procinctu* che facevasi pure da patrizî e plebei davanti all' esercito già pronto alla battaglia. Ma s' apriva pertanto la via al *testamentum*

(1) Jhering. - L' esprit, ecc. da p. 148 a p. 150. — Secondo il detto di Papiniano: « *testamenti factio juris publici est.* » Carle. - Le origini, ecc. p. 505 n. 267.

(2) Windscheid. - l. c. - v. III° p. 144 e seg.

per aes et libram, ove i quiriti si riducono ad essere dei *classici testes, non minus quam quinque testes:* che pare fossero ricavati dalle cinque classi censuarie serviane (1) e stavano accanto naturalmente al *libripens* ed all' *emtor* (2).

Il primo monumento di legislazione romana in cui appariscono distinti i due ordini di successione, testamentario e legittimo, è la Legge delle XII Tavole (3).

In base alla legislazione decemvirale si ebbero tre ordini di eredi: gli *heredes sui,* gli agnati ed i *gentiles.*

Fu una conseguenza non dubbia del prevalere della famiglia patrizia l' introduzione nelle XII Tavole della successione legittima propria del patriziato. Come reazione a questa successione legittima, che mirava a mantenere il patrimonio nella *gens,* si sviluppò appunto il testamento, quale unico mezzo per sottrarsi alle conseguenze della successione legittima. Ed è tenace d' ora in avanti la lotta fra la successione legittima istessa e quella testamentaria (4).

La successione legittima stette a rappresentare gli antichi diritti della *gens* e quelli della famiglia; la testamentaria, quelli del *paterfamilias* (5).

---

(1) Carle. - Le origini, ecc. p. 185, 186, 505, 506, 269, 506, 476. — Jhering. - L'esprit, ecc. - tom. prem. p. 150. — Manzato. - La success. ecc. p. 99.

(2) Savigny. - Ragionamenti, ecc. - part. I. p. 139, 140.

(3) Pacifici-Mazzoni. - Studio stor. sulla succ. legitt. p. 1. — Son noti d' altra parte i due testi d' Ulpiano: « *lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur* » « *legitimae hereditatis jus, ex lege duodecim tabularum descendit* » Carle. - Le origini, ecc. p. 39 n.

(4) Id. - id. p. 545, 190, 522.

(5) Pacifici-Mazzoni. - Studio stor. sulla succ. leg. p. 3, 4.

Rincalza il Gans (1), combattuto in ciò vivamente dal Lassalle (2), che la successione *ab intestato* è l'espressione del principio patrizio, la testamentaria del plebeo: e l'opposizione di questi due principî è rappresentata appunto dal Diritto Romano. L'antitesi fra l'istituto conservatore patrizio (successione legittima) e l'individualità e la volontà libere del quirite (testamento) spiega forse a nostro modo di vedere, la nota massima *« nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest »*. Come potevano i due principî opposti ispiranti i due modi di trasmissione conciliarsi da una sola persona, in un solo atto? Ciò doveva naturalmente ripugnare alla finezza giuridica dei Romani.

E se nel periodo gentilizio la successione legittima, fondata sul costume precedette e prevalse certamente sulla successione testamentaria, nello *jus quiritium* invece, la successione testamentaria fu la prima ad essere accolta, ed ebbe incontestata la prevalenza sulla successione legittima. Le determinanti sociali eran di molto mutate, anzi si può dire che si fossero capovolte.

Il testamento *per aes et libram* è l'espressione vera della disposizione delle XII Tavole (Cicerone): *« Uti paterfamilias legassit super familia, pecunia tutelave suae rei, ita jus esto »*. In base a tale norma, il testatore quirite può disporre in qualsiasi modo del proprio patrimonio, dimenticando anche di avere dei figli (3).

(1) " *Revue des deux Mondes* ,, N.° già cit.

(2) LASSALLE. - l. c. - Zw. Th. Erst. p. 235, 236.

(3) CARLE. - Le origini, ecc. da p. 549 a p. 553, p. 510 511, 469 n. - Ivi è ricordata l'incertezza intorno all'ordine dei frammenti delle XII Tavole. Nella ricostruzione del Dirksen la disposizione surriferita appare la 3ª della tav. V.; in quella del

Ma poi in processo di tempo, si vennero a porre dei limiti all' assoluta libertà del testare, per impedire gli abusi facili.

Per diseredare un figlio, il padre, pur avendo tal diritto, doveva avvalersene in modo espresso, come già vedemmo (1).

Quando nei testamenti non era destinata ai parenti prossimi almeno una parte di ciò che veniva loro attribuito dalla legge in caso di inesistenza del testamento, si faceva istanza per far togliere di mezzo tali atti di ultima volontà (2). Si ebbe così la *querela inofficiosi testamenti,* attorno alla cui indole è viva la contesa fra i romanisti.

Secondo il Pacifici-Mazzoni, essa era concessa alle persone cui non erasi lasciata la legittima loro dovuta per assoluto precetto di legge (3).

Il Windscheid ricorda le interpretazioni diverse date alla *bonorum possessio.* Fra queste, due sono principalissime. 1) Il Savigny, lo Schirmer, lo Huschke, il Köpper e lo stesso Windscheid pensano in sostanza, salvo divergenze nei particolari, che il pretore romano nella concessione della *bonorum possessio* avrebbe fin da principio mirato allo scopo di completare e modificare la successione dello *jus civile.* 2) Secondo un' altra opinione, la *bonorum possessio* diventa soltanto nella successiva evoluzione un nuovo ordinamento della successione ereditaria, mentre lo scopo originario di essa sarebbe stato affatto diverso, e cioè: il regolamento dello stato di

---

Voigt, invece, viene ad essere la 1.ª della tav. IV. — LASSALLE. - l. c. - Zw. Th. Zw. Abt. p. 385.

(1) CARLE. - Le origini. ecc. p. 512, 513.

(2) WINDSCHEID. - l. c. - v. III. p. 150.

(3) PACIFICI-MAZZONI. - Stud. st. sulla succ. leg. p. 135.

possesso nella controversia ereditaria (Fabricius, Hingst, Vangerow, Brinz); il provvedere l'erede civile d'un mezzo celere pel conseguimento del possesso dell'eredità (Löhr); il rendere possibile la chiamata successiva fra gli eredi civili nel loro interesse proprio, come nell'interesse dei creditori dell'eredità (Leist) (4).

Anche il Glück s'occupa a lungo della *bonorum possessio.* Egli ricorda in proposito la definizione dello Hellfeld: « *Querela inofficiosi est actio competens heredibus necessariis ex iusta quidem et falsa causa exheredatis, contra heredem in testamento scriptum, ad id, ut testamentum quoad ad formam recte conditum rescindatur, sibique hereditas ab intestato concedatur* ». Per conto proprio pensa il Glück, che la querela del testamento inofficioso sarebbe da definire più esattamente, dicendo, essere quel mezzo giuridico di cui si servono gli eredi necessarî che sono stati preteriti o diseredati, in una forma in sè veramente non invalida, ma non di meno ingiusta, sì contro l'erede instituito, sì contro ogni altro successore che subentri al suo luogo e che ha lo scopo di fare annullare il testamento fatto, come inofficioso e di far dichiarare per conseguenza l'attore come erede legittimo del convenuto e di far restituire all'attore l'eredità con tutti gli utili e le pertinenze, mediante un inventario giuridicamente valido o, in sua mancanza, una specificazione giurata. Chi vuole efficacemente promuovere la querela del testamento inofficioso, non solo deve essere un prossimo erede intestato, ma deve pure avere un diritto alla legittima; l'una qualità è insufficiente senza l'altra. Querela e legittima si possono dire due aspetti di una stessa istituzione giuridica. Si comprende

(1) Windscheid. - l. c. - v. III p. 17 n. 4, p. 18.

quindi come esattamente la legittima possa esser stata detta *« portio quae sufficit ad excludendam querelam »*. Vi sono persone, scrive sempre il Glück, le quali secondo il diritto pretorio possono pervenire all' eredità, nella quale per diritto civile non hanno pretesa alcuna, in quanto il più recente diritto civile non abbia imitato qui dal modello del pretore. Tal diritto che il pretore, o, sull' esempio di lui, una nuova legge civile accorda sopra una eredità, dicesi *bonorum possessio*. Per questa via, per esempio, il coniuge superstite può per l' editto del pretore *Unde vir et uxor* ottenere, quando egli non abbia lasciato alcun parente capace di succedere, l' intiera eredità del defunto, sulla quale per il diritto civile non avrebbe potuto accampare alcuna pretesa. A favore di tali eredi pretorî l' editto introdusse un duplice mezzo giuridico, uno possessorio, cioè l' *interdictum quorum bonorum*, per giungere al possesso di cose corporali ereditarie, ed uno petitorio, cioè la *possessio hereditatis petitio* per il riconoscimento del diritto ereditario pretorio contro quel possessore che si arroga l' eredità *pro herede* o *pro possessore*. Quella vien detta possessoria perchè deriva dalla *bonorum possessio* o dal diritto ereditario pretorio (1).

Va ricordato, a mò di conclusione di questi cenni, che accanto alla forma di testamento invalente ve ne ha una in formazione: il testamento pretorio, ove i sette testimoni sostituiscono, oltre ai cinque classici, il *libripens* ed il *familiae emptor*, proprî del testamento *per aes et libram* (2).

---

(1) Glück. - l. c. p. 615 n. 93, p. 616, 617, 625 nota s, p. 808.

(2) Carle. - Le origini, ecc. p. 513.

§ 52. — Nel corso d'un breve paragrafo facciamo un cenno alle limitazioni apposte al diritto ereditario romano lungo il periodo storico esaminato.

Secondo il diritto antico, il figlio di famiglia non poteva avere eredi. Nel diritto posteriore invece, esso poteva avere eredi intestati, ma non poteva disporre per testamento che del peculio castrense (guadagnato cioè per mezzo della milizia) e quasi castrense (procacciato coll'esercizio di professioni liberali). Pel diritto romano anche gli schiavi ed i pellegrini non potevano avere eredi (quest'ultimi però potevano averli soltanto pel diritto dei pellegrini). Non potevano avere eredi coloro che avevano subito una *magna capitis deminutio* cioè i *capite damnati* (1). Erano incapaci di testare gli usurai notorî, come gli eretici (2). Così pure le donne. E già Gajo era convinto che non vi fosse alcuna *pretiosa ratio suasiva* della tutela nella quale esse erano tenute. La leggerezza d'animo comunemente loro attribuita, appariva allo stesso Gaio una ragione *magis speciosa, quam vera* (3). Di fatto tutte queste persone avevano una posizione secondarissima nella vita economica sociale, ne erano escluse dall' azione direttiva e ciò spiega anche il misconoscimento usato verso di loro di una posizione giuridica autonoma.

---

(1) Prof. LODOVICO ARNDTS. - Trattato delle Pandette. - vers. SERAFINI - Bologna 1879. - v. III° p. 134, 135.

(2) « *Sehr allgemein ist die Behauptung dass notorische Zinswucherer für testirunfähig erklärt worden seien* » « *Gewisse Ketzer von der* testamentificatio *ausgeschlossen werden* » Dr. KARL ADOLPH VON VANGEROW. - Lehrbuch der Pandekten - Marburg und Leipzig. - 1876. - Zw. B. p. 75.

(3) NANI. - l. c. p. 13.

§ 53. — Ormai il grandioso edificio giuridico romano era compiuto. Coll'assolutismo dell'Impero, pel quale la legge divien opera personale dell'Imperatore e l'influenza del Cristianesimo, (riconosciuto da Costantino e fatto religione di Stato da Graziano e Teodosio), la legislazione romana tende ad universalizzarsi e si inizia quel lavoro di raccolta che va da Gregorio ed Ermogene a Giustiniano. Ma comincia anche un periodo lunghissimo di rimutamenti. Il Cristianesimo intacca dall'Oriente il cemento ideale dell'Impero. I Barbari ruggono minacciosamente dal Nord. Invano l'Impero asside sul trono la nuova religione, invano muta la propria sede e si divide in due, invano si compendia nella propria legislazione. Resta il dualismo fra Chiesa ed Impero, onde s'hanno due potestà e due legislazioni: la civile e la canonica. Nel 476 cade l'Impero d'Occidente. Oreste capo dei barbari militanti in Italia non vuol dividere il terzo delle terre italiche, vien perciò ucciso dalle milizie. Romolo Augustolo, figlio suo, è deposto. Odoacre è acclamato capo del governo d'Italia Le condizioni di essa sono miserrime. Fatti proprietarî i barbari, ai Romani resta il colonato. Esercito, corte ed impiegati stremano le popolazioni. S'hanno ormai di fronte due elementi ben lontani ancora per secoli da quella fusione finale, che dovrem fare oggetto del nostro studio. Poi al dominio di Odoacre capo degli Eruli, successe con Teodorico quello degli Ostrogoti che va dal 490 al 552, allorchè successero i Bizantini (1). A proposito di evoluzione, intesa come progresso con-

(1) Carle. - La vita, ecc. p. 191, 192, 193, da p. 204 a p. 207. — Calisse. - l. c. - v. I° p. 7 e seg. - v. II° p. 11 e seg. p. 39, 53 e seg.

tinuo (1)! E noi dobbiamo occuparci specialmente di questo periodo, perchè è con esso che veramente si chiude la Storia del Diritto Romano.

§ 54. — Quel lavoro intenso di raccolta, di raffronto e di meditazione che va sotto il nome di Giustiniano (482-565), abbiam visto che erasi iniziato già prima di lui. È bene ricordare che Giustiniano oltre alle compilazioni, ci dette molte leggi proprie. Ed in tutta la sua attività egli ebbe collaboratore, anzi esecutore, Triboniano, Ministro di Giustizia, il quale del resto s'avvalse nell'opera di rielaborazione legislativa di molti altri. A Giustiniano si devono, in ordine cronologico: il vecchio Codice del 7 Aprile 529 abrogato nel 534 e perduto; le cinquanta definizioni, ridotte da un numero assai maggiore che erano; le Pandette, che andarono in vigore il 30 Dicembre 533; le Istituzioni, contemporanee; il nuovo Codice, dell'11 Novembre 534; le Novelle, leggi singole pubblicate da Giustiniano, compiuta che ebbe la codificazione. Vanno dal 535 al 565 (morte di Giustiniano). Sono molte, se ne contano 175. Come vedremo, qualcuna s'occupa del diritto ereditario. La raccolta loro si deve a dei privati, non a Giustiniano (2). L'in-

(1) Si « *deve pur ammettere, a partire da un certo momento, nella Roma Imperiale un'epoca di regresso. A partire da una certa epoca, la società nel suo insieme, ritorna all'economia naturale. Non soltanto, non sorge il capitalismo, come forse ci saremmo aspettati; ma l'economia monetaria scompare o almeno retrogada su tutti i punti; nei rapporti tra privati e lo Stato. Dunque le prestazioni che si facevano in altra epoca in contanti, si fanno ora in natura. Il Medio-Evo si prepara.* » G. PLATON. - Il capitalismo antico (Studio sul libro del prof. SALVIOLI); in: "*Divenire Sociale*„ An. III.° N. 1 - 1 Gen. 1907. p. 8 col. I^a

(2) BRUNS - PERNICE - LENEL. - l. c. da p. 147 a p. 159.

sieme di queste leggi costituì il *Corpus juris civilis,* che fu una delle fonti più cospicue a cui attinsero poi i glossatori d'un epoca molto successiva (1).

Per ciò che si riferisce all'argomento ereditario, occorre ricordare che Giustiniano elevò la quota legittima. Fra le sue opere legislative merita uno studio speciale la Novella 115 dell'anno 542. Il Windscheid ne fa una esposizione critica minuziosa (2).

Il testamento che prende nome da Giustiniano è una fusione delle forme anteriori, si compone di tre elementi: l'unità del contesto ed i testimoni (diritto civile) sette testimoni e sigillo (origine pretoria) sottoscrizione del testatore e dei testimonî (costituzioni imperiali) (3).

Colla promulgazione, fatta nel 554, della prammatica sanzione, fu reso obbligatorio in Italia il Diritto Romano, quale era stato riordinato nelle Pandette e nel Codice di Giustiniano. Ciò era stato fatto coll'*edictale programma* di Giustiniano del 540 o del 541 ; dopo la presa di Ravenna, quando il re ostrogoto fu condotto a Costantinopoli. Totila riprese per poco l' Italia all'Impero (4).

§ 55. — Dal breve raffronto dei rapporti sociali, di classi, cogli istituti successorî principali romani, ci pare di poterne inferire il nesso stretto che li congiunge (5) anche senza venir meno a quella cautela coscienziosa che ci impone la difficoltà della trattazione.

---

(1) Windscheid. - l. c. - v. I° - Torino - 1902. p. 1 e seg.

(2) Id. - id. - v. III° p. 153, 176.

(3) Carle. - Le origini, ecc. p. 513, 121.

(4) Calisse. - l. c. - v. I° p. 18 e seg.

(5) « *Come l'economia politica classica non è che un riflesso dei rapporti economici eretti sul salariato, così il diritto romano*

Fino a tanto che in Roma domina la costituzione gentilesca, sono i suoi principî vitali che inspirano i modi di proprietà, il vincolo famigliare e gli istituti successorî, che s'avviano già a divenire un vero *jus haereditarium*. Al subentrare della città, il patriziato e la plebe fanno degli istituti successorî un'espressione ed anche uno strumento, un usbergo della propria lotta tenace. È nella città divisa in classi che si modella il vero e proprio diritto ereditario romano ed assume le due forme fondamentali di testamento e di successione *ab intestato*. Lo Stato che si eleva al di sopra delle classi, pur essendo l'espressione prevalente d'una di esse, influisce pure sui modi di successione. Il cadere via via degli ingombri formalistici significa il prevalere sempre maggiore dei rapporti materiali sovra le astrazioni giuridiche attaccantisi alla tradizione delle vecchie istituzioni, defunte ormai.

E se dall'argomento specifico, ci facciamo a risalire a considerazioni più generali, ci pare anche di potere inferire, che a Roma, dove il diritto balza imponente nella sua rigogliosa formazione, ben se ne possono denudare le salde radici che s'affondano nella sottostante vita economica, sociale. E certamente uno studio del Diritto Romano fatto al lume dell'indagine storico-realistica e psicologica rischiarerebbe di nova luce l'ampio edificio giuridico latino, mostrandone gli elementi ancora rispondenti alla vita sociale odierna e quelli invece già superati. Poter riunire a questo scopo la maestria artistica del Lassalle, alla luminosa e profonda indagine del Marx, avvalersi inoltre dei

---

non è che una produzione ideale dei rapporti economici istituiti sulla schiavitù, e sarebbe stato impossibile senza di essa. - LORIA. - l. c. p. 116.

nuovi studî storici, filosofici e soprattutto psicologici, per ricostruire nella sua verità il monumento grandioso della legislazione romana: sarebbe senza dubbio rovesciare d'un sol colpo le cavillose infatuazioni ideologiche dei giuristi, rendere un degno ossequio al genio giuridico latino e fortificare di proficue conoscenze quelle classi nuove che vanno preparando lentamente, ma sicuramente nuovi rapporti sociali di convivenza e già alimentano in seno ai proprî gruppi di vita e di lotta nuove idealità giuridiche, che poi dovranno obbiettivarsi, coronando e garantendo le raggiunte conquiste materiali.

E) *Il Diritto Germanico Antico* — § 56 - Dai tempi di Cesare a quelli di Tacito. Modi di produzione, di convivenza e di proprietà. — § 57 - Modi di trasmissione dei beni *mortis causa*.

§ 56. — Dobbiamo rifarci addietro nei secoli per studiare nelle loro origini quell'insieme di popolazioni che van chiamate germaniche e che erano destinate a raccogliere in gran parte l'eredità di Roma, a cui si sovrapposero ben presto. Si può affermare sin d'ora, col Nani, che è storia del Diritto Germanico ciò che nel Diritto Romano è preistoria. Le prime notizie intorno ai Germani risalgono a Cesare (m. 44 a. C.) ed a Tacito (54-130). E i centocinquant'anni circa che separano il generale conquistatore della Gallia dall'insigne storico latino, segnano un notevole mutamento nella vita di quei popoli. Essi passavano dalla vita nomade di pastorizia, di caccia e di guerra, alla fissazione delle sedi. Dal comunismo si passava all'economia famigliare, alla costituzione politica. E questo mutamento del modo di produzione doveva riflettersi negli istituti giuridici: principalissimo fra essi quello della proprietà.

Cesare ci narra come presso gli Svevi il comunismo fosse completo, estendendosi anche al consumo. Presso i Germani di quel tempo i possessi si cambiavano anno per anno e la proprietà del suolo si riteneva appartenere all'intera comunanza di villaggio. Di questa proprietà collettiva son traccie i *comuni,* i *fiwaida,* cioè i pascoli dei barbari, simili ai *compascua* dei Romani, le terre dette *vicinali,* perchè ne erano condomini gli abitanti di un *vicus,* villaggio. Più tardi di tali vestigia s'impadronirono i feudatarî subconcedendole. Soltanto i Comuni le rivendicarono quali usi civici.

Ai tempi di Tacito, facendosi i possessi più stabili e duraturi, dalla proprietà collettiva. dalla comunanza, si vien svolgendo la proprietà famigliare del padre di famiglia, proprietà che di fatto spettava collettivamente alla famiglia non agli individui, col divieto di distrarne a titolo gratuito. I viventi, meglio che padroni ne apparivan usufruttuarî, dovendola tramandare a chi veniva dopo di loro. Principio che restò in fondo anche dopo le invasioni.

Questa proprietà di famiglia era simile a quella delle stirpi italiche all'epoca della fondazione di Roma. Era una fase intermedia di sviluppo. Il Laveleye ci ricorda infatti che il suolo del comune venne distribuito a sorte fra le singole famiglie, cambiando dapprima ogni anno i possessi e più tardi almeno la coltura. Perciò coloro fra i quali esisteva tale comunione e veniva gettata la sorte, si dicevano *consorti* o, perchè formavano insieme una sola comunità, un medesimo vico, si chiamavano *vicini.* Era l'*heredium* dei Romani, che qui si nomava *alodium*; mentre all'*ercto non cito* corrispondeva il *consortia*, l'assegno sull'*ager gentilicius* è qui la *sors,* il lotto dei Germani. Il riparto delle terre tolte ai vinti aumentava questa proprietà famigliare e, insieme al pro-

gresso dell'agricoltura, spingeva verso l'affermarsi della proprietà individuale. Originariamente questa s' ebbe per la casa ed il cortile, per le cose mobili, pei prodotti delle terre famigliari. Ma quando si sviluppò nella sua interezza la proprietà privata dei Germani, compresi gli Anglo-Sassoni, essa non ebbe mai per l'indole tradizionale delle popolazioni, quello sviluppo autonomo purissimo che trovò in Roma, ma serbò sempre qualche elemento feudale (1).

Anche la famiglia doveva risentire le determinanti economiche. Sinteticamente possiamo infatti ricordare che s'ebbe da principio, presso i Germani, la comunanza di villaggio, simile all'orientale antica. L'ordinamento era militare. S'avevano ancora impronte della maternità, ma era già sorto il principio dell'agnazione, con prevalenza della patria potestà. Poichè di fatto il *mundium* germanico ricorda la *patria potestas* dei Romani, senza però che il *paterfamilias* avesse presso i Germani la potenza accordatagli a Roma. Il Germano non poteva neppure vendere i beni senza l' intervento dei figli. Così la *sippe* ricorda la *gens*, i *omites* ricordano i clienti. Il culto dei trapassati ricorda i *sacra* romani (2).

---

(1) NANI. - l. c. p. 531, 254. — CARLE. - La vita, ecc. da p. 168 a p. 171. - L'A. riassume a proposito della costituzione sociale dei Germani gli studî accurati del prof. DEL GIUDICE, dello SCHUPFER, del WILLIAMS e del POLLACH. - ID. - Le origini, ecc. p. 456, 457. — CALISSE. - l. c. - v. IIº p. 121, 100. - v. IIIº p. 53 e seg. 186. — PERTILE. - l. c. p. 332. — GIUSEPPE SALVIOLI. - Manuale di Storia del Diritto Italiano. - Torino. - 1899. p. 32.

(2) CARLE. - La vita, ecc. p. 168 e seg. — CALISSE. - l. c. - v. IIº p. 121, 95 e seg. 108. - v. IIIº p. 51, 52. — LAURENT. - l. c. - v. VIIIº p. 714, 126.

§ 57. — Il diritto successorio germanico doveva essere strettamente attinente all' economia dominante, alle forme di proprietà ed all'organizzazione famigliare prevalenti. Il principio basilare era colà l' opposto di quello delle XII Tavole. I membri della famiglia che avevano in solido la proprietà, dopo che il comunismo di villaggio fu sciolto, ebbero anche in *solidum* gli immobili dell' eredità. Tacito scrive : « *Heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum* ». Unica forma di successione germanica era perciò l' intestata : « *Solus Deus* [?] *haeredem facere potest* » era il motto invalente e lo troviamo nei documenti di Demolombe. Non si ammetteva ancora il testamento nelle costumanze celtiche, nè in quelle germaniche. E perchè non v' era ai tempi di Tacito la proprietà privata, se non per le cose mobili, così non s'aveva un vero e proprio diritto successorio. Per la comunione di famiglia prevalente, lo ricorda anche lo Zachariae, mancando un membro, cresceva relativamente, la parte degli altri (1).

L'antichissima massima di diritto : « *Le mort saisit le vif* » o, come si dice in tedesco « *Der Tote erbet den Lebenden* » od in latino « *Mortuus aperit oculos viventis* », una massima giuridica che ritroviamo presso tutte le stirpi germaniche, è essa, che in quella forma energica propria delle sentenze di diritto, contiene in sè il concetto che l' eredità, colla morte dell' ereditando passa tosto e direttamente *ipso jure* agli eredi. Questi hanno un diritto proprio, che è poi quello della comunità famigliare; diritto, contro cui nulla può fare il morente. Onde

(1) Salvioli. - l. c. p. 448, 449. — Pacifici-Mazzoni. - Cod. Civ. It. comm. p. 12. — Pertile. - l. c. p. 123. — Bellognet. - citato dallo Spencer. - La Giustiz. p. 185. — Nani. - l. c. p. 532, 539. — Laurent. - l. c. - v. VIII° p. 699, 713.

agli eredi non occorre accettazione od adizione alcuna, basta la morte del *de cujus*. (Nel medioevo s'aperse la successione anche nei casi in cui si considerava morto l'individuo di fronte al diritto civile, come in causa di lebbra, di assenza dalla patria per dato tempo senza dar notizie, per il fatto che uno entrava in un ordine religioso, poi anche a cagione del bando non seguito da confisca). Philips deduce quel principio dalla necessità della difesa dei beni, che il figlio doveva assumere ancora prima che il padre spirasse, cioè durante la malattia di lui. Ma noi crediamo si tratti di influenze derivanti dalla costituzione dell'economia famigliare e della proprietà famigliare conseguente: all'erede restò sempre qualcosa dell'antica comproprietà di famiglia. Del resto quel principio è, non solo alla base del diritto popolare tedesco sin dai più antichi tempi, ma vige sempre laddove si stanziarono stirpi germaniche, che lo portarono con sè e ne plasmarono il diritto ad onta d'ogni incrociamento con elementi stranieri e romani. Così accadde in Olanda, in Inghilterra, in Francia, in Spagna ed in Italia (1).

S'è notato che il diritto barbarico non parla poi di successione degli ascendenti. Ma ciò è ovvio. Perchè ereditasse il padre, bisognerebbe che il figlio fosse fuori del mundio, altrimenti nulla compete a questi singolarmente e tutto come membro della famiglia (2).

---

(1) Salvioli. - l. c. p. 466. — Lassalle. - l. c. - Zw. Th. Zw. Abt. da p. 560 a p. 570. — Pertile. - l. c. p. 119, 120, 121 n. 7. - Come esempî positivi della sopravvivenza del principio accennato, si posson ricordare: gli Statuti di Brescia, di Verona, ed alcuni della Marca Picena; il Codice Napoleonico agli Art. 718, 1004 ed il Cod. Civ. It. del 1865, agli Art. 925, 926, ecc.

(2) Calisse. - l. c. - v. III° p. 148.

Volgiamo ora, a mo' di conclusione, lo sguardo alla condizione della donna, per ciò che attiene alla successione. Appare subito evidente che quella donna che era incapace di portare le armi, di esercitare la vendetta, e si trovava in una condizione di inferiorità di fronte all' uomo, com' era esclusa dalla vita politica, così era condannata a perpetua tutela, sottoposta perciò al *mundio*, all'autorità del *mundualdo* che era il padre, o il fratello, o il marito, mancando questi, il prossimo agnato, e, difettando gli agnati, il re (1).

Per cui questi pochi ricordi, che abbiamo delineato, della vita sociale dei Germani dell'epoca di Tacito valgono dall' una parte a confermare le analogie annunciate tra la Roma preistorica e la Germania classicamente descritta; dall' altra mostrano una volta di più il nesso stretto che avvince i modi di trasmissione dei beni *mortis causa,* collo sviluppo dei rapporti di produzione, colle forme conseguenti che assumono la proprietà e la convivenza famigliare.

F) *Il Diritto dei Longobardi e dei Franchi.* — § 58 - L' ambiente storico. — § 59 - La famiglia e la proprietà. — § 60 - La trasmissione dei beni *mortis causa.* Dall' accrescimento famigliare ai patti successorî, alle donazioni *pro remedio animae*, dette testamenti. — § 61 - Illazioni generali.

§ 58 — Ora che conosciamo i nuovi elementi che vengono a sovrapporsi agli elementi già esistenti sulla scena del vecchio Impero Romano sfasciatosi, possiamo riprendere l'ordine storico, indagando, per ciò che attiene in ispecial modo al nostro argomento, le conseguenze dei nuovi contrasti di popoli (2).

(1) NANI. - l. c. p, 14.

(2) Qui forse meglio che altrove si potrebbe riscontrare quella genesi etnica delle classi sociali, alla quale facemmo cenno para-

Il susseguire dei Longobardi e poi dei Franchi, agli Eruli, ai Goti ed ai Greci, che già avevan gravato sui paesi dell' Impero, non fece che inoltrare quel processo di dissolvimento, invano voluto arginare da Carlomagno, dissolvimento che attraverso ai municipî ed ai feudi, ai principati ed alle monarchie doveva condurre a nuove integrazioni: le nazionalità moderne. Ma sarebbero occorsi parecchi secoli!

Intanto i Longobardi, pur lasciando liberi e proprietarî i Romani, li gravarono d' un tributo; per cui ai primi toccarono le ricchezze che li misero fra le prime classi, mentre i Romani erano spinti nel maggior numero fra le plebi lavoranti e gli artigiani.

Di qui l' antagonismo profondo fra i due elementi. Tutti e due serbavano una certa forza, per cui non era possibile l' assorbimento. Diverso era il grado di sviluppo onde l' amalganarsi doveva essere necessariamente lento. Per intanto, fin che poi il disprezzato lavoro romano non risorse gettando le basi dei comuni, s'ebbero a fianco principalmente due elementi etnici, due gradi diversi di economia, onde dalla schiavitù romana e da quella germanica s'aperse la via al colonato servile; e furon così diversi i diritti che si trovarono a convivere: (dalla legislazione romana alle consuetudini barbariche) che la legge dovette a forza, specialmente coi Franchi, divenire personale. Accanto al Diritto Romano che proprio non si spense (1), s' ha quindi tutta la legislazione

---

gonando la dottrina sociologica del Gumplowicz, a quella di Marx. - § 33.°

(1) Lo dimostra eloquentemente anche il Tamassia, in una conferenza, la cui edizione ci giunge sotto mano troppo tardi per potercene servire nel testo. - NINO TAMASSIA. - L' elemento latino nella vita del diritto italiano. - Padova. - 1907. - pag. 10 e seg.

barbarica che va dalla longobardica, la quale ha per fonte principale l'editto di Rotari dell'anno 643, colle aggiunte dei successivi re Longobardi; alle leggi popolari compilate in seguito all'ordine dato da Carlomagno ad Aquisgrana nell' 802, ed al diritto regio infine, che si eleva sopra di esse e s' estrinseca nei capitolari, il primo dei quali è di Carlomagno, del 779 (1).

§ 59 — Veduti i rapporti economici e sociali di quei popoli, ci è facile comprendere l' indole complessa e mutevole delle istituzioni di convivenza e di proprietà, ed anche spiegarci in seguito il carattere degli istituti di successione ereditaria.

La famiglia agnatizia presso i Longobardi chiamavasi *fara*, nella lingua medioevale tedesca si diceva *sippe*, parola che significa pace e fedeltà, perchè nell' interno di tale nucleo, come già nella *fratria* greca, nella *gens* romana e nel *clan* celtico, dovevano dominare la pace (che esclude ogni guerra o *faida* tra i parenti) e la fedeltà, l'appoggio reciproci. Ora, tale gruppo di convivenza era basato sulla comunione del sangue e comprendeva tutti i parenti agnati ed i cognati (2).

Riguardo all' indole della proprietà barbarica, è bene ricordare, che quando giunsero ai confini dell' impero i Barbari avevano la ristretta proprietà famigliare prevalente. Premuti dal di dietro da altre popolazioni, rattenuti per certo tempo sui confini romani, i Barbari fissarono le sedi, onde s' ebbero le ultime distribuzioni famigliari. Questa è la forma di proprietà all' epoca delle

(1) CARLE. - La vita, ecc. p. 185, 186, 188, da p. 204 a p. 207. — CALISSE. - l. c. - v. II° p. 145, 151. - v. I° p. 32 36 e seg. 60, 84 e seg. — LORIA. - l. c. p. 353.

(2) SALVIOLI. - l. c. p. 28.

invasioni. Ma passati i confini romani, ripartite le terre dei vinti, si corse con certa rapidità verso la proprietà individuale, come ne veniva l'esempio dai Romani vinti. Resistè però a lungo la propietà famigliare, sino a ricostituirsi spontaneamente qualora infranta. La proprietà individuale si disse allodio, forse da *an* e *lod* o *lot*, che vale *sors*, come quella parte che toccava in sorte a ciascuno nella divisione. Allodio equivalse anche ad *haereditas*, successione legittima famigliare (1).

I latifondi predominanti in Italia sotto l'impero romano (Plinius. - *Hist. nat. XVIII. 7.)* furono spezzati dalle partizioni compiute in seguito alle invasioni barbariche, da Odoacre, dagli Ostrogoti, dai Longobardi. Più tardi però le Chiese furono il nucleo di un nuovo accentramento fondiario, mediante l'estendersi della manomorta fra i Longobardi, specialmente dopo che Liutprando ebbe liberato dalle formalità le donazioni alle Chiese e permesso ai giovani sotto ai diciott'anni di testare solo in favore delle Chiese. Ma anche contemporaneamente alle partizioni ben definite delle terre ai privati, presso i Barbari restarono notevoli vestigia di comunione, che del resto abbiam visto come non siano ancora del tutto cancellate. S'avevano cioè fra noi, come ricorda il Pertile, i così detti: *publicum, communia* o *comunalia, vicinalia* o *viganalia* (oltr'Alpe chiamati *marche*) e le *divise*. La proprietà di quelle terre era dei comunisti *pro indiviso*. Di quei fondi solevasi fare un doppio impiego, come in antico: parte eran divisi nel godimento e parte restavano comuni anche in questo. La sorte decideva sull'assegnamento della parte divisa. Se non che, la divisione venne man mano a non aversi d'anno in anno, e, pur restando nel Comune

(1) Calisse. - l. c. - v. III° p. 190 e seg.

il diritto di revoca, chi aveva il fondo poteva disporne *vitae et mortis causa*. Era insomma la proprietà individuale che soppiantava via via la comunistica. E più tardi, dal secolo XV in poi, molti Statuti riconoscono esplicitamente tale trasformazione, che segna l' avvicinamento dell' era capitalistica (1).

§ 60 — Se lento fu in genere il fondersi dei diversi principî giuridici ispiranti dall' un lato la legislazione romana e dall' altro le consuetudini e gli usi barbarici; tanto più tardarono nella specie ad unificarsi i due sistemi successorî, ed in questo campo più che altrove si fece — e si può dire si fà ancora — sentire l' influenza dei principî barbarici.

Diversamente di quel che fosse pel Diritto Romano, presso i Barbari, stanziati specialmente nell' Italia settentrionale e centrale, la successione, se tale la si vuol chiamare scorrettamente però, rimase per gran tempo famigliare, come voleva la diversa costituzione della famiglia stessa, (matriarcale eppoi patriarcale) e della proprietà; gli eredi si dissero nominati da Dio: astrazione che velava le recondite determinazioni economiche; non s' ebbero nè l' eredità giacente, nè la continuazione della personalità del defunto.

Il principio agnatizio restò poi sempre il carattere del diritto successorio germanico, anche dopo la recezione del testamento. Spettava cioè quasi tutto ai maschî che continuavano la famiglia, ne conservavano la tradizione ed i *sacra*. Il diritto successorio più che ogni altro serbò a lungo le traccie della proprietà collettiva e di quella famigliare. Nell' antico Diritto Franco, all' eredità

(1) Pertile. - l. c. p. 264, 265, 386, 332, 333, 336, 337, 338, da p. 345 a p. 350.

del genitore erano chiamati i maschî del defunto. Se non v' erano, la successione non si devolveva ai parenti più lontani. In tal caso, presso i Salî, la terra passava in proprietà del Comune. Ma a poco a poco il diritto di successione non fu più limitato ai famigliari, al casato, ma si estese anche a quelli che della famiglia non facevano parte, ai parenti in genere, al ceppo insomma. Non fu più il fatto della convivenza che generò il diritto a succedere, ma, fosse o no esistita la convivenza col defunto, era ormai essenzialmente sul vincolo del sangue, sulla prossimità della parentela, che si fondava la successione, dopo i tempi di Ottone I.° (938). Ed è allora che al diritto di accrescimento risultante dalla comproprietà, si venne sostituendo un vero e proprio diritto ereditario. S'ebbe così quel sistema di successione detto dagli scrittori lineare - graduale e definito da Tacito: *« Si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres, patrui, avunculi »*. Nel Diritto Barbarico primitivo, fino ai tempi dei Longobardi e di Ottone I.° non s'aveva la rappresentanza di persone premorte; valeva il principio: *« Der Nächste am Blut, der Nächste am Gut »*. Era la proprietà famigliare che si faceva sentire e voleva che i beni passassero a chi più prossimamente rappresentava la famiglia. Diffusasi con Ottone la rappresentazione presso i Germani, fu poi estesa dai Comuni. Presso i Barbari ereditava solo chi poteva sostenere il lustro ed i diritti della famiglia, nell' unico modo allora possibile: colle armi. Onde alle donne non spettava un diritto successorio, ma semplicemente era ad esse dovuto il corredo. Sembra che gli ascendenti fossero esclusi dall' eredità. Il Pertile pensa che ciò dipendesse dall' anormalità del caso ovvero dal desiderio che i fondi passassero a chi più aveva energia per affermare e difendere i diritti del casato. In mancanza di parenti fino

al settimo grado e di discendenti, succedevano nei tempi diversi, secondo Heusler: il comune, cioè l'insieme di coloro che partecipavano ai beni comuni e si dicevano vicini, eppoi la corte regia *(curtis regia, publicum)* ossia il patrimonio dello Stato o fisco, che però allora andava confuso con quello del Principe. Il fisco ereditava anche i beni confiscati, quelli vacanti, quelli dei liberti, o degli illegittimi senza prole (diritto di bastardaggio) ed anche degli stranieri (diritto di albinaggio); per quest'ultime due categorie, dicevasi, in cambio della tutela prestata.

Ma il trasformarsi dell'economia barbarica comunistica, ed il successivo accostarsi all'economia privatistica dei Romani, dovevano ripercuotersi anche sugli istituti successorî: così è che vediamo quest'ultimi percorrere più lentamente lo stesso cammino. Termine di partenza è l'accrescimento dei beni del defunto a vantaggio dei famigliari, o, come s'esprime Heusler, l'aggregazione dei discendenti nel possesso: l'inesistenza insomma di un vero e proprio diritto ereditario; termine d'arrivo è l'affermarsi pieno di quest'ultimo, avente per espressione culminante il testamento. Termine intermedio furono i patti successorî. Come ben mostra anche il Pertile, furono le successioni contrattuali il primo modo con cui si preparò la fusione dei sistemi successorî barbarici col sistema successorio romano. Prova ne sia l'istituto degli esecutori testamentarî. I suoi primordî si trovano già nella Legge Salica. Gli esecutori testamentarî ebbero poi nomi diversissimi presso i Barbari e stettero a ricordare la *fiducia* dei plebei romani. Lo scopo di questo istituto era di eludere la consuetudine, che non ammetteva alcuna disposizione per caso di morte. Infatti a maggior garanzia della propria volontà e contro le pretese dei parenti, il testatore simulava

una vendita della propria sostanza all' esecutore testamentario, perchè questi alla morte del primo ne disponesse nei modi prescrittigli. Di lì al testamento, il passo non era lungo, ma ci volle molto tempo, prima che presso i Barbari s' avesse il vero testamento dei Romani, sempre vivo presso questi: si doveva giungere alla recezione del Diritto Romano istesso.

Intanto la Chiesa, che pel suo Diritto Canonico negò ai membri degli ordini religiosi d'aver un erede qualsiasi, affine di giovare a questi ultimi, andò promovendo le cosidette donazioni *pro anima judicandi*, o, *pro remedio animae* e curandone la retta esecuzione. Liutprando riconobbe tali donazioni nel 713. Nel più antico diritto longobardico, esse furono dette testamenti. Il Pertile ne rintraccia il nome per la prima volta nei documenti longobardici del 768 e 770. Gli editti non ne fanno cenno. Liutprando usa il termine *donatio*. Erano quelle *donationes post obitum*. S' esclusero dal legislatore per esse le solennità richieste nelle ordinarie donazioni. Si estesero pertanto i loro scopi. Alle donazioni per cause pie, tennero dietro quelle che miravano a favorire qualche erede legittimo e le figlie in ispecie, quindi anche quelle a favore d' estranei e per altri motivi. Per non confondere tali disposizioni coi patti successorî, l' autore loro serbavasi il diritto di proprietà dei beni per tutta la vita ed anche il diritto di revoca, finchè, riconosciuto anche il nome romano di testamento, escluso perciò ogni dubbio sulla natura dell' atto, furon rese superflue e perciò abbandonate le predette cautele. Ma niente di più erroneo del confondere tali atti di ultima volontà col testamento romano. Eran detti testamenti per diversificarli dalla donazione del diritto germanico. Ma la caratteristica del testamento romano è l'istituzione d' erede, la quale invece non s' aveva in quegli atti.

In essi non dovevasi esaurire tutta la sostanza, come nel testamento romano. Si poteva disporre insomma, come nei codicilli romani e nei legati: nulla più. E nel regno longobardo s' ebbero testamenti unici per più parenti o consorti sulla sostanza comune.

Come la origine religiosa dei testamenti barbarici *(pro remedio animae)* ricorda la conservazione dei *sacra* romani; così il modo come furon fatti i testamenti presso i Barbari, richiama ancora agli usi romani. Dice il Calisse, che essendo derivato dall' adozione, il testamento longobardico, dovè farsi solennemente come quella e come tutti gli atti di trasmissione delle proprietà, davanti all' assemblea per *gairenthinx* da *gaira*, cioè la lancia, che ricorda l' asta del Romano quirite ed è simbolo di dominio, e da *thinx*, che vale assemblea. Poi si fece nelle *fabulae*, adunanze dei vicini regolate da Carlo Magno.

Ma l'innovazione stentava ad imporsi. In Germania i veri testamenti si ebbero solo nel secolo XIII. In Iscozia non sono ammessi neppure oggidì per gli immobili.

Una prova della resistenza degli interessi dei parenti si ha nelle minacce, nelle imprecazioni, negli scongiuri stranissimi cui ricorreva espressamente il testatore, perchè si rispettasse la sua volontà. D'altra parte, trionfati i testamenti nell' Italia settentrionale, la comproprietà famigliare che non aveva potuto impedirli, riuscì a limitarne la portata. Anzitutto s' introdusse con Liutprando la legittima del diritto imperiale, modificandola però. La Legge Longobardica lascia al padre il diritto di disporre di una quota del suo patrimonio spettantegli, fatta la divisione a parti eguali coi figli maschî. Si risentono quanto mai la comproprietà di famiglia ed il principio d'agnazione. Se vi erano figlie, il padre disponeva dei due terzi o della metà dei beni, a seconda che aveva una figlia o ne aveva più. Liutprando attese a migliorare

la sorte delle sorelle. Le altre leggi ricordarono però meglio la legittima giustinianea, consistente nella quarta parte del patrimonio e detta *falcidia*. La legittima ispirantesi ai principî giuridici longobardici e franchi durò sino alle codificazioni. Pel diritto napoletano, ed altri diritti, le sostanze avite, a differenza delle acquistate, dovevano andar per metà ai parenti. L'indole diversa degli istituti successorî romani, traspare anche dal fatto che il Diritto Romano fissava la legittima, come regola all'invalente libertà testamentaria, mentre il Diritto Barbarico fissò la disponibile, quale eccezione di fronte ai diritti della famiglia.

E molte altre furono le limitazioni alla libertà di testore. Si volle da principio che il testatore fosse sano all'atto dell'erezione del testamento. Ma la Chiesa, che mirava ad avvalersi delle disposizioni fatte al letto di morte, riuscì però a far sopprimere tale norma. Del resto avevano un diritto limitato di testamento: gli uomini della gleba e le donne. Ne furono esclusi i sudditi dei baroni ed in gran parte i membri degli ordini monastici, come vedemmo. Le meretrici dovevan lasciare parte dei beni alle case delle convertite: le orfanelle al monastero che le aveva educate. Illegittimi in genere, incestuosi, adulterini, eretici e loro fautori, usurai, scomunicati, ecc. erano esclusi qua e là dal diritto di testare (1).

(1) Calisse. - l. c. v. - IIº p. 190, 129. - v. IIIº p. 139 e seg. p. 166 e seg. 196 e seg. 147, 155, 156, 173, 175, 248. — Pertile. - l. c. p. 3, 4, 46, 47, 53, 54, 45, 31, 34, 35, 11, 12, 13, 16, n. 17, 55, 104, 105, da p. 15 a p. 29, 91. — Salvioli. - l. c. p. 447, 456. — Nani. - l. c. p. 255, 541, 540, 573, 576. — Manzato. - La success. ecc. p. 37, 101. — Arndts. - l. c. p. 134, 135. — Francesco Schupfer. - Manuale di Storia del Diritto Italiano. - Città di Castello. - 1895. p. 257.

§ 61 — Da questo rapido esame dei rapporti sociali, dei modi di proprietà, di famiglia e di successione ereditaria di quest' epoca, esce lampante una constatazione: mano a mano che l'economia barbarica comunistica-famigliare va scomponendosi, per far posto ad un'economia che s'accosta alla romana degli ultimi tempi, noi vediamo quasi risorgere ed imporsi, con nomi mutati, ma colla stessa sostanza, seppure con atteggiamenti più proprî e meno decisi, quei medesimi istituti successorî, che in Roma, come presso i Germani, s'addimostrano pertanto speciali, ed inerenti a dati rapporti di vita economica e sociale. Ciò che sta proprio a riconfermare quell'ordine di concetti d' indagine e di filosofia storico-giuridica dei quali noi ci siam professati seguaci.

G) *Il Diritto Feudale.* — § 62 - Il sorgere del feudalismo. Il diritto si fa territoriale. Famiglia e proprietà. — § 63 - La trasmissione ereditaria dei feudi. — § 64 - Breve considerazione sul Diritto Ereditario Feudale.

§ 62 — Coll'anno 888 cessava l' impero, nella discendenza di Carlo Magno. Prorompe allora nella sua completezza quello smembramento che Carlo Magno aveva per un po' cercato di contenere. La suddivisione dei territorî imperiali in signorie feudali, che solo di nome dipendettero poi dall' Imperatore, se per un verso è frastagliamento, dall' altro può dirsi riorganizzazione, in quanto si venne consolidando sulla terra il dominio famigliare ereditario e per l' unione avverantesi degli elemenli invasori coi romani, la legislazioue di personale che era, si fece quanto mai territoriale. Certo il regime feudale è il più territoriale di tutti i regimi e ben si potè dire che, sotto la feudalità, lo stato di uomo divenne l'accessorio della terra, l'uomo fu in certa guisa

dalla terra posseduto e le ragioni della proprietà, base e cemento unico di unione, ebbero il predominio sulla personalità in tutti i gradi della scala sociale. Tipico è allora il diritto di albinaggio che è il più assoluto misconoscimento del così detto statuto personale.

Il feudo, nella sua più completa espressione, risultò costituito di tre elementi: 1) l'uno economico, il fondo, il beneficio; 2) l'altro personale, il vassallaggio, la fedeltà; 3) il terzo politico, l'esercizio di diritti sovrani, l'immunità. Fu il capitolare di Carlo il Calvo, emanato nell'877, alla Dieta di Kiersy che riunì gli uffici coi benefici e li rese ereditarî.

Un tale regime sociale ebbe i suoi riflessi nella famiglia, nella proprietà e nei modi di trasmettere questa.

Nelle classi nobiliari e feudatarie, la famiglia restò com'era presso i Germani, fondata cioè rigidamente sul principio dell'agnazione.

Il concetto di proprietà non fu più quello romano: individuale, unitario. Le idee feudali attaccavano ogni podestà alla terra, onde la sovranità fu ridotta a forma di diritto privato. La tutela esercitata dal principe su tutto lo Stato, divenne poi un *dominium eminens*. La proprietà assunse un aspetto gerarchico. Nelle enfiteusi, nei feudi, nelle precarie, nei livelli, s'ebbe divisa la proprietà almeno fra due individui, di cui l'uno vantò la proprietà astratta, soltanto allora concepibile come fonte di preminenze politiche e di vantaggi economici mediati; l'altro quella utile. Si perdè la nozione romana, quasi assoluta, della proprietà privata, si diffusero l'espropriazione forzata senza indennizzo, l'espogliazione insomma, le regalie ed altre pretensioni. Il detto «*Nulle terre sans seigneur*», signore particolare, s'intende, fu così l'espressione sintomatica dell'epoca, poichè i feu-

datarî giunsero ad insignorirsi persino delle terre comuni per subconcederle (1).

§ 63. — Il diritto successorio feudale e nobiliare doveva evidentemente risentirsi dei principî giuridici germanici, che costituivano il diritto dei nobili ed informavano, come abbiam visto, la famiglia e la proprietà. Naturalmente per l'eredità del feudo che riuniva due proprietà: quella del concedente e dell'investito, dovevasi badare anzitutto all'atto di investitura. In via normale però furono favoriti i primogeniti. E se ne capisce la ragione. Se si fossero divisi i feudi, piccole sovranità limitate spesso all'orizzonte della vallata, esclama il Laurent, che sarebbe divenuta la potenza dei signori feudali? Si sarebbe frazionata all'infinito, vale a dire che avrebbe cessato di esistere. Molte famiglie feudali furono infatti disperse da quelle che adottando invece assai presto il principio salico, tenendo riuniti i beni, accrebbero di potere e giunsero alla corona regia. È la storia della Casa di Savoia, che trionfò sui signori feudali che le stavano attorno e, passata anche la raffica comunale, riprese vigore al tempo delle signorie, destreggiandosi poi sempre a dritta ed a manca. Il vassallaggio imponeva l'obbligo del servizio militare, come accennammo, onde chi non era atto alle armi, non poteva essere investito. E così fu per le donne, per gli eccle-

(1) Calisse. - l. c. - v. I° p. 102 e seg. 97 - v. II° p. 234, 126, 214, 218, 224, 232. — Luigi Armanni. - Appunti alle lezioni di Diritto Pubblico Interno, pronunciate alla Scuola Sup. di Venezia - v. III.° p. 355, 356. — Carle. - La vita, ecc. da p. 210 a p. 214. — Pacifici-Mazzoni. - Studio stor. sulla succ. p. 194, 195, 196, 197. — Pertile. - l. c. p. 169, 196t 199, 204. — Manzato. - La succ., ecc. p. 102.

siastici, pei difettosi di corpo, pei muti, per i ciechi. Presto però agli ecclesiastici ed alle donne fu riconosciuto il diritto di succedere nei feudi. Il servizio militare veniva non di rado esercitato direttamente. E più spesso ancora, preti e donne ne incaricavano altri. Il Laurent vede nella successione femminile il principio di dissoluzione dei feudi. Secondo il Nani, l' epoca feudale è quella più larga di concessioni alla donna. Essa ebbe allora diritti tali, che, una volta perdutili, non potè mai più ricuperarli. Se nobile, essa interveniva alle assemblee dei baroni, prendendo parte al tribunale dei pari, esercitando la giurisdizione, ecc.; in più umile stato, moglie del rustico (*roturier*), concorreva col marito alle elezioni che interessavano i comuni.

Prevaleva poi il diritto di albinaggio, nome derivante certo da *alibi* e *natus*. Gli stranieri osserva infatti Pothier, non avendo il diritto di cittadino, non hanno il diritto di trasmettere la loro successione; i beni sono devoluti al re in forza d' un diritto che dicesi d' albinaggio. Pel medesimo motivo gli stranieri non erano capaci di conseguire un' eredità. Il Domat approva tale norma, osservando.... che l' umanità è divisa in Istati!

L' istituto successorio feudale domina tanto da dilagare poi fra chi non aveva feudi. S' ebbe così il fedecommesso, ordinato a primogenitura, a maggiorasco, ovvero a seniorato a seconda dell' atto di fondazione. Sorto nel XII° secolo, obliterando le donne, danneggiando l' economia, coll' immobilizzazione di patrimonî, e suscitando innumerevoli liti, esso ebbe grande diffusione nel secolo XVI° (1).

---

(1) Salvioli. - l. c. p. 458. — Pertile. - l. c. p. 147, 148, 139, 141, 151 e seg. — J. R. Mac Culloch. - A treatise on the succession to property vacant by death, including inquires into

§ 64. — Se ci facciamo ora a considerare, sulle notizie esposte, l'istituto ereditario feudale, vediamo riconfermate le nostre idee. Al di sopra del contadiname cui spettava la rozza produzione della vita economica e al di sopra della ciurmaglia che forniva i bravi, s'elevava prepotente una casta feudale militare e gerarchica, la cui sovranità e la cui potenza eran tante, quanta era la proprietà. La proprietà e la sua trasmissione ereditaria divengono così le espressioni più tipiche della vita politica del tempo. Finchè preti e donne non poteron guidare armati, non ebber feudi. Lo straniero che non aveva terra, e non poteva partecipare ad una economia, chiusa in quel tempo quanto mai altre, non aveva alcun diritto si considerava un nemico da predare. E la preda era allora un'istituzione sociale. Allora il De Tocqueville avrebbe potuto esclamare, come fece di poi: io mi meraviglio che i pubblicisti antichi e moderni, non abbiano attribuito alle leggi sulla successione una più grande influenza nel cammino degli affari umani. Ed il Mc. Culloch poteva far eco: mentre le leggi politiche sono soltanto i simboli della condizione di una nazione, quelle che determinano la discendenza della proprietà, esercitano un' influenza straordinaria sopra il suo stato sociale (1). Un solo rimprovero noi facciamo a questi due egregi scrittori ed è quello di non essere nati al bel tempo dei trovatori. Le loro lamentele avrebbero potuto e dovuto essere ascoltate ed apprezzate soltanto in quel tempo.

---

the infiuence of primogeniture, entails, compulsory partition, foundation, &c. over the public interest. - London. - MDCCCXLVIII p. 24. — LAURENT. - l. c. v. - VIII.° p. 707, 718, 811. — CALISSE. - l. c. - v. III° p. 159, 160 e seg. – NANI. - l. c. p. 16.

(1) MAC CULLOCH. - l. c. p. 2.

H) *Il Diritto Statutario Comunale.* — § 65 - Il fiorire dei Comuni e degli Statuti. — § 66 - La proprietà e la famiglia statutarie. — § 67 - La successione ereditaria. Esclusioni e temperamenti.

§ 65 — Le due sintesi tipiche che espressero agli inizî dell' Evo Medio il fondersi degli elementi diversi barbarici e romani, s' ebbero nel feudo e nel Comune. Quello fu il centro degli elementi barbarici, basati sulla proprietà del suolo. Questo fu l'espressione più gagliarda del sorgere nelle città d'un nuovo elemento mercantile, commerciale, la cui forza stava nella ricchezza mobile, il cui contingente fu perciò prevalentemente romano. Le sue aspirazioni momentanee furono la conquista di quelle franchigie che già godevano i feudatarî, ma il suo destino era quello di svilupparsi magnificamente e attraverso alle signorie, alle monarchie nazionali giungere: economicamente come borghesia, politicamente come terzo stato, ai più alti fastigi politici colla Rivoluzione Francese ed alle più magnifiche espressioni economiche col seguente trionfo dell' industrialismo moderno, nei varî Stati.

È negli ultimi anni del secolo XI° e nei primi del secolo XII° che sorgono i Comuni. Approfittando della lotta fra il reddito escclesiastico e quello secolare, fra il Papato, che nel XII° aveva completamente svolto mercè le decretali pontificie il Diritto Canonico (1) e l' Impero: — l' elemento borghese ed artigiano, quello prevalente nei Comuni, viene affermandosi. La contesa intimamente economica assume veste politica e si fa dibattito armato: le città che sembrano parteggiare per l' uno dei contendenti, in fondo, parteggiano sempre per sè stesse, pei proprî interessi vitali.

(1) Manzato. - Il dir. di fam. p. 18.

A Roncaglia Federico Barbarossa, nel 1158, aveva fatto fissare dai quattro dottori bolognesi: Bulgaro, Martino, Jacopo ed Ugo i diritti del sovrano e questi intendeva sostenerli per mezzo dei podestà. Legnano segna il trionfo armato dei Comuni; Costanza, nel 1183, segna il riconoscimento formale delle loro pretese.

Per ciò che attiene al diritto va ricordato che fu appunto a Costanza che si riconobbe ai Comuni la facoltà di darsi degli Statuti.

È quella l'epoca in cui si svolgono i primi elementi linguistici da cui dovevano poi sorgere le lingue nazionali.

Un movimento del tutto simile fu anche seguito dal diritto in genere. Gli Statuti, portando ad unità e precisione il cumulo caotico di consuetudini di carattere romano, (poichè per una parte della popolazione il diritto romano era rimasto in vita), di carattere bizantino e specialmente longobardico, franco e canonico, iniziano quel movimento che doveva condurre alle codificazioni, cioè alla sistemazione dei varî diritti nazionali.

Il fiorire degli Statuti s'inizia dal secolo XII° (quelli di Pistoia sono attribuiti al 1117) ed è imponente per tutto il secolo XIII.°

Una prova sicura dello sbocciare delle varie legislazioni dai nuclei omogenei, che vi vedono tutelate le proprie ragioni economiche, si ha completo in quest'epoca di più marcata distinzione di ordini. Non vi è ceto che non si foggi i proprî Statuti. Sorgono così Statuti civili del Comune, delle classi e corporazioni, concessi persino dai signori feudali. Ma si hanno soprattutto Statuti commerciali che fissano le consuetudini del commercio, specialmente marittimo, più che florido all'epoca delle Crociate, ed in parte per mezzo loro. Si hanno allora: la *Tavola Amalfitana,* gli *Ordinamenta*

et consuetudo maris di Trani, il *Capitulare nauticum* di Venezia (1255), lo Statuto marittimo anconitano (sec. XIV°), il *Breve curiae maris* di Pisa (1297), l' *Oficium Gazariae* di Genova (1313-1441) il *Breve Portus Kallaritani* (1318), ecc. tutti fusi nel *Consolato del Mare,* che fece da testo pel Mediterraneo; mentre nell' Atlantico si ebbero i *Ruoli d' Oléron* (1). L' allargarsi della vita economica, commerciale, al di là delle strette mura cittadine e dei confini limitati dei paesi, oltre i mari specialmente, fece svolgere insomma i primi elementi di Diritto Internazionale (2) in ispecie per ciò che riguarda il Diritto Commerciale, il quale si potrà poi dire eufemicamente il diritto della società capitalistica *par excellence,* o, se si vuole, un prodotto dell' egoismo di questa classe, come lo ritiene il Vivante (3).

§ 66 — Ma, scendendo a più minuta disamina, nell'immenso numero di Statuti, quali furono i principî basilari della famiglia, della proprietà e della sua trasmissione *mortis causa?* Afferma il Nani, che il Diritto Italiano Statutario è animato dagli stessi principî del Diritto Barbarico (4).

---

(1) Per notizie più diffuse al riguardo, veggasi: Ascoli. - Dir. Marittimo, ecc. p. 21 e seg.

(2) Calisse. - l. c. - v. I° p. 108, 144, 151, 153, 146, 161, 174 - v. II° p. 280, 6, 141, 289, 290, 281, 282, 283, 285. — Bovio. - Fil. del Dir. p. 451, 452, 444. — Carle. - La vita, ecc. da p. 216 a p. 221. — Pietro Orsi. - Appunti alle lezioni sulla Storia della Casa di Savoia, professate alla Scuola Sup. di Comm. di Venezia. An. scol. 1905-1906. — Loria. - l. c. p. 256, 257. — Pacifici-Mazzoni. - Lo stud. stor. della succ. da p. 263 a p. 267. — Pisacane. - l. c. - vol. I° p. 64 e seg.

(3) Vivante. - Tratt. cit. - v. I° p. 3 e seg.

(4) Nani. - l. c. p. 577.

La famiglia degli Statuti, ne conviene il Calisse, non è molto diversa dalla barbarica. La proprietà domestica si svincola, ma il concetto della comunione famigliare resta fermo e continua a produrre i suoi più importanti effetti: gli interessi patrimoniali richiedono il consenso di tutti. Occorreva del tempo, prima che gli istituti giuridici privati assumessero quella snellezza che andavano prendendo i rapporti economici: ciò che conferma il già detto, circa la dinamica lenta e pesante del Diritto Civile.

È opportuno qui ricordare che, come accennammo più volte, i Comuni rivendicarono i beni pubblici, ed i diritti di pascolo, di legnatico e di acque già usurpati dai feudatarî. Nella Dieta di Roncaglia, l'Impero aveva tentato di negare i diritti dei Comuni sui boschi, sui pascoli, sui fiumi, ecc. invece colla pace di Costanza trionfarono le pretese dei Comuni (1).

§ 67 — Ma e la successione ereditaria? Anche qui si fece sentire lo spirito di conservazione famigliare. I maschî erano preferiti. Gli illegittimi venivano esclusi, certo per mantenere saldo il vincolo famigliare e non avvantaggiare chi troppo spesso per una parte era di sangue plebeo. Del resto innumeri sono le limitazioni a quel tempo, prevalendo gli interessi di famiglia e di casta. Esclusa è pertanto dalla successione la madre, almeno se è passata a seconde nozze. Esclusi ne sono i fratelli uterini. Non v'è reciprocanza di diritti successorî fra i coniugi di diseguale condizione sociale. Viene limitata la testamentificazione ai servi, i deboli della società d'allora. D'altra parte, il desiderio di tenere i beni riuniti nelle famiglie *(propter masculos)* ed il timore

(1) Calisse. - l. c. - v. II° p. 357 - v. III° p. 33 e seg. 212.

che alcuna parte di essi passasse colla donna, sia figlia, sia vedova, ad altra città *(propter nuptias extra territorium)*, di solito rivale in commercio, invanirono affatto ogni desiderio di largheggiare colle donne. Le leggi erano in ciò severe. E che la ragion data sia la vera, è ammesso esplicitamente da certi Statuti, come quello di Casale e di Ceva. Lo Statuto Tridentino (I. 110), così s'esprime: *« ad hoc ut agnationes masculinae conserventur, et quod bona stent in familiis per masculos, et din familiae et agnationes conserventur »*. Doveva prevalere il vincolo agnatizio sul cognatizio. Ed in mancanza di leggi si inducevano le donne che andavano a marito o che prendevano il velo monacale, a rinunciare con giuramento all'eredità paterna.

Però bisogna ricordare che col risorgere del Diritto Romano, si riebbero negli Statuti, varî del resto anche qui, la *quarta uxoria* per la vedova e la *bonorum possessio unde vir et uxor*, per cui, in mancanza di parenti, il coniuge sopravvivente era l'erede del defunto.

Gli stranieri, rivali in commercio, eran veduti di malocchio da buona parte della legislazione statutaria, non esclusa quella successoria, che li privava della eredità di tutti i beni, ovvero degli immobili o di quelli posti al confine. Ed allo straniero erano equiparati gli emigrati e la donna sposatasi allo straniero. Però in questo campo s'aperse qua e là assai presto un piccolo spiraglio. L'estendersi della vita economica, presso le nostre repubbliche, mutò i rapporti fra cittadini e stranieri, quest'ultimi non furon più considerati *a priori* come nemici, ma divennero e si considerarono via via come dei contraenti reali eppoi eventuali, in base all'economia di scambio che si sviluppava, ovvero dei fornitori o clienti, secondo la divisione del lavoro che veniva attuandosi col mezzo delle colonizzazioni. Si

vide allora la necessità di un miglior rispetto degli averi, delle leggi o costumanze e delle volontà testamentarie degli stranieri. Era una forma d'allettamento che richiamava a sè altri, od un buon precedente che dava diritto a migliori guarentigie fuor della città. Si ebbe un tale avviamento colla reciprocanza, eticamente cinica, se si vuole, ma praticamente logica per quel tempo, in sè, e buona come promessa. Vediamo cosi, per riferirci ad un solo caso esemplificativo, che sin dalla prima metà del secolo XIII°, lo Statuto Veneto la ruppe nel modo più assoluto col diritto d'albinaggio, assicurando la cura, la trasmissione o la vendita, se fosse del caso, dei beni dello straniero morto in terra veneta.

Restavano però sempre esclusi dall'eredità, con intendimento penale: gli infedeli, gli ebrei, gli incestuosi, le concubine dei chierici, ecc.

Gli Statuti estesero la rappresentazione ai collaterali, e quando succedevano collaterali, nel diritto statutario, i beni *proprî*, ricevuti cioè dagli antenati per via di successione, subivano la norma *« paterna paternis, materna maternis »*. È sempre l'antica voce famigliare che si fa sentire, ma oramai da lontano. I mobili non erano considerati beni di famiglia. La ricchezza mobiliare che andavasi svolgendo non seguiva le regole barbariche territoriali famigliari. Le occorreva ben altra snellezza per accumularsi.

La legittima era diversamente regolata nei varî Statuti.

Il testamento, negli Statuti, è nel suo completo sviluppo formale: si hanno testamenti pubblici o giudiziali, segreti, olografi ed anche nuncupativi. In sostanza, si può dire che gran parte delle norme attuali al riguardo si elaborarono quasi completamente allora. E non va

scordato che le nostre imitazioni giuridiche hanno per base delle analogie economiche. Si sa quanto sia connessa la nostra civiltà capitalistica con quella prima comunale.

In mancanza di eredi chiamati dalla legge, succedeva anche allora nelle eredità vacanti *(excadentiae)* il fisco. Valeva proprio in quel tempo, come sempre del resto, il detto popolare significante: *« quod non tollit Christus, tollit fiscus »* (1).

Commentare, sia pure sinteticamente, lo spirito economico-sociale delle leggi comunali in genere, maturatesi entro i nuclei sociali attivi, e di quelle successorie in ispecie, sarebbe ripetere senza utilità ciò che risulta evidente pel lettore dai particolari esposti.

I) *Il Diritto delle Monarchie* — § 68 - I Principati. Le Pandette.

§ 68 — I feudi ed i Comuni avevano suddiviso e frastagliato la vita medioevale in tante piccole cerchie agitate da lotte esterne ed interne. I Comuni che van famosi pel loro carattere democratico, avevan dato un governo di fazioni e serbavano per di più i privilegi politici e la giurisdizione signorile tolti ai feudatarî. Ognuno, ogni gruppo, ogni città vedeva la propria salvezza economica e politica nella rovina altrui; di qui lotte fra comune e comune, fra nobili e popolo, tra popolani grassi e plebe, tra famiglie e famiglie; ed

(1) Calisse. - l. c. - v. III° p. 54, 146, 152, 155, 148, 149, 174 e seg. 185 e seg. — Pertile. - l. c. da p. 65 a p. 103, 117, 127, 128, 214, 115. — Nani. - l. c. p. 17. — Manzato. - La succ. ecc. p. 141, 142. — Jhering, citato dal Loria. - l. c. p. 142 n. 1 — Laurent. - l c. - v. VIII° p. 709, 710.

attraverso a queste lotte gli uni, i pochi, ebbero il predominio, gli altri, immiseriti, divennero via via l'elemento più atto a fornire poi i salariati. Dai feudi si passò alle Contee, ai Marchesati, ai Ducati, ai Principati. Dai Municipî si venne alle Signorie eppoi ai Principati.

Questo movimento, determinato da ragioni materiali, si mise in versi come se fosse prodotto da un ideale desiderio di pace.

Era invero tutta la vita politica che si mutava: alle lotte di stirpi sottentrava il popolo, unione delle varie classi rimpetto allo Stato. Gli eserciti stanziali sostituivano le soldatesche feudali e municipali. I tributi e le imposte sottentravano alle prestazioni dei vassalli ed ai sussidî dei Comuni. L'unica giurisdizione sostituiva le molte laiche, ecclesiastiche, feudali, municipali. S'avviavano i varî paesi, qual più, qual meno, all'unità nazionale. Alla lotta assidua sottentravano i concetti di equilibrio politico e di bilancia commerciale. Quel cumulo di invenzioni e scoperte che segnarono il passaggio dal Medio Evo al Moderno mutarono i centri di operosità e spinsero a potenza il terzo stato, che s'incamminava alle proprie rivendicazioni politiche, assommantisi nella costituzione. Fastigio di questo movimento doveva essere ben presto la Rivoluzione Francese.

Ma in tanto fervore di rivolgimento economico e politico, il diritto di poco mutò. Ancor meno si liberarono dai loro impacci la famiglia, la proprietà fondiaria ed i modi di trasmissione di questa. I mutamenti eran troppo superficiali. Ecco ciò che si può dire in generale di quel diritto imperiale, regio e principesco che nomasi appunto in Italia, Diritto delle Monarchie.

Il Diritto Romano risorgeva, man mano i nuovi rapporti sociali andavano manifestandosi simiglianti sia pure lontanamente, a quelli di Roma: man mano cioè

si attutiva l'influenza barbarica. Nelle Università italiane che avevano tanto splendore, gli studî giuridici si riducevano in gran parte al Diritto Romano giustinianeo glossato ed a quello canonico.

Nel secolo XV° anche la Germania ricevette Il Diritto Romano. Ma fu quello delle Pandette. Le sue fonti erano ad un tempo: 1) il Diritto Romano nella codificazione giustinianea, detta, come sappiamo, *Corpus juris civilis;* 2) il *Corpus juris canonici clausum;* 3) le leggi imperiali tedesche ed infine 4) il diritto comune consuetudinario (1).

Forse non si sono ancora scoperte tutte le cause storiche del così detto ritorno al Diritto Romano. Il Sorel, ad esempio, pensa che nel secolo XV° i dottori di Diritto Romano avevano un profondo disprezzo per tutta l'antica costituzione feudale e sotto l'influenza di un tal pregiudizio, parrebbe che avessero mal interpretati i testi e favorito terribili abusi di potere. Il Diritto Romano così praticato — è qui il nocciolo del pensiero sorelliano — agevolava l'affermarsi della proprietà capitalistica, liberando la proprietà terriera dagli impacci feudali. E tutto ciò veniva fatto in danno del gran numero ed a vantaggio di pochi forti favoriti dal potere politico (2). È insomma il concetto generico da noi più volte espresso, insieme alla constatazione del fatto che il Diritto Romano proprio non risorse, non essendo mai morto del tutto.

---

(1) Loria. - l. c. p. 371, 379, 248. — Bovio. - Fil. del Dir. - p. 450. — Pisacane. - l. c. - v. I° p. 65 e seg. — Calisse. - l. c. - v. I° p. 175, 178. - v. II° p. 291, 292, 294. — Carle. - La vita, ecc. p. 245, 287, 213. — Windscheid. - l. c. - v. I° p. 1 e seg.

(2) Sorel. - Degen. cap. e deg. soc. p. 39 e seg. p. 51.

K) *Le codificazioni.* — § 69 - Il carattere del nuovo movimento economico, politico e legislativo. Le Leggi rivoluzionarie. Il *Code Napoléon.* La reazione. — § 70 - Le leggi successorie odierne nei varî paesi: Francia, Italia, il Codice Civile del 1865; Inghilterra; Germania; Austria; Russia. — § 71 Le critiche: Toullier; Laurent; Pacifici-Mazzoni; Mac Culloch; Menger; Jaurès. — § 72 - Le odierne forme di famiglia, di proprietà e di successione ereditaria esaminate dal nostro punto di vista.

§ 69 — Ora dobbiamo farci a considerare, principalmente nei suoi lontani riflessi sulla legislazione successoria, quell' ampio movimento che s' afferma imponente colla Rivoluzione Francese ed ha: per meta economica il trionfo della Borghesia industriale; per fine politico la nazionalità e la costituzione; per espressione giuridica tipica il formarsi dei Codici nazionali: movimento che è ancora ben lungi dall' aver percorso, nei varî paesi, la sua completa parabola, onde a noi che ne siamo in certo modo strumenti più o meno coscienti, risulta assai difficile darne quel giudizio storico, che — per una legge simile a quella d'ottica, — è sempre tanto più esatto, quanto più l' obbietto è definito, quanto più l' osservatore, scostandosi da questo, e lasciandolo nella miglior luce, può dominarlo nella sua interezza.

Una esposizione riassuntiva delle varie leggi e dei principî dei codici è pertanto indispensabile.

Sin dai tempi di Filangieri, di Montesquieu (1) e di

(1) «*C'est un esprit de vanité qui a établi chez les Européens l' injuste droit d'aînesse, si défavorable à la propagation, en ce qu' il porte l'attention d'un père sur un seul de ses enfans, et détourne ses yeux de tous les autres; en ce qu' il oblige, pour rendre solide la fortune d'un seul, de s'opposer à l'établissement de plusieurs; enfin en ce qu' il détruit l'egalité des citoyens, qui en fait toute l'opulence*». MONTESQUIEU - l. c. - t. trois. - Lettres persanes - CXX p. 142. — Il Menger vede in tal istituto aristocratico un danno alle classi povere, che vengono aumentate di nu-

Sismondi, i fedecommessi erano stati combattuti come un inceppamento dannoso. Soltanto nel 1782 e 1789 furono soppressi in Toscana colle leggi di P. Leopoldo (1).

Nella « *Declaration des droits de l'homme* » sta scritto: « *La propriété est un droit inviolable et sacré. Nul ne peut en être privé, si ce n'est, lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* (2) ».

I Decreti del 15 Maggio 1790 ed 8 Aprile 1791, (questo emanato dopo la lettura del discorso ricordato di Mirabeau) aboliscono tutte le prerogative di primogenitura, di mascolinità, sancendo l'eguaglianza dei figli nella successione dei genitori. Il Laurent chiama la prima legge un colpo di scure all'antica quercia le cui radici secolari, abbarbicavano fin nelle foreste della Germania. L'Assemblea abolì anche il retratto di famiglia, per cui un parente dell'antico proprietario poteva riavere il bene da chiunque ed al prezzo di vendita. Il 17 Nevoso anno II°, si abolì ogni distinzione attorno alla natura ed all'origine dei beni in quanto alla trasmissione. L'Assemblea Legislativa, il 25 Agosto 1792, eppoi la Convenzione ai 14 di Novembre del 1792, abolirono i fedecommessi. La Convenzione nella sua seduta del 4 Giugno 1793 votò la massima che ai figli illegittimi spettasse un diritto di eredità sui beni del padre e della madre. La Legge del 12 Brumajo (2 Novem. 1795) pareggiò gli illegittimi ai legittimi nei diritti ereditarî verso i genitori e si riconobbe la reciprocità dei diritti ereditarî *ab intestato*

---

mero, dai preteriti delle classi nobili. - MENGER. Il Dir. Civ. e il Prol. p. 162, 168, 169, 171, 172,

(1) PERTILE. - l. c. da p. 160 a p. 163. — CALISSE. - l. c. - v. III° p. 164, 165.

(2) HAURIOU. - l. c. p. 74.

fra l'illegittimo ed i collaterali di linea paterna e materna, in quanto il *de cujus* non avesse eredi in linea ascendente o discendente. Colle Leggi del 5 Brumaio anno II° (26 Ottobre 1793), del 17 Nevoso anno II° (11 Genn. 1794) l'Assemblea Francese stabilì che ogni cittadino che avesse figli potesse disporre, come aveva già proposto Mirabeau (1) della decima parte, negli altri casi solo di una sesta parte della sua sostanza; il rimanente doveva venir diviso fra gli eredi legali, specie tra i figli del *de cujus*, senza accordare alcun privilegio.

Nel 1804 si pubblicava in Francia il Codice Napoleonico. Questo passò in Piemonte nello stesso anno; nel 1805 passò a Parma ed in Liguria; il 1.° Gennaio del 1806 a Lucca e nel Regno d'Italia; nel 1808 in Toscana e nel 1809 a Roma ed a Napoli. Il Codice Napoleonico accolse tutti i principî rivoluzionarî, tranne l'eguaglianza dei legittimi cogli illegittimi. Così restarono aboliti i fedecommessi. La donna restò solo sottoposta all'autorità maritale.

Ma sopravvennero: l'Impero, eppoi la Ristaurazione che segnarono un regresso parziale all'*ancien régime*. Pel Congresso di Vienna, rivissero le legislazioni passate. Così tornarono in vigore i fedecommessi. La legislazione toscana del 19 Agosto 1824, la pontificia del 10 Novembre 1834, e la modenese limitarono nuovamente i diritti delle figlie in concorso coi fratelli al mantenimento ed alla dote. Nè un sistema migliore seguì il Codice Albertino (2).

---

(1) VERMOREL. - l. c. - tom. V° p. 100.

(2) LAURENT. - l. c. - v. VIII° p. 720, 721, 722. — MENGER. - Il Dir. civ. ecc. p. 56, 57, 163. — NANI. - l. c. p. 561, 562, 600, 601, 602. — PERTILE. - l. c. da p. 160 a p. 163, 65. — CALISSE. - l. c. - v. I° p. 294 e seg. - v. III° p. 164, 165.

§ 70 – Ma di poi si va segnando un ritorno ai principî del Codice Napoleonico; ritorno lento, incompleto per un verso, completato per un altro, nei diversi paesi; onde ci conviene di dare ora uno sguardo alle principali legislazioni successorie presentemente dominanti, per fare poi un esame espositivo delle opinioni critiche invalse nella dottrina, ed infine applicare i nostri concetti, che ci furono sempre di guida nella indagine storica.

Nel Codice Civile Francese (Art. 913 e seg.) resta per regola il principio della divisione ereditaria coercitiva. La disposizione testamentaria è l'eccezione. Le liberalità, sia per atto tra vivi, sia per testamento, non possono eccedere la metà dei beni del disponente, se questi lasci alla sua morte un figlio legittimo, il terzo se lasci due figli, il quarto se ne lasci tre o più (1).

Nel 1865 l'Italia, quasi del tutto unificata, ebbe il proprio Codice Civile (2). Non occorre ci diffondiamo molto ad esporre i principî che regolano nel nostro Codice la successione ereditaria, anche perchè se le circostanze e le grandi difficoltà non si opporranno, noi vorremmo presto mandar ad effetto uno schema che

---

(1) MENGER. - Il Dir. Civ., ecc. p. 163. — GIOVANNI JAURÉS. - Studî socialistici - trad. CAZZOLA - Milano - 1903. p. 290.

(2) « *Le nouveau Code italien est tout a fait calqué sur notre Code Civil, ou plutôt c'est le Code Civil français adapté aux besoins de l' Italie. Le troisième livre du Code italien, surtout en ce qui touche les successions, en est certaimement la partie la plus remarquable et sur beaucoup de points nous n'aurons un jour rien de mieux à faire qu' à accepter purement et simplement certaines dispositions inserées dans la loi italienne* ». HUC. - l. c. p. 2, 167. - Vedremo se il movimento economico-giuridico, che dovrebbe in tal caso essere verso un'accentramento della piccola proprietà, sarà per giustificare e dar ragione alla profezia dell' A.

accarezziamo da tempo e che consisterebbe in una critica di principali istituti civili italiani, al lume dei concetti che abbiamo già più volte esposti e che esperimentiamo modestamente anche in questa trattazione. Critica che tornerebbe anzitutto, a suffragio dell' asserto, che il nostro Codice Civile è l' espressione di quella borghesia media che la dottrina inglese chiama appunto *middle classes*. Senza dilungarci nel citare articoli o disposizioni particolari, basti ricordare che il Codice Civile Italiano quando regola la vita famigliare, la trasmissione ereditaria, ecc. presuppone di fatto un complesso di condizioni economiche nei subbietti giuridici, di rapporti sociali, di interessi, di vedute, ecc. che sono più specialmente proprî, non di tutta la società odierna italiana, ma soltanto della classe che più ebbe influenza nella formazione delle nostre leggi unitarie.

Si può dire però sin d' ora, che secondo il nostro diritto, il quale molto attinge alla tradizione romana, è dato un posto cospicuo alla testamentificazione, non senza però una tutela legittima che s' estende fino ai collaterali del decimo grado.

Un certo riguardo s' ha pei figli naturali. Gli adulterini ed incestuosi non han diritto altro che agli alimenti.

La donna e lo straniero son pareggiati rispettivamente all' uomo ed al cittadino nei riguardi della legittima.

Lo Stato succede in mancanza di eredi legittimi o di eredi testamentarî.

I fedecommessi, i maggioraschi e le altre sostituzioni fedecommissarie sono aboliti (art. 24 e 25 Disposiz. trans.).

In Inghilterra dall' immensità delle leggi che vigono tutte insieme, senza che le posteriori escludano

le anteriori (1), si può desumere che la libertà testamentaria è ammessa pei beni personali *(personalty)*. Quanto ai beni reali *(realty)* si hanno speciali vincoli che sospendono la facoltà del proprietario. È nota la potenza che dalla proprietà terriera attinge la classe dei proprietarî. E da tempo. È molto facile pertanto il darne un'idea. Per la prevalenza numerica dei proprietarî di terre nel Parlamento inglese, mentre nel 1780 il *Legacy Act* di Pitt colpiva d'imposta l'eredità dei beni mobili, le eredità fondiarie eran lasciate esenti da tributo. Solo nel 1813 l'Atto di Gladstone riparò all'ingiustizia, ma senza togliere i tanti privilegi dei proprietarî. Ultimamente però la crisi agraria ha sollecitato parecchi proprietarî britannici a richiedere innovazioni radicali, come l'abolizione della prima genitura, che arena la produzione ed una maggior libertà di disposizione delle terre vincolate (2).

---

(1) Il fatto è talmente notorio e di facile, constatazione, che non occorrerebbero conferme. Nullameno ricordiamo, avendolo sottomano, il parere di un profondo conoscitore della storia giuridica inglese « *Les études juridiques anglaises sont entremélées d'une manière si indigeste avec les antiquités juridiques, que les rapports historiques réels des institutions actuelles sont obscurcis jusqu'à en devenir inintelligibles* » Rodolphe Gneist. - La constitution comunale de l'Angleterre - trad. Hippert - Paris - 1867 - tom. prem. p. 13, 14.

(2) Spencer. - La Giustizia, p. 186. — Si vedano gli scritti di Brodrick, Bagehot e Marlo citati dal Loria. - Loria. - l. c. p. 250 n. 3 p. 316. — Pel diverso sviluppo della proprietà immobiliare e mobiliare, e conseguentemente del diritto ereditario inglese, fino ai nostri giorni, si consulti l'opera pregevole, che riassume molti studî precedenti del genere: Ernst Heymann. - Ueberblick ueber das englische Privatrecht; in: Holtzendorff - l. c. - vol. I° p. 812 e seg. 834 e seg.

Il Codice Prussiano, più vecchio di dieci anni del Codice Napoleonico, risente le influenze feudali; similmente anche il Codice Civile Germanico del 1896: non va scordato però che la classe dei signori del suolo ha dominato per un tempo più lungo in Germania che altrove. In sostanza il diritto ereditario tedesco odierno è quello romano, col testamento e la quota legittima, ma vi sono speciali successioni corrispondenti agli avanzi di economie territoriali precedenti. Le influenze feudali non sono estinte, nè quelle del fedecommesso famigliare e dell' eredità speciale dei beni contadineschi (1).

Il Codice Austriaco, (ai §§ 618 e 646) conserva i fedecommessi (2).

Il diritto ereditario russo risente del carattere ibrido di quei rapporti sociali, medievali, la cui scorza tenace, sta forse per essere rotta dalla presente rivoluzione, attorno alla quale si stringono i voti più fervidi e trepidanti di tutto il mondo civile (3). Accanto all' e-

(1) LORIA. - l. c. p. 122. — Per notizie più diffuse attorno alla proprietà ed ai suoi modi di trasmissione in Germania, si vegga: OTTO GIERKE. — Grundzüge des deutschen Privatrechts; in: HOLTZENDORFF. - l. c. - v. I° p. 477 e seg. 545 e seg. — « *Beim Noterbrecht tritt der Gegensatz der römischen und deutschen Auffassung des Erbrechts ganz besonders scharf hervor* » Das Pandektenrecht von C. G. BRUNS mit den Nachträgen von E. ECK neu durchgesehen und ergänzt von Professor Dr. L. MITTEIS; in: HOLTZENDORFF - l. c. - v. I° p. 413.

(2) NANI. - l. c. p. 600 e seg.

(3) Quando queste righe furono scritte i giornali europei davano ampî resoconti del movimento rivoluzionario russo. Ora, a dir vero, la stampa tace. Ma si sa come sia poco fedele espressione della realtà la stampa. E si sa anche che non si può nel giro di pochi mesi sommuovere un poderoso macchinario com' è quello

redità *ab intestato* dei contadini, i quali, coltivando assieme il potere paterno, ritengono d' avere su questo un diritto di condominio creato dal lavoro (1); s' hanno: il fedecommesso, il maggiorasco, la preferenza legale dei maschî, l' esclusione di una quota per la moglie e della legittima, e d' altra parte v' è il diritto di testamento pei beni acquisiti ma non così pei beni ereditati (2).

§ 71 — Prima di dare sinteticamente una nostra valutazione dei nuovi istituti successorî, che si son aperta la via recentemente, riferiamo alcune opinioni in proposito, emesse da pensatori di diverse tendenze e di tempi diversi.

La Legge del 17 Nevoso, afferma il Toullier, marciava con passo fermo e diritto allo scopo che si proponeva lo spirito dei tempi (poteva dire del Terzo Stato): livellare le fortune, spezzettare i beni per impedire alle ricchezze di accumularsi nella medesima famiglia; indebolire le famiglie opulenti per diminuire la loro influenza (3).

La rivoluzione dell' 89, scrive il Laurent, s' era fatta soprattutto in odio alla nobiltà, ed invano la si sarebbe abolita, se fossero stati conservati i suoi im-

---

czaresco. Anche i moti rivoluzionarî hanno i loro crescendo, i loro alti ed i loro bassi.

(1) LORIA. - l. c. p. 265, 136.

(2) Per una migliore conoscenza del diritto civile russo in genere, che contiene regole, « *die fremdem, insbesondere französischem Recht - vielfach in missverständlicher Auffassung - entlehnt sind* » e del diritto successorio russo in ispecie, si può utilmente attingere ad: OTTO VON VEH. - Ueberblick ueber das russische Privatrecht; in: HOLTZENDORFF. — l. c. - v. I° p. 869 e seg.

(3) PACIFICI-MAZZONI. - Cod. Civ. It. comm. p. 13 n. 2.

mensi dominî, concentrandoli in talune potenti famiglie: essa avrebbe sempre conservato la sua influenza: l'abolizione dei diritti di primogenitura e di mascolinità era la conseguenza necessaria dell'abolizione della nobiltà come corpo politico (1). Ecco come una rivoluzione sociale provocò una rivoluzione nell'ordine civile e morale. Trattandosi di un sistema di transazione, il Laurent nega che il Codice Francese s'inspiri, per ciò che riguarda le successioni, agli affetti presunti del *de cujus* (2).

Del resto, lo stesso Jaurès dice che le giustificazioni che si diedero dell'egual riparto furono principalmente queste: lo scopo d'impedire le vendette dei padri conservatori contro i figli rivoluzionarî; quello di perseguitare l'aristocrazia fin nei sepolcri, infine quello di rispettare... la natura (3).

Il Pacifici-Mazzoni ricorda che il Codice Napoleonico è una transazione fra il Diritto Germanico *(coutumes)* vigente nel Nord della Francia ed il Diritto Romano *(droit écrit)* che dominava nel Mezzodì (4).

Il Mac Culloch attribuisce alla successione legale francese il *morcellement* di quella proprietà fondiaria. Ed

(1) Smith che è una delle prime voci pensatrici della sorgente borghesia, aveva già mostrato, trattando delle colonie, i danni economici della concentrazione della terra *(engrossing of lands)* in poche mani, derivante dalle leggi successorie ammettenti la primogenitura. Nelle colonie ciò aveva un'effetto assai più rimarchevole. Si staccava il produttore dal mezzo di produzione coll'elevare artificialmente il prezzo delle terre e si creava così il modo di produzione capitalistico. - ADAM SMITH. - The Wealth of Nations - ed. E. B. BAX - London. - 1901 - vol. II° p. 80, 81.

(2) LAURENT. - l. c. - v. VIII° p. 720 e seg. 703.

(3) JAURÈS. - l. c. p. 312, 313.

(4) PACIFICI-MAZZONI. - Stud. stor. sulla succ. da p. 263 a p. 267.

elenca una serie grandissima di danni ch' egli dice provenire all' agricoltura dalla piccola proprietà, citando a sostegno della sua tesi il Birkbeck, il Cobbett, il Rainneville, il Rouchefoucauld-Liancourt, il Degerando, il Tocqueville, il Lafitte, ecc. e polemizzando col Dupûynode e col Rossi (1).

Il Menger ritiene il diritto privato oggi vigente nel continente europeo un compromesso stipulato, sotto l' influenza della rivoluzione francese e dei susseguenti rivolgimenti, fra il grande ed il piccolo proprietario, ed imposto alle classi povere mediante la legislazione. E dall' esame dei due opposti sistemi vigenti: in Francia, dove impera il principio democratico della divisione ereditaria coercitiva, ed in Inghilterra, dove è regola la successione testamentaria, constatando lo stato economico florido in entrambi i paesi, conclude che il diritto ereditario non può influire su questo stato economico e solo può alterare i rapporti fra le classi ricche e quelle proletarie (2).

Lo Jaurès, osservando i vincoli apposti alla proprietà odierna (3), nega ch' essa esista assolutamente come proprietà individuale. Ciò che aveva osservato anche il Menger (4) e ci par ovvio. Che v' è infatti di assoluto in natura e tanto meno nella società? Quella stessa rivoluzione che proclamò sacra ed inviolabile la

---

(1) Mc. Culloch. - l. c. p. 14, 13, 86, 87, 133.

(2) Menger. - Il Dir. Civ. e il Prol. p. 18, 164.

(3) L'Hauriou cita fra gli altri: le servitù legali e d' utilità pubblica, i regolamenti forestali, sulle paludi, miniere, boschi, ecc. le imposte, l' espropriazione esecutoria e quella per causa di pubblica utilità. - Hauriou. - I. c. p. 75. — Armanni. - l. c. - disp. litogr. - Part. I^{a} p. 414 e seg.

(4) Menger. - Il Dir. Civ. ecc. da p. 93 a p. 106.

proprietà privata, vi aveva già posto dei limiti, che poi crebbero anzichè diminuire. E conclude lo Jaurès, che sotto la disciplina delle leggi di successione, ogni proprietario è più un depositario che un proprietario. Egli ha in deposito una proprietà di classe, di forma famigliare e con base capitalistica. La sua sostanza non appartiene a lui, ma alla serie indefinita delle generazioni, il diritto delle quali è rappresentato e difeso dallo Stato (1).

Tutto il diritto moderno, pensa il Sorel, è subordinato all' economia, ed è appunto perciò, che esso ha rinnegato le dottrine canoniche, e tolto tanto al Diritto Romano: questo sembra dover la propria superiorità ai suoi rapporti strettissimi coll' economia della produzione rurale (2). Poichè non bisogna dimenticare il carattere della città neo-romana, di cui si è presupposto la realizzazione. Il cittadino era un contadino soldato (3).

§ 72 — A mò di conclusione facciamo seguire poche considerazioni (quante basteranno a riconfermare il nostro assunto) sul modo col quale sono organizzate: la famiglia, la proprietà e per conseguenza la successione ereditaria nei varî paesi.

Il trionfo più o meno completo nei diversi Stati dell' industrialismo, ha esercitato la sua influenza anche sull' organizzazione famigliare. La famiglia non è più un' unità economica bastante quasi a sè stessa. Quelle grandi famiglie riunenti tre o quattro generazioni, ancora trovabili nei paesi agricoli arretrati, hanno ceduto il posto, nei paesi industriali, alle famiglie più piccole, formate

(1) Jaurès. - l. c. p. 302, 303,
(2) Sorel. - I diritti acquis. p. 117.
(3) Id. - Deg. cap. e deg. soc. p. 111.

di solito appena dal padre, dalla madre e dai figli giovani. Il padre non ha più la potestà assoluta, sì bene una funzione direttrice nella famiglia e l' autorità maritale sulla moglie.

Non fu senza contrasto grave, afferma il Giorgi, che poterono trovar posto nel Codice Civile Italiano le disposizioni che per taluni atti sottopongono la moglie all' autorizzazione maritale: giacchè, mentre il sistema dell' autorizzazione aveva il favore delle antiche tradizioni italiane, delle antiche costumanze francesi e del Codice Napoleonico, trovava all' opposto serio contrasto nel principio dell' assoluta indipendenza della donna maritata introdotto in qualche parte d' Italia dal Codice Austriaco e nei fautori non pochi nè deboli di questa indipendenza. Quanto al Codice Tedesco, salve certe disposizioni relative al regime dei beni, non vi si trova alcuna generale restrizione alla capacità contrattuale della donna maritata e quindi vi manca l' istituto della autorizzazione maritale (1).

Ma anche così ridotta la famiglia alla sua minima espressione, e questo non è avvenuto in tutti i paesi, nè in tutte le classi, essa è pur sempre un' unità complessa, che cura l'allevamento dei figli, (basterebbe ricordare l' art. 138 del Codice Civile Italiano), onde reclama speciali riguardi patrimoniali.

Se passassimo ad altre considerazioni, potremmo analizzare la crisi morale che attraversa la famiglia borghese e dire che fra le classi ricche, essendo il matrimonio troppo spesso un atto di convenienza, di puro interesse, si vedono anche fiorire attorno a quello,

(1) Giorgi. - l. c. - v. III° p. 97, 115, n. 2. — Manzato. - Il dir. di fam. p. 292 e seg. - Id. - Principî gen. p. 51, 113 e seg.

l'adulterio e le nascite illegittime, onde in molti paesi si è creduto di trovare un rimedio nel divorzio. Ora è bene intenderci sull'utilità d'un tale espediente, risalendo alle radici del male. I dissidî nell'unione sessuale durevole, legalizzata o no poco importa, possono nascere dal cessare dell'affetto, ciò che non è frequente, perchè il vero affetto resiste: e qui la separazione di fatto (non parliamo di quel mostriciattolo che è la nostra separazione legale (1), qui il divorzio è l'unico espediente. Ma quando i dissidî nascono dal fatto che l'amore non vi fu mai fra due esseri legati da una buona dote, o da altro, e questo è il caso più comune fra le classi ricche, allora il rimedio *a posteriori* sarà il divorzio; ma la cura più efficace, che taglia le radici del male, sarebbe un tal regime di società, per cui si considerasse, come è realmente, atto di prostituzione da sfuggirsi il congiungimento fra due persone che non s'amano. Senza tale base morale, il divorzio potrebbe essere il modo di contrarre un altro legame privo di affetto e perciò conducente ad un nuovo divorzio.

Purtroppo, lamentava anche il Fourier, la nostra morale dominante, come il diritto, considerano sacrosanta un'unione, quando ed in quanto v'è stato l'intervento del parroco e del sindaco. Dell'affetto: di questo vincolo assai più tenace ed essenziale nel matrimonio, nessuno se ne occupa. Non c'è nulla di male se due esseri che non s'amano si uniscono in vita comune. Così di due atti ripetuti di prostituzione vera e propria, si forma una sola virtù: come da due negazioni consegue una affermazione.

Ma è doveroso il riconoscere che le classi operaie, le quali assai più di frequente prescindono a forza dai

(1) MANZATO. - La fam. p. 357 e seg.

calcoli utilitarî, contraggono nozze d'affetto ed hanno perciò un tenore più elevato, se non più fine, di moralità matrimoniale. Durante la vita nuziale non han poi tempo di stancarsi d'un legame contratto, come spesso accade a chi, nulla avendo da fare, di tutto si annoia, ed in tutto cerca il nuovo. È proprio il male delle nostre classi dette superiori.

S'è detto che la Rivoluzione Francese segna il trionfo della proprietà individuale. Anche questa, come tante altre frasi fatte del genere, va intesa con le debite riserve. Una snellezza notevole ha raggiunto di fatto la proprietà mobiliare, che costituisce oggidì tanta parte della ricchezza dei paesi industriali. Ma la proprietà terriera è ancora soggetta, in buon numero degli Stati, a vincoli feudali e famigliari. D'altra parte, se sulla proprietà privata non gravano più quei vincoli nobiliari d'una volta, ora ben altri oneri vi impone lo Stato, d'entità non minore, s'anche più consoni all'attuale vita sociale. Senza dire che l'accentrarsi e l'industrializzarsi della proprietà, sono ben lungi dall'aver raggiunto, nei diversi paesi, quei punti culminanti che si profetizzavano.

Dati tali rapporti economici, di famiglia e di proprietà, si capisce come possa e debba essere regolata in genere la successione nei diversi paesi. Dappertutto la successione è a tipo misto, cioè legittima e testamentaria, e ciò corrisponde, nei varî Stati, alla coesistenza di diverse classi e di diversi interessi da tutelare. La successione legale garantisce di solito un minimo di diritti alla famiglia che esercita una ben notevole funzione economico-sociale. In Inghilterra tale successione di diritto tutela gli interessi conservatori della grande proprietà immobiliare. In Francia la successione legale, col riparto coercitivo, è l'espressione di quella

piccola proprietà che sorse dallo spezzettamento rivoluzionario dei beni dei nobili e del clero. Anche il Sorel ammette che quelle leggi di successione mirino a legare al suolo il più gran numero di proprietarî; e ciò contro il parere di Le Play (1). Il testamento che di solito lascia aperto il campo a serbare in vita le preferenze che rispondono a rapporti sociali trapassati, è anche, a detta dello Spencer, l'espressione dell'industrialismo trionfante (2). In complesso si può osservare che i varî paesi, cioè le classi in essi predominanti, si valgono delle diverse forme di successione pei proprî fini, e non è raro il caso di vedere la stessa forma successoria servire in diversi luoghi a scopi diversi. Questo per le sole forme successorie.

Se poi dall'elemento estrinseco passiamo a quello intrinseco, possiamo notare, che oggidì tutte quelle esclusioni, frutto di interessi e pregiudizî di altri tempi, tendono a perdere terreno. Però la famiglia legale vince ancora quelli che non ne fanno parte, s'anche le ragioni del sangue e dell'amore sieno talora uguali o migliori fuori di essa. Alla donna invece si fa in genere un miglior trattamento, poichè essa va diventando elemento attivo di vita sociale. Lo straniero nelle più progredite legislazioni si equipara al cittadino. Ormai l'economia è internazionale, tale essendo la divisione del lavoro. La patria del capitale è quel paese ove è alto il profitto: di fronte all'interesse, gli uomini scordano i colori delle varie bandiere. Lo Stato poi, che non è il corpo sociale, come vogliono Chabot e i filosofi della Rivoluzione Francese, e neppure è la realizzazione dell'Idea, come pretende lo Hegel, ma è l'espressione d'una

(1) Sorel. - I diritti acquisiti, ecc. p. 117.

(2) Spencer. - La Giustizia, p. 186.

società divisa in classi, raccoglie le eredità vacanti (Cod. Civ. It. art. 758) e partecipa alle altre mediante le tasse ereditarie (1). Si ricordi infine che in tutti i paesi v' è una classe numerosissima di persone, le quali, siccome non godono la proprietà, (che la legge tutela egualmente per tutti ... quelli che l' hanno), così di leggi successorie non sanno che farne.

Sicchè badando allo spirito sostanziale, più che alle forme, si può concludere, col nostro ripetuto asserto e d' accordo ancora col Sorel (2), che nei varî paesi, e presso le varie classi, — i modi vigenti di trasmissione dei beni *mortis causa* non sono che l'espressione dei rapporti economico-sociali, di produzione cioè, di famiglia e di proprietà in cui quei paesi e quelle classi si trovano, e nacquero, prima d'obbiettivarsi, da un processo psicologico, in seno ad un gruppo sociale, e sotto forma d' idealità giuridiche.

---

(1) « *Dovunque si hanno tasse di successione da pagare, queste in sostanza non sono altro che una divisione della eredità tra lo Stato e gli altri eredi* » Federico Carlo di Savigny- Sistema del Diritto Romano attuale — traduz. Scialoja. - Roma - 1886 - vol. I. p. 380.

(2) « *L' héritage est lié d'une manière si étroite aux sentiments juridiques d'un peuple que l'on a pu considérer parfois les lois successorales comme fournissant un moyen excellent pour caractériser les diverses sociétés* ». Sorel. - Introduction, ecc. p. 69.

CAPITOLO III. — *Esposizione e critica delle innovazioni proposte riguardo al Diritto Ereditario.* — § 73 - Baboeuf, S. Simon, Bazard, Enfantin; Colins; Pecqueur; Pisacane; Bovio; Bakunin; Menger; Rignano; Landry; Ahrens; S. Just; Blanc; Lange; Rodière; Curcio; Manzato; Laurent; Buniva; Kleinwächter. Le proposte pratiche del Menger. Le nuove Leggi francesi. Le tendenze manifestatesi in Italia: il Congresso Giuridico di Milano. — § 74. - Critica delle opinioni suesposte e conclusione.

§ 73 — Il carattere di dipendenza e di relativa stabilità degli istituti successorî fa sì che attorno ad essi non fervano tanto vive le dispute fra conservatori, riformatori e rivoluzionarî; non si può dire però d'altra parte che manchino anche in riguardo al diritto ereditario opinioni estreme espresse da pensatori solitarî o da scuole politiche e neppure si potrebbe asserire che faccian difetto dà un pò di tempo in qua ne' varî paesi le proposte limitate di ritocchi e temperamenti: opinioni e proposte che noi verremo sinteticamente esponendo e criticando.

Cominciamo dai concetti più estremi.

Baboeuf (1) Saint-Simon (m. 1835) e specialmente i discepoli di quest'ultimo: Bazard (2) ed Enfantin, affermano che la Rivoluzione Francese, abolendo tutti i privilegi e le eredità del passato, lasciò il privilegio fondamentale: l'eredità.

Per rimediare a tale dimenticanza i saintsimoniani propongono l'abolizione della successione ereditaria, cominciando da quella che riguarda le funzioni sociali

(1) Chi voglia vedere il Decreto Economico preparato dai congiurati uniti al Baboeuf, consulti la traduzione italiana del libro di E. SCHEEL. - Socialismo e comunismo. p. 207, 208.

(2) ID. - id. p. 206.

più importanti: il proprietario fondiario, il capitalista, il padrone. Tale proposta forma la pietra angolare del saintsimonismo. Spetterebbe poi al Sacerdote o Padre Supremo, il personaggio predominante nel socialismo aristocratico di S. Simon, (che lascia sussistere industriali, capitalisti e banchieri a dirigere la società sotto la scorta dei sapienti e dei preti) di eleggere, in base al merito, coloro cui spetterebbero le funzioni intellettuali accennate. Tale proposta risponderebbe anche, secondo i sansimoniani, ad una tendenza della realtà; il diritto di trasmissione di proprietà andrebbe sempre restringendosi: il proprietario avrebbe dapprima disposto liberamente, poi la legge avrebbe designato l'erede o gli eredi, infine, essa avrebbe diviso il patrimonio fra gli eredi (1). Al che ci occorre l'obbligo di obbiettare, che non sappiamo dove i sansimonisti siano andati a studiare la loro storia del diritto.

Colins voleva rendere lo Stato proprietario del suolo mediante l'abolizione dell'eredità collaterale ed una forte imposizione sulle trasmissioni successorie (2).

Pecqueur è contro l'eredità, che ritiene l'essenza della famiglia attuale (3).

Pisacane, l'eroe infelice di Sapri ed il primo socialista teorico d'Italia, afferma nettamente: il testamento, mostruoso diritto, che oltre l'epoca dalla natura stessa prescritta prolunga la volontà dell'uomo, sia abolito. I risparmî accumulati da ognuno, appartengano di diritto

(1) Menger. - Lo Stato soc. p. 151, 159. — Charles Gide. - Principes d'Économie Politique. - Paris - 1903 p. 419 e seg. — Loria. - Problemi, ecc. p. 68. — Sorel. - Introduction, ecc. p. 5. - Id. - Deg. cap. e deg. soc. p. 140.

(2) Scheel. - Soc. e com. p. 289.

(3) Sorel. - Deg. cap. ecc. p. 167, 171.

dopo la sua morte alla società di cui esso faceva parte, ed al comune ove erasi domiciliato, se il defunto esercitava una professione singolare, come architetto medico, od altro (1).

Giovanni Bovio che giustificava la proprietà in base al principio di casualità, (che si risolve in quello di reciprocità) negava un diritto di proprietà, e (quindi di donazione e successione), laddove non vi era il corrispettivo lavoro. E così s' esprimeva il Filosofo tranese: l' individuo umano deve alla comunanza, lui vivente una porzione del suo prodotto, perchè la comunanza e concausa di qualunque prodotto; e dopo morte lo deve interamente. Il cosidetto diritto di successione non è riconosciuto dal principio di causalità. Se tra l' uomo e la cosa il solo legame etico è quello di causalità, mancato questo legame, non c' è fondamento giuridico di proprietà. La successione è il diritto « d' *ozi beato e di vivande* ». Nè si può pensare che il fondamento giuridico della famiglia sia la successione che è privilegio di pochi. Però il diritto di successione e di lavoro, essendo avversi, movonsi nella storia in ragione inversa (2).

Bakunin, il capo teorico dell' anarchismo moderno, domanda senz' altro l' abolizione della eredità (3).

Il Menger obbietta a proposito di successione ereditaria, che non v' è istituzione che neghi più completamente il rapporto fra merito e compenso e che affidi il corso dell' esistenza dell' individuo al caso della nascita. La successione ereditaria non stimola al lavoro i genitori, sotto la speranza d'avvantaggiare i figli, come

(1) Pisacane. - l. c. - v. III° p. 166.

(2) Bovio. - Fil. del Dir. - p. 530, 350, 351, 407.

(3) Scheel. - Soc. e com. p. 289.

sogliono dire i giuristi (1); poichè coloro i quali più lavorano oggi, gli operai, non possono avvalersi d'un tale istituto. Però afferma il Menger, nell'attuale società il diritto di successione è quasi altrettanto importante quanto il diritto di proprietà. [Ne è un complemento diremmo noi, con maggiore precisione]. Questo [il diritto di proprietà] regge il presente, quello [la successione] regola l'avvenire della struttura sociale. [L'illusione giuridica fa capolino!]. Nello Stato socialista profetizza il Menger, il diritto di successione avrà molto minore importanza, non riguarderà i mezzi di produzione, nè i beni di uso di pertinenza statale, ma solo gli oggetti di consumo. E lo Stato del lavoro vi imprimerà un carattere democratico. I crediti verso lo Stato verranno colpiti da imposta sull'eredità. Quando vi saranno figli o discendenti, si avrà l'eguale riparto. In loro mancanza si avrà la disposizione. La successione legale includerà solo i figli, i genitori ed i fratelli. Crescerà l'imposta quando l'erede sarà estraneo o lontano parente del testatore (2). Ma tale innovazione giuridica, (molto particolareggiata!) succederà, secondo il piano mengeriano, all'attuazione dello schema economico-sociale che già esponemmo e discettammo.

Il Landry s'è occupato della questione successoria, or non è molto, in un articolo di rivista. Egli ricorda che Saint-Simon ed i suoi discepoli volevano abolito il diritto di successione, ma durante la seconda metà del secolo XIX° i socialisti si disinteressarono della questione. Però il Rignano ha pubblicato un'opera

(1) Fra i tanti si vegga anche fra noi il Buniva. - Buniva. - l. c. p. 101.

(2) Menger. - Il Dir. Civ., ecc. p. 104, 105, 172, 173, 174, 175. - Id. - Lo Stato soc. ecc. p. 158.

dal titolo: « *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale* (Paris 1904) » da cui il Landry ha estratto un opuscolo intitolato: « *La question de l'héritage* (Paris 1904) » tradotto ultimamente anche in tedesco. Afferma in quell'articolo il Landry, che una riforma dell'eredità è, di tutti i metodi ai quali si può ricorrere per socializzare i capitali, quello che potrà reclutare il più gran numero di partigiani. L'abolizione dell'eredità sarebbe contro l'amore dei figli. Spingerebbe allo sciupìo dei beni consumabili ed all'esaurimento degli altri. Eppoi l'abolizione dell'eredità al di là di certi gradi e pei collaterali, non riguarderebbe che una piccola frazione di ricchezza. Una tassa progressiva sarebbe di effetti lenti. Il Rignano avanza pertanto questo progetto. La società dovrebbe prelevare ad ogni trasmissione ereditaria una certa porzione di capitali attualmente detenuti dai particolari, di modo che alla fine di un certo numero di generazioni, questa ricchezza che è presentemente di proprietà privata, diverrebbe di proprietà sociale. Si dovrebbero distinguere i beni ricevuti in eredità dagli accumulati, e colpire del doppio i ricevuti in confronto degli altri, tenendo conto del valore e non della qualità dei beni, per prevenire le vendite maliziose. Non è certo la scoperta dell'America! Ma il Landry accetta tale proposta e, manco a dirlo, vi vede la soluzione della questione sociale (1).

Guai se si dovesse dar ascolto e peggio se si dovesse seguire il consiglio di tutti questi medici volontarî delle sanguinanti piaghe sociali!

Del resto già l'Ahrens aveva combattuto, come

(1) Adolphe Landry. - La Question de l'héritage et le Socialisme; in: "*La Revue Socialiste*,, Janvier 1906, da p. 48 a p. 64.

misura troppo violenta, [poteva dire impossibile da sè] l'abolizione delle successioni in linea collaterale, ed aveva proposto un diritto proporzionale, secondo i gradi di parentela e progressivo in corrispondenza alla proprietà lasciata per successione. Aveva inoltre suggerito di deferire allo Stato la successione intestata al di là del settimo grado, affermando come non giustificabile, nè si sa perchè, col diritto naturale la successione *ab intestato* di là dal quarto grado (1).

Altri scrittori propongono diverse limitazioni al diritto successorio. Così il Menger ci ricorda Saint-Just, Louis Blanc, Lange, ecc. (2).

Rodière, Curcio e, fra i nostri, il Manzato, vorrebbero, contro il parere dell'Huc, che alla successione di Stato, in caso di vacanza di eredità, subentrasse quella dei Comuni di domicilio del defunto. I Comuni poi dovrebbero utilizzare la sostanza a scopi di beneficenza e di utilità pubblica locale (3).

Il Laurent vorrebbe che le eredità fattesi vacanti per mancanza d'eredi del *de cujus*, entro il quarto grado, non spettassero allo Stato, bensì a quelle istituzioni che hanno per obbietto il miglioramento materiale, intellettuale e morale della classe più numerosa e povera (4).

Il Buniva pretenderebbe invece che fosse sostituito allo Stato l'istituto caritativo del Comune a cui appartenne il defunto (5).

---

(1) Ahrens. - l. c. - v. IIº p. 153, 263 n.

(2) Menger. - Lo Stato soc. p. 158, 159.

(3) Huc. - l. c. p. 197, 198. — Manzato. - La successione, ecc. p. 93, 94.

(4) Laurent. - l. c. - v. VIIIº p. 697.

(5) Buniva. - l. c. p. 93, n. 3 e p. seg.

Il Kleinwächter ritiene che l'eredità risponda al concetto morale e giuridico per cui un padre è stimolato a beneficare la famiglia che fondò ed è indotto perciò ad un' efficace attività produttiva. Ciò che prescinde dalle inclinazioni psicologiche innate ed immutevoli degli uomini, le quali sono ben più forti degli impulsi esterni ai quali si è disposti a dare così spesso soverchia forza determinante. Ma venendo a considerazioni pratiche, l' A. vorrebbe attuate alcune limitazioni alla trasmissibilità ereditaria dei beni, come ad esempio: 1) una maggior limitazione della successione legittima fra collaterali; 2) una limitazione alla libertà testamentaria per ciò che concerne la creazione di fondazioni per le quali occorre l'autorizzazione dello Stato; 3) infine una tassazione progressiva delle successioni in modo da colpire meno i parenti più intimi (1).

Lo stesso Menger, il quale, come accennammo, ha ben compreso che non si può sopprimere il diritto ereditario individuale finchè vive la proprietà privata, rilevando che ormai più non esistono le viete convivenze famigliari larghissime, — onde la consanguineità non è più valido motivo, e si smentisce coll' obliterazione degli illegittimi, — vorrebbe ora limitata, per via di legge, l'eredità alla terza linea. I beni resisi poi per tal guisa vacanti, cambio di andar allo Stato, che ha il compito di conservare le esistenti relazioni di potenzialità e non è uno Stato operaio od economico, dovrebbero passare invece alle Casse di assicurazione contro gli infortuni, le malattie, la vecchiaia, l' invalidità, ecc. degli operai, sul cui reddito di lavoro le sostanze furono ammassate: tutte istituzioni, le precedenti, destinate poi,

(1) KLEINWAECHTER. - l. c. p. 615, 616.

sempre secondo il Menger, a fondersi in una sola corporazione (1).

Per vero dire, in Francia si è già fatto qualcosa in ordine a questo orientamento sociale del diritto. Mentre quel Codice Civile, agli articoli: 723, 724, 767 e 772, vuole che, in mancanza di eredi legittimi, l' eredità passi allo Stato, alcune Leggi gli preferiscono ormai gli ospizî, la cassa degli invalidi della marina, la cassa pensioni per la vecchiaia, ecc. (2).

Anche fra noi e non senza contrasti si va sviluppando una corrente dottrinale in tal senso. L' ultimo Congresso Giuridico di Milano ne fu un'espressione. Attorno alle relazioni sulla Riforma del Diritto Ereditario, presentate dal Bonfante e dal Vadalà-Papale, s'è ingaggiata una discussione, che ci rivela come, ad onta dei contrasti, si tenda anche in Italia a voler aumentata la quota legittima, pur restringendo la successione legale di qua dal decimo grado, com' è oggi; ad avvantaggiare, in caso di vacanza, gli istituti di beneficenza, ed a meglio trattare infine nei diritti ereditarî i figli naturali ed il coniuge (3). La partecipazione favorevole del Ministro di Grazia e Giustizia al Congresso, e la nomina di una numerosa Commissione, coll' incarico di preparare le riforme al Codice Civile, posson lasciar credere che presto si debbano realizzare simili desiderata. Si trat-

---

(1) Menger. - Il Dir. Civ. ecc. p. 104, 105, 172, 173, 174, 175. - Id. - Lo Stato soc. p. 158.

(2) Hauriou. - l. c. p. 775, n. 1, 776.

(3) Non essendoci stato possibile di consultare direttamente i due volumi di relazioni e discussioni del Congresso di Milano, dobbiamo servirci dei resoconti dei giornali ed in ispecie del « *Corriere della Sera* ». Anno 31. N. 262, 263, 264. - Milano - 25, 26 e 27 - Sett. 1906.

terebbe in sostanza di ritocchi non profondi. Non va scordato però che le opposizioni, non foss'altro ad un tale orientamento di riforme giuridiche, non mancano. Eppoi, come ognuno ricorda, si è tanto parlato fra noi nei Congressi, nella stampa e nei progetti ministeriali di divorzio, senza concluder mai nulla! E sulla legislazione sociale, quante parole e dispute inutili! È ben vero che pel divorzio c'erano interessi politici contrarî e per la legislazione operaia mancano almeno quelle condizioni sociali che permisero a Bismarck di rendersene famoso; mentre pel diritto ereditario le opposizioni dipendono da pregiudizî nobiliari e da spirito conservatore.... Ma pure, noi non ci facciamo soverchie illusioni neanche sull'attuabilità di tali innovazioni, lo si noti bene, tutt'affatto superficiali.

§ 74 — Ed ora ci piace essere concisi in questa nostra critica e temperati nella conclusione. Il parlare oggidì di abolire senz'altro la successione ereditaria, è fare astrazione completa dalla realtà sociale e dare nella utopia. Finchè sussiste il modo di produzione a salariato, a cui corrispondono: la proprietà privata e lo speciale ordinamento della famiglia odierna: la successione ereditaria, com'è oggi, è un derivato necessario (1), più che un abuso (2). Si potrebbe fare persino un applica-

(1) « *Sans l'hérédité la propriété n'est qu'un mot* » PROUDHON, citato da SOREL. - Introduct. ecc. p. 146, n. 2, 147. - « *Il diritto di successione altro non è che una conseguenza della proprietà privata e perciò alla limitazione dell'uno deve precedere la limitazione dell'altro* ». MENGER. - Lo Stato soc. p. 158.

(2) Certo con eccessiva rigidezza fatalistica afferma il Loria: « *Non esistono abusi in sociologia, esistono soltanto fenomeni prodotti da cause indeclinabili, che si esplicano con una necessità di*

zione dello stesso principio di causalità invocato in senso ben diverso dal Bovio: la proprietà privata porta per conseguenza il diritto ereditario individuale; i limiti sociali apposti alla prima conducono a quelli fissati nel secondo, il quale nella legittima tien conto appunto dei bisogni famigliari.

Abolire la successione ereditaria sarebbe vano, senza abolire anche la donazione fra vivi, e far ciò non si potrebbe senza vincolare quella ricchezza mobile che tenderebbe a sottrarsi più facilmente al divieto, ed è oggi tanta parte della vita economica. Sarebbe intaccare con ciò proprio nella sua stessa esistenza la proprietà privata. Ma a vantaggio di chi? Dello Stato! Lo Stato odierno non è la società economicamente organizzata, bensì l'espressione politica d'una società divisa in classi (1). Ma quando il socialismo di Stato non fosse un'utopia tirannica, com'è di fatto, e collimasse invece... colle tendenze dell'evoluzione sociale, forse che per giungere alla sua attuazione si dovrebbe prendere la lunga via dell'incameramento delle successioni? Forse che si dovrebbe capovolgere la storia sin qui invalsa, col voler mutare prima quegli istituti che si son mostrati i più lenti nel moto generale? Il procedimento poi sarebbe ancor più lungo ed ipotetico, se invece di venire

---

ferro e che è compito della scienza l'analizzare, non già il deplorare (?). La stessa proprietà capitalistica diviene in tal modo nulla più che un abuso che un nuovo paragrafo o regolamento varrà a felicemente dirimere! » LORIA. l. c. p. 312 n. 2.

(1) Nota anche lo Stengel « *dass die Theorie von einem solchen allgemeinen Erbrecht des Staates unserer Gesellschaftsordnung nicht ganz entspricht* ». DR. KARL FREIHERRN VON STENGEL. - Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts - Freiburg. i. B. - 1890. p. 360, § 2.

all' espropriazione totale dei beni ereditarî, si colpissero questi con un imposta grave. La rivoluzione sociale compiuta dagli esattori delle tasse! Il berretto frigio, non più sul capo femmineo della procace Dea Rivoluzione, ma su quello grifagno di Messer Fisco?! Lo spettacolo non ci attrae. Non si vede poi, che l' imposta ereditaria è un espediente finanziario, i cui effetti son discussi nella scienza, come anche si discute sul momento economico più opportuno alla sua attuazione (1).

Più pratiche invece sono quelle proposte che, partendo da uno spirito conciliativo degli attuali conflitti di classi, mirano a togliere dal diritto successorio quelle acuzie che più stridono collo sviluppato spirito democratico. Ma appunto perchè si tende soltanto a togliere le angolosità, non si giunge a toccare le radici, e neppure si riesce con tante buone e, se si vuole, lodevoli intenzioni, a raddolcire quei contrasti, quelle lotte di classi che sono il cammino aspro e faticoso, ma inevitabile che percorre l' umana istoria. Chi tien d' occhio la storia, non bada ai piccoli mutamenti che si svolgono negli anni, ma ai rivolgimenti che avvengono nelle generazioni, nelle epoche. Per la storia, gli anni sono attimi fuggevoli?

I grandi proprietarî industriali o fondiarî vogliono la libertà testamentaria per poter rispondere alle esi-

(1) Il Loria criticando le opinioni di Ricardo e del Graziani, intorno agli effetti dell' imposta sulla successione, afferma che essa s'attaglia ai periodi di profitto minimo della Roma decadente, dell' Europa odierna ed anche degli Stati Uniti. Essa toglie capitale alla speculazione, ma non tocca il saggio dei profitti, la cui altezza determina l'accumulazione, onde non scema questa nè stimola la speculazione, come avviene coll' imposta progressiva sul reddito. - LORIA. - l. c. p. 287, 288 n. 1, 2.

genze della accumulazione, o ad uno spirito di esclusiva conservazione famigliare.

I piccoli proprietarî invocano dalla legge un riparto eguale delle sostanze fra i membri della famiglia e s'inspirano democraticamente al vecchio detto di Cassiodoro: « *Iniquum est enim, ut de una substantia quibus competit aequa successio, alii abundanter affluant, alii paupertatis incommodis ingemiscant* (Variar. I. 7) » (1).

Ma v' è una classe che non s' accontenta di una eguaglianza più o meno utile allo sviluppo dell'attuale ordinamento economico, e contenuta entro i limiti della famiglia abbiente; e vorrebbe estesa tale eguaglianza ad una famiglia assai più grande (2); dovunque son nati di donna vorrebbe spento il privilegio ingiusto, iniquo della nascita.

Questa classe che è esclusa dai benefici dell'attuale

---

(1) Contro simili preferenze pare esprimersi anche Lord Bacone, laddove dice; « *Jounger brothers are commonly fortunates but seldom or never where the elder are disinherited* » BACON'S Essays - ed. by. J. DEVEY - London - 1888 - VII - Of Parents and children. p. 19.

(2) Abbiamo già avuto occasione di dichiarare che l' eguaglianza intesa, assai spesso ad arte, un assoluto: astrattamente non si distingue dalla medesimezza, praticamente dà nell'impossibile e sotto tal riguardo è concezione individualistica giusnaturalistica, democratica. E logicamente. Poichè se si considerano gli individui nella società come tanti atomi a sè, o come piccoli microcosmi collocati assieme in una specie di giustapposizione, è ben logico, se non si vuole che l' uno soverchi l' altro (com' è la realtà poco democratica) ch' essi siano tutti uguali: nè più nè meno. Ma queste sono teorie, anche matematiche se si vuole. Altra è l' eguaglianza novellamente concepita che attiene ai rapporti degli uomini verso il mezzo di produzione. Ma non vogliamo allontanarci troppo dall' argomento.

forma di proprietà e di successione, perchè salariata, afferma di voler mutare le basi del presente ordinamento sociale, partendo dai rapporti di produzione, e ritiene per lei un' ironia il parlare di ritocchi, sia pure in senso sociale, delle attuali forme di proprietà e di trasmissione dei beni *mortis causa*.

E queste pretese cercano di farsi realtà mediante la polarizzazione delle forze operaie nei sindacati di mestiere, i quali son anche i nuclei di vita nova, in seno ai quali l' indagine psicologica può cogliere già in embrione le nuove idealità giuridiche, nel loro processo formativo e di sviluppo, mercè il quale dall' invenzione passando all' imitazione (1) ed alla ripetizione si fanno consuetudine, che poi diverrà legge.

Da questi centri fervidi di attività innovatrice esce una voce che dice essere la questione del giorno questione economica. Il diritto delle classi dominanti può riassumersi, temperarsi, ed anche sistemarsi come quello della Roma imperiale (2), sebbene oggi i diritti positivi

(1) Il Leopardi afferma che l' imitazione deriva dall' inclinazione umana a seguire l' autorità. - LEOPARDI. - Scritti varî, ecc. p. 348 e seg.

(2) Oggi nei varî paesi, cioè esclusa l' Inghilterra, i codici hanno unificato e coordinato le leggi risguardanti i diversi rami della vita sociale, onde il problema affacciantesi è più quello della sistemazione, del raddolcimento del diritto ; e tendenze alla sistemazione del diritto privato, civile e commerciale, non mancano anche in Italia. Basti accennare agli sforzi per vero dire ammirevoli del Vivante, il quale si trova d' accordo in tale indirizzo critico e ricostruttivo, fra i nostri giuristi, col Montanelli, col Pisanelli, coll' Ellero, col Carle, col Precerutti, col Cimbali, col Bolaffio, col Mortara, col Tartufari, col Giorgi, ecc. fra gli stranieri : coll' Endemann, col Dernburg, col Munzinger, col Molengraaf. ecc. Va subito osservato che la separazione dei

di tutti i paesi costituzionali siano già di per sè dei sistemi (se no che ci starebbero stati a fare i Parlamenti ?) ma non può spingersi oltre. Quello delle classi assurgenti aspetta di divenir il coronamento di mutati rapporti sociali.

Comprendere e criticare i presenti istituti giuridici, suscitando contro di essi quella ribellione ideale, quel malcontento che è fecondo di innovazione ; cogliere le nuove tendenze generiche : ecco gli orizzonti che s'aprono ai giuristi. Più addietro si ruminano cose vecchie. Più avanti si fantastica sui cirri.

L'indagine storico-economica e quella psicologica ben concordate, sembrano indicarci le linee direttive.

Si mutarono le forme di produzione, dal comunismo originario, all'attuale capitalismo e sta come ideale delle falangi operaie un modo associativo di produzione che elimini lo sfruttamento dell'uomo sull' uomo.

Variò nei tempi il modo di proprietà; s' ebbero : il comunismo, la proprietà gentilesca, quella famigliare e l' individuale, s'hanno avanzi di tutte queste forme, ma voglion le masse riavvicinare il lavoro ai suoi mezzi, e impedire che l'appropriazione di questi sia otttmo alibi alla fatica.

---

varî diritti dipende dalla diversa loro origine storica, dal diverso sviluppo di quei nuclei sociali che li elaborarono. E s' aggiunga che s' anche è tutt' altro che imprevedibile una sistemazione dell'odierno diritto, simile a quella giustinianea, tale sistemazione unitaria, compendiosa, — come afferma da un altro punto di vista l'Ascoli, acuto oppositore delle teoriche del Vivante — sarebbe sintomo indubbio di cessato sviluppo, di stabilità conseguita. E si sa che la stabilità nei fenomeni vitali di qualsiasi specie è di per sè stessa inizio di decadenza. - VIVANTE. - Tratt. cit. - v. I° p. 3 seg. 27, 28 note 44, 45. - ASCOLI. - l. c. - Dir. Comm. p. 3 e seg.

Cangiarono anche le forme di convivenza: dalla promiscuità primitiva, attraverso al matriarcato, al matrimonio a gruppi ed a paia, si venne alla famiglia monogamica odierna, riduzione forse estrema. Ma se non gli elementi, s' aspira ora ad immutarne il cemento: non più gli interessi ed il calcolo, sian vincoli famigliari, ma l' amore, soltanto esso. Ecco la nuova etica sessuale! (1).

L'intiera società futura, sviluppata nei suoi principî, verrebbe forse a rassomigliare lontanamente alla società primitiva, in cui i varî elementi erano in embrione, assai più che ai gradi intermedî, in cui prevalse or l'uno or l'altro di questi elementi?.... Parrebbe aver ragione il Loria, che rintraccia questa analogia nella coscienza dei popoli, rivelantesi colle leggende, e nel pensiero dei filosofi da Aristotile a Vico (2), a Marx, aggiungiamo noi. Nè si può dire che noi scordiamo, come rimprovera sarcasticamente il Labriola (3) al Loria, che ciò che è nuovo è l' individualità, la quale scaturisce dall'orda primitiva e non va riassorbita e spenta nella collettività: tutt' altro! Soltanto la gente semplice vede

(1) « *L'avvenire della proprietà e quello della famiglia sono reciprocamente, indissolubilmente legati* ». AMADORI VIRGILJ. - l. c. p. 2. « *La forme monogame de l'union sexuelle est évidemment la forme dernière; les changements que l'avenire peut y apporter contribuéront nécéssairement à la compléter et à l'etendre. Un temps viendra où l'union par affection sera censée la plus importante et l'union par la loi la moins importante: ce qui donnera lieu à la réprobation des unions conjugales où l'union par affection sera dissoute* ». - SPENCER. - Principes de Sociologie. ecc. - tom. deux. p. 409, 411.

(2) LORIA. - l. c. p. 418, 419, 420.

(3) ANT. LABRIOLA. - l. c. p. 252, 253.

un' antitesi insanabile fra lo sviluppo dell' individuo e quello della società, che sono armonici, e chiama con disprezzo: individualista, chi non si fa pappagallo di utopie fratesche, il cui dispotismo non spaventa alcuno, soltanto perchè è destinato a rimanere perennemente intenzionale.

E se, come abbiam scritto, mutano tutti quegli elementi che formano il sostrato della trasmissione dei beni *mortis causa,* — perchè non dovrebbe mutare anch'essa parallelamente? Allora dal primitivo accrescimento gentilizio, attraverso a quello famigliare ed al diritto ereditario individuale, si tornerebbe forse ad una nuova forma di accrescimento *mortis causa,* nel senso già da noi dato a questa espressione? Ammettiamo che non si può ristar troppo su queste previsioni, nè farvi calcoli soverchi. Le profezie ricostruttrici sono ancora troppo screditate in quest' epoca di sfacimento generale e di comune disorientazione. Nè si può d'altra parte prendere le mosse dal Diritto Ereditario.

Ci piace pertanto chiudere queste pagine critiche parafrasando le parole suggestive colle quali il Lassalle pone termine al suo *« System der ervorbenen Rechte ».*

Per Leibniz la legittimità del testamento sta nell'immortalità dell' anima.

Ora se l'anima non fosse immortale, che ne sarebbe della legittimità del testamento e di tutto il diritto successorio famigliare ed individuale?

Se non alla prima questione, certo alla seconda darà una risposta la storia. E la storia non è la realizzazione dei voleri di una Provvidenza, comodo alibi ai pigri, che si chetano nel nirvana, ma risulta dall' intrecciarsi diuturno, continuo degli sforzi incoscienti e coscienti degli uomini sopra le condizioni esteriori.

QUADRO ANALITICO.

PARTE PRIMA.

La Filosofia del Diritto ed il Diritto Ereditario.

Capitolo I°

Le basi del Diritto Successorio secondo le dottrine giuridico-filosofiche . . . . . Pag. 3

§ 1 - Difficoltà d'una elencazione sistematica. — § 2 - Il diritto naturale: Grozio, Puffendorf, Wolff, Barbeyrac, ecc. — § 3 - Altre numerose scuole a base naturalistica. — § 4 - L'immortalità dell'anima: Leibniz, Rosmini. — § 5 - La rioccupazione naturale: Mamiani. — § 6 - Il diritto di proprietà: Cajo, Ulpiano, Hugo, Laurent, Vacca, Buniva, Jhering, Spencer. — § 7 - La comproprietà famigliare: Hegel. — § 8 - Il patrimonio: Huschke. — § 9 - La costituzione famigliare: Huc, Pacifici-Mazzoni. — § 10 - Gli affetti, la voce del sangue: Domat, Treilhard, Pisanelli, Jhering, Pertile. — § 11 - La legge: Kant, Fichte, Gros, Krug, ecc. Montesquieu, Mirabeau, Merlin, Chabot, Portalis. — § 12 - Lo spirito nazionale del popolo: Savigny e la scuola storica: Gans, Hegel, Lassalle, Schäffle, Pertile. — § 13 - Dottrine eclettiche: Ahrens, Pacifici-Mazzoni, Laurent, Gianturco, Manzato. — § 14 - Opportunità scientifica di una indagine storica e teorica sul fondamento degli istituti di trasmissione dei beni *mortis causa*.

Capitolo II°

La critica delle dottrine esposte . . . . . Pag. 23

§ 15 - Critica della scuola naturalistica: impostazione del problema. — § 16 - Il diritto naturale nel suo svolgimento storico: Ulpiano, Gajo, Paolo, S. Isidoro, S. Tommaso, Dante, Grozio, Hobbes, Gentili, Vico, Rousseau, Kant, Hegel, Mamiani. — § 17 - La critica fatta dalla scuola storica del diritto. — § 18 - L'atteggiamento del positivismo. Romagnosi. Il positivismo psicologico. Carle, Ardigò, Groppali. — § 19 - Le nostre obbiezioni critiche al diritto naturale scomposto nei suoi elementi che alternamente lo formano. — § 20 - La critica del diritto ereditario naturale. — § 21 - Dell'opinione del Leibnitz. — § 22 - Della rioccupazione. — § 23 - Della proprietà; particolarmente nel concetto dello Spencer. — § 24 - Più generalmente. — § 25 - Della comproprietà. — § 26 - Del patrimonio. — § 27 - Della costituzione famigliare. — § 28 - Degli affetti. — § 29 - Del diritto politico o civile. — § 30 - Della scuola storica. — § 31 - Delle scuole eclettiche.

PARTE SECONDA.

Il concetto materialistico della storia ed il Diritto Ereditario.

Capitolo I°

L'odierna applicazione del concetto materialistico della storia alla trasmissione dei beni mortis causa. . Pag. 71

§ 32 - Le ricerche psicologiche sulla genesi del diritto. — § 33 - Come le ricerche storico-realistiche si devono integrare con quelle psicologiche nell'indagine che facciamo. — § 34 - Il lento svolgersi delle nuove vedute. — § 35 - Per la storia della dottrina: sviluppo del concetto realistico della storia: Marx. — § 36 - Lassalle. — § 37 - Loria. — § 38 - Menger. — § 39 - Engels, Ant. Labriola, Sorel, Art. Labriola, Leone. L'indagine psicologica integratrice. — § 40 - Il lento aprirsi dei nuovi orizzonti giuridici.

Capitolo II°

La storia della trasmissione dei beni mortis causa *al lume dei concetti esposti* . . . . . Pag. 111

A) *Il comunismo originario.* — § 41 - Esistenza e conformazione del comunismo originario. — § 42 - Mancanza nel suo seno d'un diritto ereditario vero e proprio. — B) *Il Diritto Ebraico.* — § 43 - Dalla Bibbia al Talmud. — C) *Il Diritto Greco.* — § 44 - Atene. La Legge di Solone. — § 45 - Sparta. — D) *Il Diritto Romano.* — § 46 - Cenno introduttivo. — § 47 - La costituzione gentilesca di Roma alla vigilia della sua storia; famiglia, proprietà, modi di trasmissione dei beni *mortis causa.* — § 48 - La città: lotte di classe fra il patriziato e la plebe. — § 49 - L'evolversi del Diritto Romano culminante nell'epoca repubblicana. — § 50 - La famiglia e la proprietà. — § 51 - I modi di trasmissione dei beni *mortis causa* prima e dopo delle XII Tavole. La *bonorum possessio.* — § 52 - Le limitazioni di capacità nel diritto ereditario romano. — § 53 - I rivolgimenti sociali. — § 54 - Giustiniano: le sue compilazioni e la sua legislazione successoria. — § 55 - Riflessioni conclusionali sul Diritto Romano: nuovi orizzonti che s'aprono al suo studio. — E) *Il Diritto Germanico antico.* — § 56 - Dai tempi di Cesare a quelli di Tacito. Modi di produzione, di convivenza e di proprietà. — § 57 - Modi di trasmissione dei beni *mortis causa.* — F) *Il Diritto dei Longobardi e dei Franchi.* — § 58 - L'ambiente storico. — § 59 - La famiglia e la proprietà. — § 60 - La trasmissione dei beni *mortis causa.* Dall'accrescimento famigliare ai patti successorî, alle donazioni *pro remedio animae*, dette testamenti. — § 61 - Illazioni generali. — G) *Il Diritto Feudale.* — § 62 - Il sorgere del feudalismo. Il diritto si fa

territoriale. Famiglia e proprietà. — § 63 - La trasmissione ereditaria dei feudi. — § 64 - Breve considerazione sul Diritto Ereditario Feudale. — H) *Il Diritto Statutario Comunale.* — 65 - Il fiorire dei Comuni e degli Statuti. — § 66 - La proprietà e la famiglia statutarie. — § 67 - La successione ereditaria. Esclusioni e temperamenti. — I) *Il Diritto delle Monarchie.* — § 68 - I Principati. Le Pandette. — K) *Le codificazioni.* — § 69 - Il carattere del nuovo movimento economico, politico e legislativo. Le Leggi rivoluzionarie. Il *Code Napoléon.* La reazione. — § 70 - Le leggi successorie odierne nei varî paesi: Francia, Italia, il Codice Civile del 1865; Inghilterra; Germania; Austria; Russia. — § 71 - Le critiche: Toullier; Laurent; Pacifici-Mazzoni; Mac Culloch; Menger; Jaurès. --- § 72 - Le odierne forme di famiglia, di proprietà e di successione ereditaria esaminate dal nostro punto di vista.

Capitolo III°

Esposizione e critica delle innovazioni proposte riguardo al Diritto Ereditario . . . . . Pag. 201

§ 73 - Baboeuf, S. Simon, Bazard, Enfantin; Colins; Pecqueur; Pisacane; Bovio; Bakunin; Menger; Rignano; Landry; Ahrens; S. Just; Blanc; Lange; Rodière; Curcio; Manzato; Laurent; Buniva; Kleinwächter. Le proposte pratiche del Menger. Le nuove Leggi francesi. Le tendenze manifestatesi in Italia: il Congresso Giuridico di Milano. --- § 74 - Critica delle opinioni suesposte e conclusione.

PREZZO L. 4.—