

14-C-410

Prof. EVARISTO CARUSI

IL PROBLEMA SCIENTIFICO  
DEL DIRITTO MUSULMANO



Inv. №: 491

Sign: 379

SEMINÁRNÍ  
Hist.-práv.



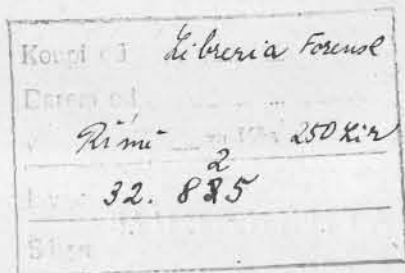
KUŠHOVNA  
oddělení

ATHENAEUM

ROMA - MCMXIX

B

Estratto dalla  
RIVISTA ITALIANA DI SCIENZE GIURIDICHE



## PREFAZIONE

*Lo sviluppo di questo libro attraverso la sua composizione rende necessarie poche parole di avvertenza al lettore.*

*Esso fu incominciato a scrivere con l'intento di presentare una esposizione critica del trattato di diritto musulmano del Juynboll, accanto alla rassegna sommaria delle precipue questioni, specialmente metodologiche, relative alla materia.*

*Ma, nello svolgimento progressivo, venne acquistando mano mano una estensione assai più notevole di quanto in principio l'autore si proponeva.*

*Tanto il quadro del sistema, quanto la discussione dei principali problemi scientifici, come l'illustrazione dei rapporti tra le teorie musulmane e quelle dei vari diritti mediterranei hanno trovato il loro posto.*

*Oltre di ciò, sono state inserite in opportuno luogo delle vere e proprie trattazioni di singoli argomenti speciali. La più importante di esse è quella relativa alla riserva ereditaria, che ha condotto alla revisione della dottrina della legittima in diritto romano. Sotto il medesimo aspetto, sono anche da notare le altre ricerche comparativistiche in materia di disposizioni di ultima volontà.*

*Ho creduto conveniente di mettere così in rilievo il contenuto del libro, perchè la forma sotto cui questo si presenta potrebbe ingannare. Si osserverà che sarebbe forse stato più opportuno far corrispondere a tale contenuto una forma diversa; ma quella prescelta ha il grande merito di dare l'impressione più diretta e vivace delle deficienze esistenti nella letteratura di diritto islamitico. Qualunque ad ogni modo possa essere il valore intrinseco dell'opera mia, il mio libro merita tutta l'atten-*



zione dei giuristi, e l'appello che io loro rivolgo è della maggiore importanza per le sorti della scienza. Ho scritto con avanti agli occhi un'alta idealità scientifica, e domando di essere giudicato dallo stesso elevato punto di vista.

Preparato durante la guerra, il libro si pubblica in un momento, in cui la grande potenzialità della nostra Patria è raggiunta dalla pavida invidia. Il presente ed il presumibile prossimo avvenire sono adatti per consentirci la legittima aspirazione di poter affermare in tempo non lontano la nostra superiorità intellettuale, nell'ambito di tutte le scienze; questo deve essere uno dei compiti delle giovani generazioni. Quanto alla scienza del diritto, la superiorità, di fronte alle nazioni che vorrebbero oggi segnare il nuovo corso della storia, già esiste; si tratta solo di accrescerla. Ora il campo degli studi, ai quali io invito, è bene appropriato a questo nobile fine, ed offre pure il vantaggio di giovare ai destini immancabili della nostra espansione.

Roma, maggio 1919.

EVARISTO CARUSI.

## I.

### Introduzione.

1. — L'occasione a scrivere questo volume fu data dalla seguente pubblicazione:

« TH. W. IUYNBOLL. — *Manuale di diritto musulmano*. — Traduzione italiana, dal testo tedesco, del Prof. G. BAVIERA. — (F. Vallardi, Milano, 1916) ».

Il libro, che l'amico Prof. BAVIERA ha avuto la buona idea di tradurre in italiano, è favorevolmente noto nel ristretto campo degli studi giuridici islamitici, come è favorevolmente conosciuto il nome dell'Autore. Si tratta di un manuale, redatto in forma perspicua ed al corrente dei risultati più recenti, avente per scopo l'esposizione del diritto musulmano in maniera istituzionale, ed evidentemente secondo il piano già tracciato parecchi anni or sono dall'illustre maestro dell'Autore, cui il libro è dedicato, e cioè l'insigne Prof. SNOUCK HURGRONJE dell'Università di Leida, degno e rispettato capo degli studi islamitici in Europa. Se questo piano sia accettabile, e se il metodo seguito corrisponda alle esigenze della scienza giuridica, è altra cosa. Ed appunto noi, in occasione della presente esposizione, oltre a mettere in rilievo i pregi del libro, discuteremo con tutta libertà il grave argomento, che attiene in modo decisivo alle sorti di una futura organica e tecnica scienza giuridica orientalistica, degna di questo nome. Intorno ad essa noi abbiamo avuto occasione di illustrare, in precedenti lavori, le nostre idee, sotto diversi punti di vista; qui il problema ci si presenta sotto un altro aspetto.

Ma cominciamo col dare notizia del libro e del suo contenuto; con l'intesa che, essendo questo mio scritto diretto so-

prattutto ai giuristi, e non agli arabisti, non deve meravigliare qualche eventuale spiegazione, che sarebbe troppo ovvia in uno scritto per arabisti di professione. È appunto per tale motivo che ho scelto una rivista giuridica di carattere generale, invece di una orientalistica. Bisogna risolversi a trattare gli argomenti di diritto musulmano nel campo giuridico: è questo il mio pensiero, su cui non mi stanco di insistere. Ed a tal fine appunto io mi fermerò, nella esposizione, a trattare da giurista tutte le quistioni fondamentali, e cercherò di dare come un quadro del sistema, facendo passare del tutto in seconda linea l'elemento di recensione del libro, che è stato solo l'occasione dello scritto e che in esso pure si contiene.

2. — La traduzione del Prof. BAVIERA si riferisce alla edizione in lingua tedesca del libro del IUYNBOLL, pubblicata nel 1910. Quest'ultima, a sua volta, è la rielaborazione della precedente originaria redazione in lingua olandese, apparsa nel 1903. Tra le due edizioni, olandese e tedesca, non corre una sostanziale differenza di contenuto, poichè quella tedesca presenta, come la olandese, per usare le parole dell'A. nella prefazione: « eine « gedrängte, systematische Darstellung derjenigen Vorschriften « des islamischen Gesetzes, die am meisten praktische Bedeu- « tung haben für das muslimische Leben... ». Come si vede subito dunque, è messa in rilievo la cosiddetta preoccupazione pratica. La sola differenza tra le due edizioni è la seguente. E cioè, la olandese, come diretta in modo speciale all'uso delle colonie nelle Indie Olandesi, conteneva una parte di colore assolutamente locale, in ordine al modo di applicazione delle norme, e financo intorno alla pronuncia dialettale dei termini arabi. Nella tedesca invece, l'A. ha tolto tutta la materia di carattere particolare. Quest'ultima edizione è pertanto, pel contenuto e per la lingua in cui è scritta, di uso più generale.

Il traduttore fa precedere al lavoro una lettera dedicatoria al chiaro arabista Prof. NALLINO, della Scuola Orientale annessa alla Facoltà Filologica di Roma, ed una sua particolare prefazione. In verità, la dedica non poteva essere più meritata, data la grande autorità che ha il NALLINO, nel campo degli studi islamitici. E molto opportunamente nella lettera si mette in rilievo, e si fa conoscere al grosso pubblico, l'opera che il N. ha compiuto e sta compiendo, col concorso, aggiungerò io, di qual-

che altro suo collega della Scuola Orientale, nell'interesse della nostra neo-attività coloniale.

Nella prefazione del traduttore, si spiega il fine principalmente didattico della traduzione, da servire come libro suggeribile agli studenti, su consiglio dei Prof.<sup>ri</sup> SNOUCK HURGRONJE di Leida e GOLDZIEHER di Budapest, a buon diritto indicati come i due più autorevoli cultori di studi islamitici. Si accenna inoltre come la esposizione del libro sia secondo il rito *sciafeila*, seguito appunto nelle Indie Olandesi, il quale vige nella Somalia italiana e prevale in Eritrea. In Libia invece vige il rito *mālikita*; e perciò il traduttore ha creduto di introdurre alcune note, ove accenna a qualcuna delle discrepanze dommatiche più importanti. Si avverte infine come, oltre queste del traduttore, vi sono altre note dovute al Prof. NALLINO, contraddistinte con la sigla (N), contenenti esplicazioni storiche o critiche; avendo il NALLINO contribuito anche in questa forma tangibile alla traduzione, oltre quella di utili suggerimenti e della correzione delle bozze.

## II.

### Il Corano ed il ḥadith.

3. — La materia del libro è distribuita in una *introduzione* e *due parti*, il cui contenuto sarà bene di indicare con una certa larghezza, insieme alle opportune illustrazioni ed osservazioni, a seconda del caso; essendo nostro intento col presente scritto di non limitarci ad una pura esposizione, ma di prenderne motivo per chiarire le nostre idee su vari argomenti, relativi alla trattazione del diritto musulmano.

Noi parleremo con grande libertà su tutti gli oggetti, ma ciò non deve essere interpretato in un senso meno che riguardoso verso chicchesia, e meno che mai verso il libro che prendiamo in esame od il suo valoroso Autore. Il libro è tra i migliori della letteratura europea. Le nostre osservazioni si dirigono obbiettivamente contro il sistema comune di trattazione, e tendono a mostrare quale sia quello che noi vagheggiamo, e che si discosta da tutta la letteratura esistente. Intendiamo di fare opera di scienza e puramente obbiettiva. Ciò premesso, passiamo alla esposizione del contenuto del libro.



E cominciamo dalla *introduzione*, che comprende una quarantina di pagine, ossia poco meno del quinto di tutto il testo del trattato. Essa è riferita alla dottrina delle fonti, ma in realtà abbraccia di più, estendendosi ad un prospetto abbastanza ampio di tutte le quistioni generali propedeutiche, indispensabili per acquistare un'idea di insieme delle caratteristiche del sistema del diritto musulmano. Comprende cinque capitoli; e nei primi due di essi si espongono le due dottrine veramente fondamentali circa le fonti della scienza giuridica islamica, e cioè, rispettivamente, quella intorno al *Corano*, e l'altra sulla *tradizione (hadith)*.

Del *Corano* si illustrano: il significato della denominazione, il suo contenuto, la storia della sua redazione in iscritto, la divisione del testo, le nozioni sulla sua esegesi. E qui notiamo come tutte queste notizie, utili bensì a conoscersi, hanno piuttosto importanza dal punto di vista della storia e della teologia, anzichè della scienza giuridica.

Per questa, il *Corano*, non ostante la opinione volgare, ha una importanza abbastanza secondaria, non più di quello che la Bibbia pel diritto ebraico, e poco più del Vangelo per il diritto orientale cristiano. Ed il rapporto tra i tre libri si manifesta in più guise. Il nome di *Corano*, come giustamente si rileva nel testo, esprime il concetto di *recitazione solenne*, e rappresenta l'eco della profonda impressione, che avevano dovuto produrre sull'animo del Profeta le salmodie del servizio divino nelle sinagoghe ebraiche e nelle Chiese cristiane: una osservazione ingenua e superficiale dovette facilmente aggiustare al fatto della recitazione per sè stesso un valore sostanziale; ed a questo fine corrispose appunto, nell'uso musulmano, il *Corano*.

Ma, oltre l'idea della preghiera solenne, va osservato che fu comune alle tre religioni quella della rivelazione divina; ed anche a questa seconda risponde il *Corano*, il quale, una volta redatto in iscritto dopo la morte del Profeta (§ 2), costituì il testo sacro dei musulmani, ad analogia della Bibbia per gli Ebrei e del Vangelo per i Cristiani. Or questa seconda comunanza fu posta in grande rilievo in tutto l'ordinamento della società musulmana, e quindi anche nel sistema giuridico. Ivi infatti si trova quale distinzione fondamentale, a molti fini, della capacità dei soggetti non musulmani, l'appartenenza o meno alla categoria

della « gente del libro » (*ahl al kitāb*), designandosi con questa denominazione appunto il fatto della esistenza, presso i Cristiani e gli Ebrei, di una rivelazione scritta, a similitudine dei Musulmani.

Per quanto attiene invece alla materia ed al sistema della dottrina giuridica, questa ripete la sua origine dalla posteriore elaborazione giurisprudenziale, e poco trae direttamente dal *Corano*, quando non vi sta contro addirittura.

Ora, in un trattato di natura giuridica, sarebbe bene sviluppare alquanto questi concetti, oltre e più delle nozioni storiche generali sul *Corano*, per separare il carattere di un libro di diritto islamico da uno di istituzioni musulmane, che sono due cose ben diverse, mentre sempre restano un poco confuse nella letteratura corrente. E ciò perchè manca ancora una vera e propria letteratura, strettamente e tecnicamente giuridica nel campo musulmano, intonata alla condizione odierna della scienza storica del diritto in Europa.

È quello che io con insistenza, che non deve sembrare eccessiva, sto ripetendo da qualche tempo, e che troverà una nuova conferma nello svolgimento del presente scritto.

4. — Molto più importante invece, per il campo giuridico, è l'altra fonte, cui si riferisce il secondo capitolo, quella della dottrina del *hadith*, con una parola che non è, come tutte le parole tecniche, traducibile, e non deve essere tradotta. La traduzione ordinaria, nelle lingue francese ed italiana, adottata anche qui dal B., è « traduzione »; ma in verità la parola si presta ad equivoci, nella terminologia giuridica europea, romanistica in sostanza, per cui essa ci richiamerebbe al concetto della consuetudine. Ma con ciò si confonderebbe il « *hadith* » con la « *sunnah* », di cui si parla appresso. La quale realmente corrisponde alla consuetudine in genere, e quindi, in materia di diritto, al diritto consuetudinario. La confusione si è finita per compiere anche nei libri arabi, ed a questo fine, nella nota 2 a p. 9, si cerca appunto di spiegare la differenza, senza in verità riuscire ad una grande chiarezza, e non per colpa (si badi) della traduzione italiana, perchè il testo tedesco è ancora più oscuro. Una certa oscurità in proposito sta anzi proprio nella stessa esposizione del libro, anche confrontando questi paragrafi 4 e sgg. relativi al *hadith* con il § 12 dedicato in seguito alla *sunnah*.

In verità, il *ḥadīth* costituisce una vera e propria caratteristica del diritto musulmano, e consiste in « una comunicazione orale, rapportabile, attraverso una catena di testimonianze fedegne, al Profeta, od almeno ad alcuno dei suoi prossimi seguaci ». L'insieme di essi pertanto è il necessario completamente delle lacune coraniche, e, dal punto di vista giuridico, costituisce una fonte dello stesso genere del Corano, solo di grado inferiore, in quanto la parola coranica viene da Dio e l'altra dall'uomo, per quanto apostolo di Dio.

Allato a questo concetto, sta quello di *sunnah*, che rappresenta il vero e proprio « *ius moribus constitutum* », ossia la tradizione nel vero senso della parola; essa perciò ordinariamente ricomprende il contenuto degli *'ahādīth*, ma può eventualmente avere altra origine, e financo può avvenire che un *ḥadīth* sia in contraddizione della *sunnah*. Per una esposizione chiara su questo punto, che è fondamentale, rimandiamo al dotto lavoro del GOLDZIEHER: *Muhammedanische Studien*, II, I, 3, salvo qualche inesattezza di linguaggio giuridico.

In ordine all'argomento, il nostro libro fornisce idee precise e sufficienti sulle varie questioni; circa la trasmissione di questa sorta di notizie, sulla loro attendibilità, ed infine sulle redazioni delle raccolte, con speciale rilievo alle sei raccolte canoniche assai celebri, dette per antonomasia « i sei libri » (*al-ḥuṭūb al-sittah*) od anche « le autentiche » (*ṣaḥīḥ*) tra le quali eccellono poi in modo speciale due, e cioè quella di AL BUCHĀRI e quella di MUSLIM, ambedue, come le altre tre, del III sec. dell'Egira (IX d. c.)

La dottrina musulmana in proposito si aggira intorno a due punti; e cioè, nello sceverare le narrazioni presunte vere da quelle presunte false, e poi nel conciliare tra loro le decisioni.

Ora, il primo ordine di indagini ha un valore strettamente teologico, e si spiega con questo carattere prevalente degli studi giuridici. Si pensi al riscontro preciso con le falsificazioni delle nostre fonti canoniche, nel diritto cristiano. Storicamente poi il problema è spesso insolubile, o almeno non ammette che una soluzione di pura probabilità, e di natura arbitraria e soggettiva. Di fronte infine alla scienza del diritto, costituisce una opera sotto un certo punto di vista oziosa, e talora anche nociva, ove, come si fa seguendo lo spirito teologico do-

minante l'argomento, si intenda mettere fuori discussione le decisioni pretese spurie. Mentre è chiaro che, per lo studio dello sviluppo storico delle idee giuridiche, il *ḥadīth* creato artificialmente non è meno interessante di quello genuino, anzi, in un certo senso, lo è anche di più, inquanto attesta la pressione dell'ambiente per l'introduzione di un nuovo principio giuridico nel sistema. Si intende che, caso per caso, occorre studiare le circostanze concrete del fenomeno, per giudicarne il valore, mettendolo in rapporto con lo stato contemporaneo degli altri diritti circostanti, rispetto a cui il *ḥadīth* può rappresentare un tentativo di recezione, e così via. Insomma, occorre sottomettere lo studio di questa materia ai sistemi ed ai criteri tecnici della scienza giuridica, ai quali ogni giurista moderno, degno di questo nome, sottopone oggi tutte sorta di fonti storiche, e di cui si fa tanto uso... ed abuso nelle fonti del diritto romano. O perchè le arabe dovrebbero essere trattate diversamente?

A questo punto va prospettata però una osservazione supplementare. Bisogna bene distinguere tra falsificazioni e falsificazioni. Quelle, cui si riferisce il mio precedente discorso, sono le possibili falsificazioni di contenuto strettamente giuridico. Vi è poi tutta un'altra categoria di falsi, più evidenti del resto, che hanno un valore ed una causa di carattere del tutto politico; accennerò p. e. al ciclo degli *ahādīth* dell'epoca ommiade, ed in genere tutti quelli di analoga natura. (1) Questi ultimi non riguardano il nostro argomento. Le indagini compiute dagli arabisti, in ogni caso, costituiscono per noi il punto di partenza ed un prezioso materiale, da elaborarsi poi coi criteri giuridici. Al qual proposito è degno di nota come, già dalle osservazioni di essi, risultino gli elementi per indagini di indole interpolazionistica, proprio a similitudine dei frammenti romani.

Sull'altro indirizzo, relativo alle conciliazioni delle decisioni discordanti, non occorre dire verbo circa la natura teologica di esso. Giuridicamente, richiama a capello il fenomeno identico, che ha reso celebri, ed anche talora ridicole, le fatiche dei nostri comunisti e dei romanisti-scolastici, di fronte all'e-

(1) Cfr. GOLDZIEHER, *Muhammedanische Studien*, vol. II, cap. II) 3 seg.) e III.



segesi del « *Corpus iuris* » giustiniano (1). Ora, un lavoro simile si capisce come necessità pratica, per la interpretazione e l'applicazione di un corpo di diritto vigente; questa considerazione, ed insieme quella sempre permanente (anche oggi) del carattere teologico, spiega perfettamente la letteratura dei commentari teologico-giuridici arabi, e l'altra degli storici-teologi moderni, ed il valore puramente empirico di esse. Ma, una volta ridotto assai il valore pratico odierno del sistema giuridico canonico (su cui tanto insistono i moderni arabisti, e di cui più avanti dovremo discorrere un po' diffusamente, sotto un aspetto ed a fini del tutto diversi da quelli, cui gli arabisti si riferiscono), occuparsi ancora delle conciliazioni, che sono sempre assurde, costituisce non solo un fuor d'opera, ma un vero errore metodologico.

Il giurista, che dunque oggi è anche qui soprattutto uno storico, anzichè un pratico, deve anzi guardare alle contraddizioni, che sono l'importante, e di esse rendersi ragione storicamente: si riproduce insomma lo stesso problema della moderna esegetica romanistica, i cui criteri vanno in questo campo applicati. Con ciò non voglio evidentemente dire che la scienza del *hadith*, come si è largamente sviluppata, non serva a nulla per le indagini giuridiche. Dico solo che essa ha un valore teologico e storico grandissimo, i cui risultati sono in parte utili anche per il giurista; ma occorre fuggire, per la scienza nostra, un di-

(1) La correlazione nello sviluppo delle due letterature, quella di diritto comune romano e quella di diritto comune musulmano, si appalesa, in questo campo, anche in ciò, che il difetto di cui ci occupiamo va crescendo sempre, a misura che ci avanziamo nella storia. La letteratura primitiva è migliore. Così quella dei Glossatori per noi. Per il dir. musulmano, un posto speciale spetta, sotto questo punto di vista, p. e. al *Muwatta'* di MALIK B. ANAS, di fronte alla letteratura posteriore.

In proposito, io mi discosto dal giudizio espresso dal PELTIER, nella sua recente e bella traduzione della parte del *Muwatta'* relativa alla vendita (*Le livre des ventes du Mouwatta' de Malik ben Anas*, Alger, Iourdan, 1911, a p. VIII seg. della prefazione). Il diritto si intende che è più antico, rispetto al posteriore; ma il metodo della esposizione e la finezza e la tecnicità della mente investigante sono superiori, di fronte al dilagare scolastico degli scrittori successivi. La scienza è meglio rappresentata più in antico: proprio secondo il paragone che sopra ho fatto. Ma non è qui il luogo per addentrarci nella dimostrazione di questa tesi.

verso sistema di indagini, un ramo completamente diverso di ricerca, tutto moderno e di tecnica giuridica, rispetto a cui la scienza araba *'ilm al-ḥadith* non rappresenta il contenuto, ma costituirebbe tutta quanta solo una delle *fonti* di investigazione.

Insomma, una cosa è la teologia ed un'altra la giurisprudenza. E lì dove, come nel nostro caso, esse sono fuse insieme, la stessa materia può essere diversamente studiata, secondo che la si consideri dal punto di vista teologico o da quello giuridico.

Forse, gran parte delle idee, che io espongo in questo scritto, sembreranno eretiche, di fronte alle dottrine tradizionali in materia; ma io parlo ai giuristi, che è necessario si interessino di questi argomenti, e vedano che largo campo di indagini ancora vergine è aperto pei nostri studi. Io desidero la discussione, ed attendo di essere convinto degli eventuali errori, in cui posso essere caduto; ma la discussione deve svolgersi nel campo della scienza del diritto, e con argomenti tecnici di essa.

Orbene, per tornare al punto di partenza, che ha occasionato questa digressione, in un trattato, sia pure istituzionale, di diritto, secondo il mio modo vedere, dovrebbero ben trovare posto le idee direttive di questo genere di ricerche, dopo una sommaria notizia della scienza teologica del *hadith*.

### III.

#### Il Fikḥ.

5. — I due primi capitoli, adunque, della Introduzione, nel libro del IYUNBOLL, parlano delle due vere e proprie fonti del diritto musulmano, l'una complementare dell'altra, come abbiamo visto, e cioè la parola diretta di Dio, e quella indiretta, attraverso i detti e le azioni del suo apostolo.

È sopra queste basi storiche e di fatto, che si è sviluppato il sistema della scienza giuridica musulmana, quella che possiamo chiamare, nel senso tecnico romano, la « *iurisprudentia* ». Ora è proprio ad illustrare la formazione e lo sviluppo di essa, che sono diretti i capitoli terzo e quarto del trattato in esame, i quali espongono infatti la dottrina del *fiḥh*. Anche questo termine tecnico è intraducibile, e non ci sembrano accettabili nè



la perifrasi, con cui esso è voltato nella edizione tedesca: « *Die Pflichtenlehre* », nè quella adottata dal traduttore italiano: « *La dottrina delle prescrizioni canoniche* ». Che non sia giusta la designazione tedesca osserva già il traduttore alla nota (a) a p. 14 sg., perchè, egli dice, il campo del *fiqh* contiene in sostanza molto di più e molto di meno, abbraccia cioè tutte le materie giuridiche e rituali (dottrina giuridica e religiosa), e viceversa non comprende, almeno tutti, i doveri morali. Ma vi è anche un motivo più sostanziale e profondo, che riguarda non già il contenuto, ma il carattere. Il *fiqh* esprime idea di *conoscenza*, non già di *precetto*; è una *scienza*, non una *dommatica*, nè un'etica; una disciplina teoretica, non pratica. Sicchè dunque, e per il suo concetto e per il suo contenuto, è da ripudiarsi la designazione tedesca. Però non è più felice quella adottata nel testo italiano. Che cosa si intende infatti per prescrizioni canoniche? Si vuol alludere probabilmente all'insieme di tutti i precetti, nel largo campo, secondo il nostro modo di esprimerci, religioso-giuridico, conforme alla vera ed originaria dottrina islamitica. Orbene, per quanto attiene al contenuto del *fiqh*, ciò esprime solo una parte di esso, mentre ne resta esclusa tutta la teoria della elaborazione dottrinale, che vi è pure compresa, e ne costituisce anzi, concettualmente, la parte principale: il sistema delle norme infatti, dei precetti, è concepito come il risultato della elaborazione dottrinale. Per questo motivo è applicabile anche a questa designazione la critica di carattere concettuale, che abbiamo rivolta alla precedente.

Da ciò deriva la esattezza di quanto accennammo sopra, e cioè che, se della parola vuol darsi una traduzione europea, noi abbiamo proprio nella nostra terminologia romana un termine che ne rende a capello il significato, in tutto il suo contenuto reale e potenziale; come ha visto giusto anche qui il GOLDZIEHER, nel suo recente e dotto articolo, appunto sul *fiqh*, inserito nella *Enzyklopädie des Islāms*, II (Leida, 1914), a cui rimandiamo. Il *fiqh* corrisponde, nel suo ultimo significato definitivo e pregno (nel detto articolo è fatta, con la consueta competenza, tutta la storia lessicale e teologica), al latino « *iurisprudentia* », intesa proprio come dicevano i Romani, ossia « *rerum divinarum atque humanarum notitia* », non nel senso limitato e completamente diverso, in cui usiamo la parola nel diritto moderno

europeo. Si mette in tal modo nel debito rilievo il preminente carattere scientifico della disciplina, e si allarga il contenuto al campo del diritto culturale, rimanendo ben fermo che si tratta, per ogni sorta di contenuto, di dottrina giuridica.

6. — Il terzo capitolo tratta ordinatamente delle varie scuole di *fiqh*, del loro rapporto e diffusione, della loro importanza nella storia della dottrina, dell'insegnamento della scienza, ed un po' della letteratura relativa.

In modo speciale, vi si dà notizia delle quattro scuole (*madhāhib*) famose, o riti ortodossi, tra cui è diviso in modo disuguale tutto il mondo musulmano; e cioè il rito *hanafita* (così detto dall'*Imām* ABU HANIFAH), il *mālikita* (seguace della dottrina di MĀLIK IBN ANAS), lo *sciafeita* (da MUHAMMAD IBN IDRIS AL-SCIAFI'Ī), e il *hanbalita* (da AHMAD IBN HANBAL); dei quali, come si è spiegato in principio, nel trattato del IUYNBOLL è esposto quello *sciafeita*, come di applicazione generale nelle colonie Olandesi, mentre per le nostre vale solo in parte, rimanendone esclusa la Libia, ove domina quasi esclusivamente il rito *malikita*. Si fa inoltre anche un cenno dei riti eterodossi.

Le divergenze di queste varie scuole hanno dato luogo ad accaniti combattimenti tra i seguaci dell'uno o dell'altro rito, con quella acrimonia che è propria sempre delle dispute teologiche. Ma, infine, a che cosa si riduce il valore di queste discordanze nel campo giuridico?

L'autore nota invero (pag. 19 della traduzione) la mancanza di differenze fondamentali di concetto, anzi l'unità, che si dice, non so perchè, sorprendente, *auffällig*, di movimento del pensiero, tutto riducendosi a qualche diversità di applicazioni di dettaglio delle stesse regole universalmente accettate, o a difformità di argomentazioni, e soprattutto, aggiungo io, a meschine rivalità personali e di setta.

Tutto ciò si osserva, ma appena di passaggio, con una certa meraviglia, come abbiamo visto. Ora io credo che questo sia un altro dei punti fondamentali di divergenza, in cui la direzione di critica storica, da parte dei giuristi, deve del tutto allontanarsi da quella secolare ormai della scienza teologica. La verità è che questa divisione delle scuole, nel diritto musulmano, non ha importanza maggiore di quella delle *sectae* dei giureconsulti, di cui abbiamo traccia nel diritto romano. Quel poco

che sappiamo p. e. dei Proculeiani e Sabiniani, e delle loro divergenze dottrinali, è molto più del necessario, per vedere in esse una divisione assai più importante di quella esistente tra i vari riti islamitici. Eppure, chi se lo immagina un diritto romano diviso in tanti sistemi diversi? Oltre che falso storicamente, non sarebbe anche ridicolo scientificamente? Ebbene, non perchè la tradizione letteraria e teologica ci ha abituati diversamente, non è lo stesso anche del diritto musulmano. La cosa è molto differente dal punto di vista teologico: sono proprio quelle inezie, quelle piccole divergenze di applicazioni, su cui si fondano le sette teologiche e le accanite guerre tra di loro. E, data la sussunzione che la scienza del diritto ha subito storicamente nella teologia presso i Musulmani, si capisce il fatto storico della divisione delle scuole e del rilievo di esse; ma la scienza giuridica deve consistere appunto nel riconoscere la natura ed il carattere di questo fenomeno, nel ridurlo al suo vero valore, e nel ricostruire, sulla base del materiale apparentemente disgregato, la unità trasparente del sistema. Oggetto delle nostre ricerche devono essere le linee direttive, i concetti fondamentali, le idee centrali, i punti di vista, i tratti salienti e caratteristici; e tutto ciò non solo non esclude, ma presuppone le divergenze di dettagli, le dispute sui motivi, sulle giustificazioni, sulla costruzione, sulle applicazioni. Ciò, che è il segno della divisione per il teologo, costituisce invece il precedente indispensabile per la costruzione unitaria, da parte del giurista.

Se il pensiero giuridico musulmano, purtroppo, non fosse perito annegato nella teologia, la quale ha impedito il sorgere di una vera e propria scienza del diritto, mentre pure sorsero gli uomini adatti, capaci per temperamento ed *instituti* evidentemente mercè il contatto con la scienza bizantina; questo processo di costruzione sarebbe avvenuto certamente entro la storia stessa del diritto musulmano. Invece, la torbida teologia musulmana ha in due modi, uno peggiore dell'altro, nociuto alla giurisprudenza; prima, dividendola, e poi mummicandola in quelle divisioni insuperabili; dei quali due malanni, il secondo è stato molto più pernicioso del primo.

Ma qui sento subito una obiezione, che parebbe essere trionfale. Essa, che mi sarà certamente fatta, in due parole può ridursi a questo. E cioè, si dirà, tutte queste sono elucubrazioni

teoriche e filosofiche, ma il fatto obiettivo e di importanza pratica è la diversità delle norme concrete, nelle singole contingenze dei rapporti regolati dal diritto, sia pure di dettaglio e di forma; e quindi, di fronte al quesito del diritto da applicare, non è possibile prescindere da queste differenze reali. Perciò, a seconda dei luoghi e dei casi, si parlerà volta a volta di diritto malikita o sciafeita e via dicendo. Ciò è vero; ma la obiezione implicherebbe una grossa confusione, nella quale del resto cadono continuamente i profani. Bisogna bene distinguere tra la norma empirica e la scienza, tra il momento particolare dell'applicazione del diritto, secondo l'uso di un luogo e di un tempo, e il sistema organico del diritto stesso. Tant'è vero, che l'argomento avversario sarebbe di quelli che si dice provino troppo, poichè, stando alla logica di esso, allora non si può più parlare a rigore di diritto malikita o sciafeita e simili, ma si deve parlare della speciale configurazione di ciascuno secondo gli usi locali; quindi, per restare p. es. nel diritto malikita, bisognerà parlare distintamente del diritto algerino, del libico (e forse anche questo suddistinto), e così via. Ed infatti coloro, che mirano ad opera d'interesse puramente pratico e legislativo, parlano in questo modo: mi riferisco per tutti al lavoro pur recente della Commissione di codificazione Algerina, in varie occasioni, ed in modo speciale a quanto ha scritto il chiaro prof. MORAND, l'eminente decano della Facoltà giuridica di Algeri (1). Ma un tale ordine di idee deve restare limitato al campo pratico-legislativo, e non si può estenderlo alla trattazione scientifica del diritto, senza cadere nell'empirismo più crudo ed addirittura nell'assurdo. Non posso quindi accogliere il richiamo, che in proposito fa il MORAND alle osservazioni dell'insigne SNOUCK HURGRONJE, le quali si leggono in uno scritto assai noto e stimato, come tutti quelli del grande arabista, della stessa natura di questa mia dissertazione, e cioè nella esposizione fatta da lui del pur notissimo trattato del SACHAU « *Muhammedanisches Recht* » (2). Le idee ivi espresse dallo S. H. si dirigono

(1) Cfr. specialmente l'interessante studio « *La codification du droit musulman* », inserito nel volume molto pregevole di « *Etudes* », (Alger, Jourdan, 1910); nonchè « *Le droit musulman Algerien* », nella « *Revue algerienne de legislation et de jurisprudence* », 1913.

(2) Il libro del SACHAU è del 1897 (Berlino, Spemann). Esso consiste



al problema generale di ordine scientifico, e rappresentano la tesi avversa alla mia. Ora, poichè sono proprio esse che costituiscono in sostanza il programma del trattato del JUYNBOLL e ne danno la spiegazione, la loro discussione formerà appunto l'oggetto principale della parte più specialmente critica del presente lavoro, dopo che avremo finito di esporre il contenuto del libro, intramezzato anch'esso, come si vede, da nostre osservazioni.

In questo luogo intendiamo che il discorso resti limitato all'occasione di esso, cioè il valore scientifico dei vari riti di fronte alla ricostruzione del sistema, e basterà quello che ne abbiamo detto. Ci piace solo di fare un richiamo storico ad un campo, che, più di una volta, abbiamo avuto occasione di designare come parallelo. Si pensi dunque al diritto comune cristiano di Europa. Anche qui noi abbiamo una ricca varietà di atteggiamenti a seconda i diversi luoghi ed i diversi tempi; ma esiste un organismo di principi, di concetti e di direzioni mentali, che forma appunto quell'unità che la scienza e la storia conoscono, e che ha fatto nascere naturalmente la espressione molto rappresentativa di *diritto comune*. Or bene, il diritto musulmano è nello stesso senso il diritto comune dei popoli islamitici, sparsi nel continente eurasiatico.

Concludendo dunque, sull'argomento della trattazione delle varie scuole, noi riteniamo, per le esposte considerazioni, che un libro, destinato ad introdurre i giovani nello studio del diritto islamitico, debba affrontare questo problema fondamentale, separando la posizione, che i riti hanno nel campo teologico, dalla funzione che compiono nella storia e nella scienza del diritto. È necessario che il giovane studente (il quale, tra parentesi, deve essere già abbastanza avanti negli studi giuridici generali, ed in quelli romanistici in particolare; od altrimenti si tratta di opera vana praticamente, e scientificamente assurda) si formi subito idee precise in proposito, per non rischiare di foggarsi nella mente un tipo mostruoso di diritto, che non è altro se non il travestimento teologico di esso.

nella elaborazione, in base a comentari, di un celebre trattatello arabo del giurista ABŪ-SCIUDJA, (morto 590/1194). La recensione dello SNOUCK HURGRONJE è inserita nella "Zeitschrift für morgenländische Gesellschaft", 1899.

7. — Come abbiamo osservato, il terzo capitolo si chiude con un paragrafo, in cui si dà un breve accenno della *letteratura* giuridica. Orbene è questo un altro argomento che, a mio modo di vedere, meriterebbe di essere con qualche ampiezza trattato, per la *institutio* di coloro che intraprendono questi studi. E ciò, non solo e non tanto in ordine alle indicazioni dei *libri*, ma soprattutto per quanto attiene alle necessarie notizie sul *metodo* degli scrittori, sul *sistema* della esposizione, e sull'enorme uso ed abuso dei *comentari*.

Cominciando dai *libri*, è bene fornire ai giovani europei delle notizie alquanto dettagliate, e piuttosto abbondanti: si tratta di una letteratura completamente nuova ed ignota ai nostri studenti di diritto, e che inoltre presenta delle speciali caratteristiche, da mettersi nella debita luce per evitare molti equivoci. Nel trattato che esaminiamo, in verità, i brevi accenni contenuti in questo punto sono larghissimamente integrati da un'ampia e completa bibliografia, che costituisce un'importante appendice dell'opera, e che è stata ulteriormente ampliata, nella edizione italiana, dalle aggiunte opportune del traduttore e principalmente del prof. NALLINO. Questa appendice è veramente interessante, e preziosa anzi dirò, rispondente ad ogni *desideratum* del genere; ma non è ciò cui io qui mi riferivo. Si tratta di un puro *elenco* bibliografico, un *catalogo* eccellente, da servir bene al conoscitore; ma resta un quadro muto, per un principiante e profano. Si tratta di appunti scientifici, non di illustrazioni pedagogiche; ora io parlo di quest'ultima cosa invece, preoccupandomi del fine di un libro di questo genere.

Ed a questo stesso concetto si ispirano gli altri tre punti, da me or ora richiamati come oggetto di opportune illustrazioni, cioè *sistema*, *metodo*, *comenti*. Di essi si trova solo un piccolo accenno intorno al primo, nel seguente capitolo quinto, di cui avremo appresso a parlare, appena indicando l'ordine con cui le materie si susseguono nei libri di *fiqh*; ma tutto ciò in verità è troppo poco. Trattandosi di un'ordinamento così lontano da tutte le nostre idee giuridiche, ed in modo assoluto manchevole e difettoso, non è possibile limitarsi a metterlo nudo e crudo sotto gli occhi dello studioso, senza spiegarne un poco le ragioni, i motivi, almeno probabili, il significato ed il valore. Il che vale soprattutto per il diritto privato, specialmente pa-

trimoniale, il quale presenta un atteggiamento caratteristico, di cui possiamo però renderci ragione già allo stato presente della scienza, almeno entro certi limiti.

8. — Ma, perchè il lettore giudichi del fondamento di questo mio rilievo, riferisco addirittura il passo, che costituisce quanto nel libro si attiene a questo argomento del *sistema* (p. 37 e 38 della traduzione):

« Secondo la divisione usuale dei libri di *fikh*, i cinque principali capitoli sono dedicati a queste cinque *'ibādāt* » (cioè le pratiche di culto, consistenti: nella abluzione, *tāharat*; nella preghiera, *salat*; nell'elemosina, *zakāt*; nel pellegrinaggio, *ḥaddj*; e nel digiuno del mese di *ramadān*, una specie della nostra quaresima); « e dopo per lo più sono trattati di seguito, l'uno dopo l'altro, i seguenti argomenti: prima, *il contratto di compra-vendita ed altre transazioni (mu'āmalāt)*, cioè *precetti sulla nascita delle obbligazioni, sulle alienazioni e sopra altri rapporti giuridici*; poi il diritto ereditario; il diritto matrimoniale; le...; il diritto penale; la guerra contro gli infedeli...; le leggi suntuarie e le disposizioni sui sacrifici...; infine i precetti della affrancazione degli schiavi ». Io ho posto in corsivo la parte relativa al diritto patrimoniale.

Ora, è bene dir subito che un prospetto siffatto corrisponde purtroppo al linguaggio abituale della letteratura europea di diritto musulmano. Ma tutti i giuristi mi riconosceranno, che un povero giovane europeo intelligente, abituato ad una certa terminologia e ad un certo ordine di idee, che gli si è insegnato costituire le categorie logiche del diritto e le loro designazioni, abbia ben motivo di restare sconcertato di fronte a un riassunto simile del diritto islamitico. Poichè nella esposizione, che qui abbiamo riferito, si incrociano due gravi difetti, che in sostanza poi ne formano uno molto complesso. E cioè, da un lato, il ricorso alla terminologia romanistica dove non è affatto applicabile; e dall'altro, l'uso di essa del tutto errato, non soltanto rispetto all'applicazione, ma in sè stessa. E così il nostro ipotetico giovane comincerà col non raccapezzarsi più sul significato di transazione, e non saprà capacitarsi di una quantità di cose. P. e., circa quella posizione eminente e caratteristica della vendita *in capite libri*, e come istituto a sè di fronte

a tutto il sistema del diritto privato; sul come i precetti intorno alle fonti delle obbligazioni possano chiamarsi rapporti giuridici; sul profilarsi di una teoria delle alienazioni fuori della vendita; sulla mancanza di tante altre categorie giuridiche in questo elenco; e via dicendo.

O che dunque, penserà il povero giovane, il diritto musulmano è una cosa tanto strana e misteriosa, e lontana da tutte le concezioni giuridiche occidentali, che, per capirlo, dobbiamo rifare addirittura da capo la nostra mentalità? Ma niente affatto! È semplicemente un falso allarme, e non si tratta che del modo di esprimersi e di presentare le cose, un po' troppo... orientale, od orientalistico che sia. Cominciamo intanto dal dichiarare subito che il traduttore non ci entra: egli non ha fatto che voltare coscienziosamente e correttamente in italiano il testo tedesco. Nè è da farsi alcun addebito soverchio all'Autore, il quale ha seguito in sostanza quel deplorabile confusionismo terminologico e sostanziale, che hanno largamente introdotto nella materia i non-giuristi, che se ne sono occupati. Tuttavia, egli, che è pure giurista, avrebbe fatto assai meglio rompendo un poco la tradizione letteraria, e sforzandosi di parlare ed esporre in modo giuridicamente più corretto, per non perpetuare questo grosso equivoco, in cui si aggira da tanto tempo l'esposizione del diritto islamitico nei libri scritti in lingue europee.

Poichè non è a credere, che questi gravi difetti siano la riproduzione fedele di quelli, che si trovano nei libri musulmani. Già, se pure fosse così, una esposizione fatta oggi da noi, in pieno rigoglio della scienza giuridica, e che perciò non può e non deve allontanarsi dalle più elementari esigenze scientifiche, dovrebbe mettere nel debito rilievo le deficienze, ed industriarsi di cercarne la spiegazione, anzichè farle proprie e ripeterle.

E poi, almeno per il linguaggio giuridico (che è qui la cosa più importante), questa pretesa giustificazione, se pure (mentre non lo è) fosse vera, non avrebbe senso. Infatti, sarebbe assurdo sostenere che, per spiegare degli errori, bisogna commetterne degli altri; si può bene, e si deve anzi, esponendo gli errori altrui, parlare almeno correttamente. Ma tutto ciò non esiste. Nella letteratura giuridica musulmana vi è invero molta confusione di esposizione, come in quella bizantina e di diritto comune, che ne costituiscono ora le fonti ed ora il parallelo: ma ciò non vuol



dire che, sotto quel cumulo ingombrante, non vi siano i filoni di un sistema, e le tracce di concetti e rapporti ben determinati.

È questione di aver pazienza a ricercare, e di saperla fare la ricerca, procedendo soprattutto a gradi, senza pretendere di arrivarvi di un colpo. È tutta una opera di indagine delicata e sottile, che deve compiersi; e solo, dopo che in molti e per lungo tempo avremo, coordinatamente ed organicamente, lavorato a questo fine, per via di tentativi sui singoli punti speciali, potrà disegnarci un sistema del diritto islamitico. Per ora, dobbiamo limitarci a tracciare delle direttive, ad illustrare delle idee singole, a sviluppare magari solo dei punti speciali; ma tutto ciò deve esser fatto con perfetto rigore scientifico, di ricerche, di metodi, e di linguaggio soprattutto. Dirò di più; il rigore della tecnica deve essere di tanto superiore, di quanto sono maggiori la nostra ignoranza del contenuto, e la difficoltà di rintracciarlo. Dunque, i difetti di esposizione, cui noi abbiamo accennato a proposito del breve passo surriferito (e che sono generali del resto, in tutto il campo della trattazione del diritto privato, in questo e negli altri libri europei), non derivano dalla letteratura musulmana, ma sono propri della europea. Ed essi si possono distinguere in due categorie; gli uni cioè, consistenti nell'uso il più improprio ed errato immaginabile della terminologia e delle nostre categorie logiche; gli altri, nella mancanza di debita illustrazione a caratteristiche situazioni e concezioni del diritto musulmano. Spesso le due categorie di difetti sono unite insieme. Mi spiegherò, nel nostro caso, con un esempio dell'una e dell'altra categoria. E cominciamo dalla terminologia.

9. — Il termine « *transazioni* », adibito per rendere l'arabo « *mu'āmalāt* », conforme ad un uso comune tra gli scrittori, di origine francese, è una traduzione infelice, di carattere puramente letterario, di un termine tecnico, il quale corrisponde a capello, nel suo concetto, alla designazione romana di *negotium*, da cui la scienza moderna ha tratto la categoria dei *negozi giuridici*. Ed invero, la materia, cui si dà questa denominazione, coincide con quella che noi potremmo dire « *dottrina dei negozi giuridici* », intendendo con questa designazione di riferirci non solo alla parte generale, come nei nostri trattati, ma anche alla speciale esplicazione dei singoli negozi, con che si viene ad abbracciare tutta la parte che noi chiamiamo del

« *diritto patrimoniale* ». La parola araba esprime infatti l'idea di azione, atto, fatto (da *'amil*, che si potrebbe rendere col latino *agere* od anche *gerere*), e, poichè si riferisce a rapporti tra due soggetti, di qui è derivato, letterariamente, *transaction*. Ma il caso ha voluto che proprio questo termine, nella terminologia nostra europea proveniente dal dir. romano, rappresenti la designazione di uno speciale negozio, e da ciò la strana confusione che ne deriva. Mentre i latini esprimevano lo stesso concetto con « *omne quod geritur* » o « *negotium* », da cui l'uso corrispondente in tutte le lingue neolatine. La curiosa traduzione, tuttavia, in francese ha una qualche giustificazione nell'uso volgare, e trova anche un addentellato nel linguaggio del diritto comune, e forse pure nella bassa latinità; più strana è in tedesco (il testo porta il suo bravo « *Transaktionen* »); ed inconcepibile addirittura in italiano. Non si può negare, è un bel caso di deformazione terminologica e concettuale; e pure vi è... di meglio! Proprio così. Pare impossibile, ma, nella stessa letteratura giuridica francese di dir. musulmano, si è avuta l'abilità di risolvere il veramente arduo problema, di tradurre il disgraziato termine arabo « *mu'āmalāt* » in una forma ancora più sbalorditoria di quella ora esaminata! Esiste un libro molto diffuso fra le mani dei giuristi, un altro trattato, tradotto anch'esso dall'olandese, quello del VAN DEN BERG, dove i traduttori francesi (1) hanno avuto la coraggiosa idea, di voltare « *mu'āmalāt* » in.... (si può darla a indovinare tra mille).... « *actes judiciaires* »! Francamente, non si sa più che dire. Vero è che forse vi è una spiegazione psicologica del fenomeno. Si tenga presente che i traduttori sono due egregi funzionari, e propriamente un conservatore delle ipoteche ed un ricevitore del registro; restiamo così nell'ambito di quelle tanto utili mansioni!

Di fronte a simili licenze, appare addirittura quasi come una designazione corretta quella, che ha invece usata il SACHAU nel suo manuale tedesco, già sopra menzionato, e di cui dovremo appresso intrattenerci, chiamando il diritto patrimoniale

(1) Il titolo del libro, nella traduzione francese, è questo: « *Principes du droit musulman* », (Alger, Jourdan, 1896). Esso fu tradotto da R. DE FRANCE DE TERSANT, ed M. DAMIENS.



« *Sachenrecht* ». Prendendolo, non già nel senso vero di « *diritti reali* », in cui è stato evidentemente usato, ma un po' in quello del Gaiano « *de rebus* » (si badi però che ne è escluso tutto il diritto successorio), e rassegnandosi ad un gusto molto grossolano, verrebbe quasi il desiderio di contentarsene, pur di evitare il peggio.

Ora si pensi un poco all'impressione disastrosa, che deve ricevere il nostro giovane studente, messo innanzi alla triade dei termini: « *transazioni* », « *atti giudiziari* », e « *diritti reali* », usati coraggiosamente come sinonimi, e per indicare un concetto del tutto diverso da ciascuno di essi! Ed è così che pretendiamo di istruire ed educare i giovani giuristi, in un ramo nuovo della scienza, e di introdurre questo nel mondo scientifico occidentale? Ed io insisto sui giovani; sia perchè ad essi questi libri sono principalmente diretti; sia perchè gli altri, che non sanno apprezzare tale stato di cose al suo giusto valore, vuol dire che non sono giuristi, e non è quindi il caso di occuparsene; anzi in quest'ultima ipotesi vien quasi voglia di fare un'applicazione un po' originale di un nostro antico principio giuridico, e cioè che *res incidit in eum casum a quo incipere non poterat*.

Da tutto questo si deduce ancora una volta, come conseguenza ultima, una verità, che abbiamo avuto occasione di richiamare spesso anche sopra, e cioè che i termini tecnici si traducono in un solo modo, vale a dire... non traducendoli; salvo a dare le opportune illustrazioni dei concetti da essi espressi.

E basti questo, come esempio del primo genere di difetti di esposizione da noi sopra indicati, in ordine alla terminologia.

10. — Passiamo ad un esempio del secondo genere, quello cioè consistente nella mancanza delle debite illustrazioni di eventuali particolari caratteristiche del sistema islamitico. Ne abbiamo proprio un caso nel passo sopra trascritto. Ivi si parla in modo eminente, ed a parte, dell'istituto della vendita, come una categoria fondamentale ed a sè, nel campo generale del diritto patrimoniale; ed appresso si allude ad un altro istituto parallelo, che si indica come dottrina delle alienazioni. Per un giurista occidentale, tutto ciò appare molto strano, ed ha bisogno assolutamente di essere giustificato, già solo a questa semplice enun-

ciazione. Ma quanto poi non cresce questa necessità, ove si sappia che in tale dottrina si ricomprende la maggior parte dei rapporti obbligatori del nostro sistema, ed anche alcuni di natura non obbligatoria, e che la designazione di vendita ha addirittura una portata così generale, da identificarsi con un concetto tutto speciale di negozio commutativo?

La verità è questa, che, in diritto musulmano, si è maturato ed ordinato a sistema un processo di trasformazione, di cui i più recenti studi papirologici indicano già l'inizio entro la storia del diritto bizantino; ed io ho altrove mostrato che la teoria esiste anche nel diritto cristiano orientale (1). Si tratta di un istituto speciale, in arabo detto « *bai'* », che malamente si traduce per « *vendita* » e si identifica con essa, mentre la vendita ne è solo l'applicazione tipica. Esso esprime l'idea di « *uno scambio regolato dal principio fondamentale dell'esatta equivalenza delle cose scambiate* », principio dal quale derivano poi quasi tutte le altre regole assai caratteristiche. È inoltre da considerare, che per cose qui si intendono anche i puri rapporti giuridici ed i diritti (*res incorporales* dei Romani); e così si capisce l'estensione a tanti negozi obbligatori e reali. Infine, va anche rilevato che l'alienazione a titolo oneroso non si concepisce, in dir. musulmano, che sulla base dell'equivalenza, per influenza di motivi religiosi. E così si hanno gli elementi fondamentali per una idea di insieme. Ma, per misurare il grado del profondo intorbidamento di idee che regna in questa materia, basti dire che si è con tutta serietà designato e si designa questo istituto con la formula bizantina del contratto innominato « *do ut des* », senza accorgersi neanche, a prescindere da altro, che, mentre in dir. romano abbiamo di fronte sempre un contratto reale ed unilaterale, in dir. musulmano invece, in modo quasi assoluto, il tipo è perfettamente obbligatorio e bilaterale. Altro che scienza giuridica!

Or è chiaro che una situazione simile sconvolge tutto un

(1) Cfr. per queste idee il mio studio: « *Su tre papiri giuridici arabi* », (Napoli, Iovene, 1916; negli « *Scritti offerti al Prof. V. Simoncelli* »), specialmente a p. 55 seg. dell'estratto. E così pure l'altro mio lavoro: « *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano* », (Roma, Bertero, 1914; negli « *Atti della soc. it. per il progresso delle scienze* »), a p. 22 seg. dell'estratto.

corpo di idee, di relazioni, di teorie, di espressioni; bisogna spiegare, chiarire, coordinare, e soprattutto adattare, con le opportune mutazioni e convenzioni, la nostra terminologia ad un sistema così differente. Invece, nulla di tutto ciò. Si usa con piena disinvoltura la nostra terminologia, così a caso, per esprimere idee del tutto diverse, in modo che questo povero diritto musulmano finisce per apparire come un caos senza fondo.

E, pur troppo, ciò non è sempre derivato dalla incompetenza dei filologi, fatto ben spiegabile e di cui non si può far carico agli autori, ma anche talora dall'opera di sedicenti tecnici, il che è veramente da deplorare. In questo genere di peccati, il record è raggiunto da un libro, cui la qualità dell'autore ha creato una notorietà pericolosa. Alludo al trattato di diritto malikita dello ZEYS (1). Non nego nell'A. una grande buona volontà, come egli

(1) Si tratta di due grossi volumi, dal titolo: " *Traité élémentaire de Droit musulman* ", (Alger, Jourdan, 1885-86). Esso non è in sostanza che una molto abbondante elaborazione del celebre trattato del KHALIL: " *al-Muchtasar* ", tenendo presenti i commenti e le traduzioni europee.

Questo libro del KHALIL, un'insieme di massime sibilline, condensatrici di tutte le quisquiglie scolastiche dei giureconsulti arabi, disordinato, empirico, casuistico, avendo acquistato una notorietà nel Maghreb, inconsideratamente esagerata dai conquistatori Europei moderni, è una delle non ultime cause del confusionismo, che regna sovrano nella letteratura d'Europa in materia. Rimando alle opportune considerazioni che ha scritto recentemente il MORAND, nel lavoro già citato che si trova in " *Revue algérienne* ", per mostrare l'inconsulto feticismo verso di esso per tanto tempo da parte del Governo Francese, seguito in ciò coscienziosamente ora dal Governo Italiano, il quale, anzichè negli errori antichi, avrebbe da imitare la Francia in molte ottime provvidenze nuove, della politica coloniale e culturale!

Lo ZEYS, animato dall'onesto proposito di non alterare lo spirito del diritto musulmano, si perde nella fitta selva delle dispute, quasi sempre sconclusionate, dei verbosi autori arabi; invece di dominare quel mare di parole, vi si annega; e finisce per enunciare dei principi assurdi, alla guida dei quali non era possibile che facesse, non dico opera di scienza, ma soltanto utile. Egli, p. e., esprime nella prefazione idee come queste: (p. IX). " *Chaque fois que j'ouvrais mes livres arabes, je me suis appliqué à oublier tout ce que je savais en fait de droit français ou de droit romain; je me suis pénétré de cette idée que le droit musulman n'a rien de commun avec les autres* (1)... ". Il buon magistrato (egli era magistrato e professore alla scuola di Algeri!) dunque si era così penetrato dello spirito islamitico, da concepire il bel caso di un diritto caduto dal cielo sulla terra, e lo dice chiaro e tondo, quando prosegue: "...notre

stesso si riconosce nella prefazione (p. XI), ed anche delle eccellenti intenzioni; e sento un certo ritegno nel dover esprimere sull'opera degli apprezzamenti, che potranno forse apparire eccessivi. Ma io ho sempre concepito l'ideale scientifico così sacro e così elevato, da non permettere per nessun motivo infingimenti; e da togliere ogni asprezza alla critica, con onesta coscienza compiuta nel suo nome, per il sentimento profondo che questo ideale ispira, di farci cioè tutti sentire infinitamente lontani dal poterlo raggiungere. Orbene, la mia opinione su questo libro si riassume così, che esso meriti, dal punto di vista della scienza del diritto, di essere valutato, come illustri arabisti hanno valutato, dal punto di vista della scienza storica e filologica, quello del SAWAS PACHA (1).

11. — Ed ora, tornando al filo del nostro discorso, abbiamo così fatti i rilievi fondamentali intorno al primo dei tre punti presi in esame, e cioè il *sistema* della trattazione nei libri arabi, ed il modo come crediamo bisognerebbe darne conto, nei preliminari, ai giovani, in un libro europeo istituzionale. Quanto al quesito, se e come questo sistema debba essere pur seguito nei

*droit est purement humain... Le droit musulman, au contraire, procède d'une révélation... Comment espérer une conciliation entre deux éléments aussi opposés?...*  Ed è inutile che io qui prosegua nelle citazioni. Ce n'è di avanzo per far capire che siamo ben lontani dalla scienza, e che libri come questi hanno purtroppo il valore di costituire, con la loro diffusione, dei grossi impedimenti al progresso degli studi e delle conoscenze. L'A. non ha neanche sospettata la grandiosa unità della storia del diritto, riabbracciante quelle conoscenze, che egli dice di mettere da parte, e quelle, che crede di imparare e insegnare ad altri. La verità è che nel suo libro sono egualmente trattate, purtroppo, le une e le altre! Io non posso, nei limiti e nell'economia di questo mio breve scritto, addentrarmi in una dimostrazione di dettaglio; già non saprei neanche dove cominciare e come riassumere; domando solo che i giuristi leggano il libro, e vedano lo stato in cui si trovano questi poveri studi! Ciò che specialmente va rilevato è il linguaggio, la terminologia; e si sa come questo sia quasi tutto nella scienza nostra, indice ad ogni modo infallibile della competenza dello scrittore.

Insisto nel ripetere *esser necessario che questa letteratura non resti chiusa al mondo della scienza del diritto*; e spero che le mie franche parole abbiano almeno l'effetto di rompere questa clausura!

(1) È la nota opera dal titolo: " *Étude sur la théorie du droit musulman* ", (Paris, 1898-1902); sulla cui critica cfr. il citato mio scritto " *sui rapporti tra d. rom. e d. mus.* ", a p. 6 seg. dell'estratto.



nostri trattati europei, o se debba tenersi altra via; esso non trova luogo in questa parte, in cui ci limitiamo ad esporre il contenuto del libro in esame, ma ne parleremo invece un poco nella seguente parte più specialmente critica, dove ci riserbiamo di esporre, da un punto di vista generale, qualche idea sui principali argomenti, relativi al grave e complesso problema della trattazione del dir. musulmano, oggetto del presente scritto.

Resta così ad accennare agli altri due punti sopra richiamati, del *metodo*, e dei *comenti*. Di essi, nel libro in esame, non si fa cenno; ma io credo che pure bisognerebbe dirne qualcosa, dato il carattere speciale che ne deriva alla letteratura araba, del cui valore e del cui uso solo così può farsi lo studioso una adeguata idea, pur necessaria evidentemente a chi deve essere messo in grado di continuare gli studi per proprio conto.

Orbene, quanto al *metodo della esposizione*, esso invero merita di essere conosciuto, e può riassumersene il valore, dicendo che è la fotografia, sufficientemente peggiorata, della nostra letteratura comunistica dei tempi più scadenti. I caratteri principali sono tre, quelli appunto già noti nei libri ora ricordati, e cioè: *casistica* la più stucchevole; *esemplificazione* minutissima ed abbondante, talora infantile addirittura; ed, infine, il prospetto di una serie di *opinioni diverse*, circa la soluzione di tutti i punti in disputa. Di questi tre caratteri, il più interessante, per individuare la mentalità di questi scrittori, come... non giuridica, è appunto l'ultimo. Infatti, la diversità di opinioni non è già intesa come espressione di tendenze e teorie discrepanti, in mancanza di un corpo unitario di principi, il che potrebbe essere indice di una dottrina in via di formazione, e fenomeno perciò compatibile col nome di scienza. Ma si intende nel senso del tutto semplicistico, della enumerazione pura e semplice di *tutte le soluzioni astrattamente possibili* di un dato quesito, il che è segno troppo evidente di mancanza assoluta, non dico di spirito scientifico, ma del più modesto senso giuridico. Insomma, assai spesso noi troviamo che il paradimma delle varie opinioni, per ogni singola questione, si può ridurre al seguente, e cioè: *affermativa, negativa, alternativa, e... gradazioni intermedie!* A questo estremo grado in verità non sono arrivati neanche i più pedestri e degeneri commentatori tra i nostri scolastici!

Per avere la prova di quanto qui diciamo, basta aprire qualunque dei trattati arabi, che, più o meno, sono tutti dello stesso tenore, ed in qualunque parte della esposizione. Stimiamo opportuno addurre un esempio, che scegliamo a caso. Ho qui sul tavolo uno dei trattati *sciafe 'iti* più celebrati, fonte letteraria, culturale, giudiziaria e didattica. È il celebre « *Al-tanbih* » di ABU ISHĀK AS-SCIRĀZĪ, edito proprio dallo stesso JUYNBOLL (1).

(1) Il testo è sulla edizione del JUYNBOLL, Lugduni Batavorum, Brill, 1879. Il capitolo si trova a p. 180 e 181.

Il libro è dei fondamentali del rito sciafeita, appartiene al sec. XI della nostra era, e nei primi tempi specialmente fu molto diffuso; tanto che probabilmente fu il trattato musulmano, tenuto presente dal compilatore arabo AL AS'AD IBN AL 'ASSĀL della famosa collezione, che costituì il *corpus iuris* dell'Abissinia, dopo essere stata tradotta in una maniera assai strana in etiopico, col titolo: « *Fetha Nagast* », cioè: « *legislazione dei Re* », la quale costituisce il *pendant*, anche nel nome, alla collezione siriana (« *nmosa dmlka* », = « *leggi dei re* »), oggi bene nota ai romanisti sotto il titolo convenzionale di « *libro di diritto siro-romano* » (Cfr.: GUIDI, *Il Fetha Nagast*, Roma, Casa ed. it., 1899, vol. II a p. VII della prefazione. Ed inoltre: CARUSI, *Sul frammento del libro di diritto siro-romano L. 38*, in « *Bull. Ist. Dir. Romano* », vol. 28, Roma, 1916, a nota 2).

Per incidente, giacché ci è occorso di nominare il libro etiopico *Fetha Nagast*, richiamiamo su di esso l'attenzione dei giuristi, ai quali crediamo sia generalmente ignoto; comunque, non è stato ancora fatto oggetto di ricerche scientifiche, e pure la sua *importanza* per la storia del diritto è *immensa*, come si può facilmente rilevare dalla origine e dal carattere anche solo estrinseco dell'opera.

Infatti, come abbiamo sopra accennato, il libro è la risultante della elaborazione della citata collezione siriana e del trattato di diritto musulmano qui ricordato, probabilmente, o di altro simile. Ora, se si tiene presente, da un lato, come la collezione siriana costituisca essa stessa un problema aggrovigliato di stratificazioni storiche (cfr. il citato mio scritto in B. I. D. R.), e dall'altro, il carattere tutto particolare del dir. musulmano nei suoi rapporti col diritto bizantino (cfr. il mio scritto « *sui rapporti tra dir. romano e dir. musulmano* », negli « *Atti della Soc. It. pel progresso delle scienze* », 1914); ne segue come un'amalgama delle due fonti ora espresse rappresenti la condensazione ideale, artificialmente riprodotta, di quella unità del diritto orientale, che io ho enunciato (cfr. il mio scritto: « *sugli studi dei diritti orientali mediterranei* », negli « *Atti della soc. it. pel progresso delle scienze* », 1916), e di cui i miei studi cercano di investigare la natura e la estensione. Il più sorprendente, nel nostro caso, è la fusione del diritto cristiano col diritto musulmano; il che dimostra che la struttura giuridica non fu strettamente religiosa, in quei paesi dove pure tutto, nel campo sociale, rileva

Sfogliando con lo scopo di trovare un capitolo breve, per poterlo riferire per intero, arrivo a quello relativo all'affrancazione della cosiddetta « 'ummu walad » ossia la *schiaiva-madre*. Questa designazione rappresenta uno degli stati personali caratteristici del dir. musulmano, e serve ad indicare la schiava la quale partorisca per opera del padrone. Essa allora entra in una condizione analoga alla *statulibertas* dei Romani. Infatti, diventa libera di diritto se sopravvive al *dominus*, e, durante la vita di costui, i diritti del padrone su di lei sono limitati conformemente alla predetta *condicio libertatis*, appunto con criteri che richiamano quelli della *statulibertas*.

Il capitolo, che qui appresso trascriviamo nel suo testo, seguito

dalla religione, ma è legata alle radici più profonde della permeabilità storica delle razze.

Già dunque, soltanto sotto questo importantissimo punto di vista, il nostro codice etiopico si presenta di primaria importanza, per il giurista indagatore delle varie stratificazioni storiche; ma l'interesse di questo libro addirittura unico, presenta anche un altro aspetto assai curioso. Il traduttore etiopico dell'archetipo arabo pare che fosse altrettanto ignorante di arabo che di diritto, e, nel condurre la sua traduzione, mise in rilievo, nel modo più originale, questa sua duplice ignoranza. Poichè il manoscritto, su cui egli lavorava, non era nè vocalizzato nè coi punti diacritici sui segni consonantici, l'interpretazione del testo richiedeva, non solo una sufficiente conoscenza della lingua araba, ma soprattutto quella della materia trattata. Così è che il nostro traduttore prese sovente degli equivoci i più strambalati, e fece anche di peggio; e cioè, talora, nel dubbio tra le varie accezioni dello stesso gruppo consonantico, a seconda della diversa vocalizzazione o del diverso valore dei segni-base consonantici, tradusse imperterrita nei vari modi possibili, l'uno di seguito all'altro (Cfr. GUIDI, o. c. II p. XIII), si può immaginare con che bel risultato! Riaccostando a questo stato del testo la esegesi e la interpretazione tradizionale della dottrina etiopica, con gli opportuni riferimenti alla fonte araba, si vede subito come le accidentalità formali ora descritte costituiscono a loro volta il fondamento di un'altra direzione di indagini storiche, parallela e non meno interessante di quella prima notata, relativa alla formazione stessa del contenuto.

Orbene, tutto questo largo campo di studi, ampio e fecondo, è ancora del tutto fuori della scienza del diritto; mentre purtroppo tanto tempo e tanta energia intellettuale dai miei colleghi giuristi si sciupano in cose inutili, a dire poco! E non è venir meno all'ossequio dovuto a filologi come il GUIDI ed altri suoi eminenti colleghi, il dichiarare francamente che i loro libri, in questo campo, non sono certo libri di scienza giuridica.

dalla nostra traduzione, può servire a dare un'idea del genere di esposizione che abbiamo descritto, in ordine allo stato di incertezza tra tutte le possibili opinioni; *sebbene non sia proprio un esempio tipico*. Non serve o serve poco, invece, in ordine alla casistica ed alla esemplificazione, che raggiungono spesso proporzioni enormi e stravaganti, ma qui la natura della materia non si prestava. Noi abbiamo scelto il passo, ripetiamo, col solo criterio estrinseco della brevità, al fine di poter mettere sotto gli occhi tutta quanta la trattazione di un dato argomento: ad ogni modo, esso è sufficiente a dare una qualche idea generica, in ordine al punto più interessante, della molteplicità delle opinioni. Ecco il capitolo:

« bāb 'itq umm-alwalad

« idha waṭ'a djārīatahu aw djārīatan iamlik ba'dahā fa'awladahā falwaladu ḥurrun waldjārīatu 'ummu waladin lahu wain 'awlad djārīata ibnihi falwalad ḥurrun wafi ldjārīati qawlān aṣahḥuhumā 'annahā ummu walad lahu wain 'awlad djārīata adjnabijjin binikāḥ aw zinan falwalad mamlūk liṣāḥib aldjārīat walā taṣīr aldjārīat umma walad lahu wain awlad djārīat adjnabijjin bisciubhat falwalad ḥurrun waldjārīat laisat biumm walad lahu fi alḥāl fain malakahā fafihi qawlān aḥaduhumā 'annahā taṣīr umma walad lahu walthānj lā taṣīr wain waṭ'a djārīatahu fawaḍa'at mā lam iataṣawwar fihi chalq adamijj faiaschad arba'un min alqawābil 'annahu law turika lakān adamijjan fafihi qawlān aḥaduhumā 'annahā taṣīr umma walad walthānj 'annahā lā taṣīr walā iadjūz bai' umm walad walā hibatuhā walā alwaṣīiat bihā waiadjūz istichdāmuha waidjāratuha waiadjūz waṭu'ha wafi tazwidjha thalathat aqwāl aṣahḥuhā 'annahu iadjūz lahu walthānj lā iadjūz walthāliṭhu iadjūz lahu biriḍāha wata'taq umm alwalad bimawt alsaiid min rās almāl fain djanat 'ummu alwalad fadhāha almawla bi'aqall al'amrain min qīmatihā aw arsc aldjināiat fain fadhāha biqīmatihā thumma djanat djnāiatan 'uchra fafihi qawlān aḥaduhumā iafdiḥā fi althānīat aiḍan bi'aqall alamrain walthānj 'annahu iusciārik almadjnīju 'alaihi thantan almadjnija 'alaihi 'awwalan fimā 'achadha waiasctarikān fihi 'ala qadr aldjināiatāin wāin 'aslamat 'ummu walad naṣrānijjin ḥīla bainahu wabainahā wa'anfaqa 'alaihā ilā an iamūt fata'taq ».



## TRADUZIONE

« Dell'affrancamento della *schiaiva-madre* ('ummu-walad).

« Se alcuno ha commercio carnale con la schiava propria, o con una schiava di cui è condomino, e ne ha figliuoli, il figlio è libero e la schiava diventa « 'ummu-walad » del padrone. Se invece ha figliuoli dalla schiava del proprio figlio, il nato è libero, e, quanto alla schiava, vi sono *due opinioni*; di cui la più giusta è che essa diventi « 'ummu-walad » di lui. Se poi ha figli dalla schiava di un estraneo, in seguito a matrimonio o per fornicazione, il nato va in proprietà del padrone della schiava, e questa non diventa « 'ummu-walad » di lui. Che, se ha figli dalla schiava di un estraneo per errore (cioè, credendola schiava propria), il nato è libero, e la schiava non è considerata come « 'ummu-walad » di lui sul momento, ma, se poi egli l'acquista, allora vi sono *due opinioni*; l'una che la schiava diventi « 'ummu-walad », e l'altra che non lo diventi. Se poi ha commercio con la sua schiava, che partorisca un essere che non possa considerarsi di forma umana, e quattro levatrici affermano che esso, se fosse rimasto (nel ventre della madre), avrebbe acquistato forma umana, in tal caso vi sono *due opinioni*; l'una che la madre diventi « 'ummu-walad » e l'altra che non lo diventi. — Non è lecita la vendita della « 'ummu-walad », nè la donazione, nè si può di essa disporre per testamento. È lecito però farsi servire da lei, e darla in locazione, ed aver commercio carnale con essa. Quanto poi a collocarla in matrimonio, vi sono *tre opinioni*; la più giusta delle quali è che sia lecito, una seconda che non è lecito, e la terza che è lecito ma col consenso di lei. L'affrancazione della « 'ummu-walad » avviene (di diritto) al momento della morte del padrone, e va a carico della massa ereditaria. — Se la « 'ummu-walad » commette un delitto, il padrone deve provvedere al riscatto di essa, pagando la minor somma tra le due, quella cioè corrispondente al valore di lei, e quella corrispondente al prezzo del sangue rispetto al delitto. E se, dopo aver pagato il valore della schiava, questa commette un secondo delitto, in questo caso vi sono *due opinioni*; l'una, che anche per questo secondo delitto paghi la minor somma tra le due indicate; l'altra, che si debba dividere tra il danneggiato dal secondo delitto ed il danneggiato dal primo delitto

il prezzo da quest'ultimo già riscosso, proporzionalmente all'entità dei due delitti. — Nel caso che una « 'ummu-walad » di un cristiano si fa musulmana, avviene un mutamento nel rapporto giuridico tra di loro, nel senso che (l'ex padrone) deve prestarle il sostentamento finchè egli vive, ed essa diventa libera ».

Come abbiamo già osservato, non è con questo breve capitolo che si può avere una idea esatta del metodo d'esposizione. Vi sono moltissimi casi in cui le opinioni pro e contro sono così numerose, insulse e sconclusionate da non potersi immaginare, ma noi qui non possiamo abbondare in citazioni. L'incertezza nella decisione risulta però perspicua. Si aggiungano abbondanti elenchi di esempi, ed altrettanto prolisse distinzioni e suddistinzioni di casi; e si avrà il tipo di questa letteratura.

E ciò basterà in ordine all'argomento del metodo.

12. — Quanto al terzo punto, cioè la *letteratura commentariale*, saranno sufficienti pochi accenni, non essendo questo il luogo opportuno per diffondersi in particolari.

Quel che interessa soprattutto di rilevare è la parte assai importante, che i commentari rappresentano nella massa generale delle opere giuridiche, sia in quantità che in qualità; e ciò in diversa maniera. Questi comenti invero spesso non hanno già il carattere di più o meno ampie illustrazioni di passi oscuri o disputabili, ma rappresentano una completa rielaborazione del libro comentato, ed arrivano, in occasione di essa, ad una vera e propria trattazione a sè, di cui il punto di partenza finisce per costituire un semplice richiamo. Può pertanto avvenire, in questo modo, che il comentario diventi il principale di fronte al libro comentato, che scende al posto subordinato.

Ciò è occorso di solito in occasione di piccoli trattati originali, divenuti poi celebri; per la fama dell'autore; o per la loro concisione, che si prestava bene all'uso arabo, molto primitivo e di carattere religioso, di mandarli a memoria, ad imitazione di quanto si faceva col Corano; o per altro motivo, di pura moda p. e. Un esemplare di questo genere si può vedere, nella letteratura europea, nel lavoro compilato dal SACHAU, sopra ricordato, sotto il titolo di « *Muhammedanisches Recht* », il quale è condotto sulla base dei comenti all'originario schematico testo di ABŪ SCIUDJĀ', specialmente quello di ALBADJŪRY. Ora, basta confrontare col volume le poche pagine del testo (riportate in



fine) ed il loro contenuto, per vedere come, più che un commento, si tratta di un lavoro, che si riferisce al primo quasi come ad un indice.

Altre volte, l'apparato commentariale, multiforme ed abbondante, costituisce, sotto un altro aspetto, un complemento necessario ed indispensabile del testo, nel senso che serve a rendere intelligibile la materia, che altrimenti sarebbe troppo oscura, o per la forma o per la concisione o per ambedue i motivi insieme. Un esempio classico di questo genere è dato dai commenti al trattato di KHALIL, cui abbiamo già accennato. Questo libro ha acquistato fama proprio soltanto per i suoi difetti, e cioè la riduzione a formule oscure mnemoniche di tutte le astruserie giuridiche, messe insieme nel modo più confuso immaginabile: orbene, attorno ad esso è fiorita una vera e propria letteratura, e solo attraverso questo *mare magnum* è possibile cavarne qualche senso, quando è possibile. È in preparazione, da alcuni anni, in Italia, una traduzione affidata a due arabisti di prim'ordine, i Proff. GUIDI e SANTILLANA, la quale si annuncia corredata di un apparato di commenti; opera che attendiamo con giustificata aspettativa.

In fine poi, in molti casi, come è naturale, questi commenti non rappresentano che una mole di lavoro più o meno ingombrante, solo adatta a soddisfare lo spirito scolastico della ininterrotta serie di dottori musulmani.

E così abbiamo avuto anche qui un doppio fenomeno; quello della serie crescente di commenti a diversi gradi, partendo dal testo; e l'altro della corona di vari commenti allo stesso testo. Il pensiero corre alla nostra Glossa, ed alle catene della letteratura teologica e di quella canonica siriano-bizantina. E ciò si spiega, in parte, come manifestazioni di stati spirituali identici o almeno analoghi, che producono effetti simili; ed, in parte, con le influenze e le imitazioni. Una qualche influenza deve con probabilità avere anche avuto, sia pure inconsciamente, il precedente sviluppo della dottrina ebraica più volte secolare (1).

(1) È mia opinione, che un campo di studio, il quale potrebbe forse riservarci delle straordinarie sorprese, debba essere quello della storia della dottrina giuridica ebraica, che si svolge per un tratto di tempo più lungo che in qualsiasi altro diritto, compreso il romano. E, data la sede in cui essa si sviluppò, certi periodi della sua fioritura, e certe forme

Ciò, che è però più interessante a notare, in questo genere di trattazione, è il carattere normale del contenuto dei commenti, che si riducono cioè a parafrasi, ad esemplificazioni, a casistica, ad elenchi delle solite opinioni divergenti in tutti i sensi possibili, a chiarimento delle espressioni più o meno drastiche o sibilline del testo, e soprattutto ad un apparato verboso, ma quasi senza l'ombra di un vero ragionamento, nel significato giuridico dell'espressione. Vale a dire, che non si disputa intorno a principi diversi, traendone le opportune conseguenze, discutendone i fondamenti e la giustizia, motivando i risultati operando cioè, secondo il nostro linguaggio scientifico moderno, o in linea di costruzione o in linea di critica. Tutto in sostanza si riduce invece ad una pura e semplice esposizione di dati e di risultati, in un mare di parole. Sicché la stessa designazione di commenti è in fondo inadeguata ad esprimere tale letteratura, la quale si inquadrerebbe meglio nella terminologia bizantina: παραγραφαί, παραφρασαι, παράπιπλα, κατά πόδα, ἰνδικες intorno ai fondamentali testi ordinariamente succinti, presi come punto di partenza.

del suo sviluppo, potrebbe, da un lato, contenere il modello di alcuni andamenti che si presentano poi nel diritto cristiano asiatico (siriano, bizantino) e nel diritto musulmano, non senza qualche rapporto con lo stesso diritto romano; e, dall'altro canto, conservare le tradizioni del diritto semitico arcaico (babilonese).

Non è questo il luogo di insistere sull'argomento, e di entrare in dettagli. Ma ho voluto richiamare l'attenzione dei giuristi anche su questo punto, nell'intento di mettere in rilievo la seducente unità, che in tante guise traspare, di questo mondo giuridico mediterraneo, ed il danno incalcolabile che deriva alla scienza dalla separazione disorganica degli studi, e dalla mancanza di una forma autonoma ed integrale della nostra disciplina, giuridica ed orientalistica insieme.

Questo punto del diritto ebraico è considerato invece come uno dei più estranei all'orbita dei nostri studi giuridici, e completamente vergine (Cfr. le osservazioni da me fatte nella memoria: " *Gli studi dei diritti orientali mediterranei* ", negli " *Atti della soc. it. per il progresso delle scienze* ", (Roma, 1916, a pag. 13 seg. dell'estratto).

Per fare un solo accenno, non è da escludere il collegamento alla dottrina ebraica del principio islamitico, che fonda la scienza del diritto sulla doppia base dell'interpretazione del libro sacro e del *hadith*. E molte altre osservazioni potrebbero farsi, su cui non è il caso di insistere.

Questo carattere del resto, di mancanza di una vera e propria dialettica giuridica, non è solo dei comentari, ma in generale di tutta la produzione dottrinale musulmana, anche cioè delle opere, diremo, classiche, prese a base dei commentari. È notevole anzi, come abbiamo già avuto occasione di notare sopra, che tale difetto si va aggravando col procedere del tempo; e ciò del resto costituisce come la risonanza storica del mondo bizantino e di quello scolastico. Così p. e., come già notai, a mio modo di vedere, l'opera di MALIK, che altri ha giudicato troppo primitiva, a me invece appare scientificamente superiore a quella dei suoi numerosi seguaci.

Sotto questo punto di vista, del tipo cioè della letteratura dottrinale, il rapporto da noi posto, tra il diritto bizantino e quello islamitico, è perfetto; come perfetto è il contrasto con la letteratura classica romana, la quale rappresenta in verità un fenomeno unico in tutta la storia del diritto, allo stato delle nostre conoscenze. Da dove ha tratto Roma quella, che è insieme arte e scienza della giurisprudenza, come costruzione di concetti e come tecnica di applicazione, e per quali vie essa si è venuta elaborando, come un prodotto singolare del genio del popolo romano?

Questo grandioso problema non soltanto è ancora da risolvere, ma appare in tutta la sua importanza, soltanto sopra lo sfondo di una larga comparazione con l'insieme dei diritti mediterranei, nel cui ciclo in definitivo si inquadra anche il diritto romano.

#### IV.

##### Le radici della giurisprudenza.

13. — Ma, come sopra osservammo, oltre il terzo capitolo, del cui contenuto abbiamo discorso, anche il quarto si occupa del *fiqh* in generale; e di esso pure occorre dare un accenno.

La materia di questo capo è una delle caratteristiche della dottrina giuridica musulmana, intorno al cui significato e valore sono avvenute parecchie confusioni. Si tratta sempre della « *iurisprudentia* », nel senso spiegato; ma non già rispetto all'oggetto ed alla esplicazione di esso, sibbene rispetto alle sue

fonti, ed alla loro applicazione nel pratico svolgimento della dottrina.

E qui è necessario intendersi. Al qual fine, aiuta il riportarsi alla bella immagine, con la quale gli Arabi esprimevano il collegamento di questa parte della scienza, con l'altra di cui abbiamo sopra parlato. Essi cioè si rappresentano la giurisprudenza come un albero poderoso, che ha profonde radici, ed allarga nello spazio i rami abbondanti ed intrecciati. *L'insieme di questi rami*, ossia l'albero in sè stesso, costituisce il simbolo del diritto in quanto sistema, diremmo noi, ossia come massa di precetti e categorie di istituti (in arabo: *furū' al fiqh* = *rami della giurisprudenza*). All'incontro, *le radici dell'albero* vogliono significare le vie per le quali si è pervenuto alla costruzione del sistema, ossia le fonti, diremmo, da cui è derivata la materia dommatica (nel senso della nostra terminologia giuridica, non già nel senso teologico), vale a dire *le fonti della costruzione e della scienza* (in arabo: *uṣūl al-fiqh* = *radici della giurisprudenza*). Orbene, nel quarto capo si tratta appunto della dottrina degli *uṣūl* (*ilm al uṣūl*).

Che cosa è adunque questa materia degli *uṣūl*, ed in quale rapporto si trova con l'altra parte della giurisprudenza?

Abbiamo già visto che questa seconda abbraccia il sistema dei dommi, mentre quella di cui trattiamo si dice che si riferisce alle fonti. Ma, rispetto a quest'ultima denominazione, è da ricordare che abbiamo già trattato, seguendo il libro in esame, prima ancora della giurisprudenza, di quelle che appunto dicemmo essere le fonti del diritto musulmano, e cioè il *corano* e il *ḥadīth*: come dunque ora si torna a parlare ancora di fonti? È lo stesso oggetto che si ripete in altra forma, o è altra cosa; ed allora in che si distingue da quello già trattato?

Per rispondere a tale domanda, che contiene la spiegazione dell'oggetto in discorso, occorre prima accennare al contenuto; dopo di che, potremo spiegare le relazioni tra i concetti, e ne risulterà come la esposizione non è scevra del difetto di poca chiarezza. Il difetto però è insito allo stato stesso della letteratura in proposito; trattandosi di uno dei tanti argomenti, che attendono ancora di essere studiati con criteri tecnici e scientifici.

Or ecco quali sarebbero le *radici*, di cui si parla nei singoli



paragrafi del quarto capo del trattato in esame; e cioè il *Corano*, la *sunnah*, l'*idjmā'*, il *kijās*. Spieghiamo in che cosa consistano.

14. — Del *Corano* abbiamo già detto abbastanza.

Quanto alla *sunnah*, vi accennammo nel tratteggiare la differenza di significato tra essa e il *hadith*, contro la confusione che talora si fa tra i due concetti; e a quel che dicemmo ci riferiamo, senza ripeterci.

La *sunnah* dunque rappresenta l'insegnamento divino, compiuto mediatamente da Dio attraverso la condotta del Profeta, in opposizione a quello diretto, mercè la parola divina fissata nel *Corano*. Essa comprende perciò, così i detti del Profeta (*ḥaul*), come le sue azioni (*fi'l*), come infine il tacito consenso all'agire altrui, da lui conosciuto e non riprovato (*sukūt* o *takrīr*). L'estensione, avvenuta poi, del valore di questa fonte, anche al contegno dei primi più vicini seguaci di MAOMETTO, non muta il carattere ed il significato della cosa. In sostanza, si tratta della elevazione della persona del Profeta come ad una sorta, diremmo, di medianità tra Dio e gli uomini; per cui, ogni atteggiamento della sua vita, positivo o negativo, finisce per apparire il riflesso della volontà divina. Lasciamo ai teologi disputare se e come si abbia qui a che fare con una dottrina di infallibilità; e fino a che punto essa si concili con gli insegnamenti e con le dichiarazioni di MAOMETTO stesso, divenuto, pare, infallibile *malgré lui*. A noi preme invece soltanto rilevare, come questa dottrina della *sunnah* rappresenti, per la giurisprudenza, una necessità imprescindibile di una doppia circostanza; e cioè, il concetto della derivazione divina del diritto, e la mancanza nel *Corano* di disposizioni e provvedimenti, per la maggior parte delle contingenze pratiche della vita. A tale condizione di cose il rimedio naturale che si presentava, all'inizio, era appunto quello di estendere a tutta l'azione del Profeta, e poi al suo *entourage*, il carattere di fonte di diritto.

Ma, una volta entrati in quest'ordine di idee, era facile e fatale procedere oltre. Lo sviluppo ed il progresso della vita sociale musulmana, attraverso le rapide ed immense conquiste, ed il contatto con tante e tanto evolute civiltà, non poteva far tener paghe le susseguenti generazioni alla stretta *sunnah alnabij*. Ed il primo passo ulteriore che si fece su tale via, ma assai grave ed importante, fu quello di riconoscere forza obbligatoria

all'*idjmā'* cioè all'accordo dei dottori sul regolamento di determinati casi nuovi, o sulla interpretazione di casi dubbi e controversi. Insomma, qui si affaccia un istituto, il quale richiama alla mia mente subito un precedente importante nella storia del diritto asiatico, e cioè la funzione dei Sinedrio nel diritto ebraico. In ambedue i campi, analoghe condizioni storiche avrebbero prodotto analoghi effetti, se pure, in qualche modo, non abbia influito l'imitazione. Lo sviluppo del diritto ebraico è troppo grande cosa, e troppo vicina di luogo e di tempo al diritto musulmano, e troppo in armonia con i contatti sul terreno religioso, per poterci dispensare dal porre seriamente il problema dell'influenza della dottrina ebraica sullo sviluppo dottrinale del diritto musulmano, e non soltanto di questo diritto! Si pensi, nel presente argomento particolare, alla condizione in cui si trova la Bibbia di fronte al diritto ebraico, parallela a quella del *Corano* rispetto al diritto musulmano, come abbiamo già notato sopra. È chiaro poi che costituirebbe una poco seria obiezione, a questa nostra particolare ipotesi, il notare la mancanza, nel mondo islamitico, di un corrispondente organo ufficiale; ciò non monta, mentre l'essenziale è l'identità del concetto del valore obbiettivo di una « *communis opinio* », come poi con strana analogia si è ripetuto nella storia del nostro diritto comune.

Dell'importanza di questa fonte dello *idjmā'* ha largamente trattato e dottamente, come suole, lo SNOUCK HURGRONJE, e ad esso rimandiamo il lettore (1); io concordo nella opinione dell'insigne arabista, il quale mette l'*idjmā'* al primo posto ed al di sopra di tutto come fonte, in pratica, e ad essa riferisce, come fondamento, la ulteriore fonte del *kijās*, di cui ora parleremo.

Collegato strettamente allo *idjmā'* è pertanto il sorgere della classe dei dottori come tale, cioè *come classe*, e separata da quella dei governanti. Questo carattere di classe distingue appunto la posizione dei giuristi islamitici da quella dei classici giureconsulti romani, almeno in questo rispetto (vedremo che, sotto altro punto di vista, può farsi invece il parallelo), ed accosta l'istituto a quello ebraico del rabbinato. Quest'organo

(1) Cfr., nella « *Revue historique des religions* », 1898 p. 174 seg., la critica del citato libro di SAWAS PACHA, in replica alla risposta di quest'ultimo autore alle osservazioni del GOLDZIEHER.

adunque della dottrina ufficiale aveva la doppia funzione, di proseguire a provvedere ai casi nuovi, in modo più agile e continuativo di quanto avesse fatto la *sunnah*, e nello stesso tempo di temperare l'inconveniente del contrasto delle opinioni personali con la risultante corporativa. La conseguenza storica ultima di tale movimento andò intanto al di là di questi scopi diretti, perchè fu addirittura *l'affermarsi di una dottrina teorica del diritto*, ossia della *giurisprudenza come scienza*: anche in questa, la direttiva e lo svolgimento appaiono la riproduzione della storia del diritto ebraico.

Ed è così che, a buon diritto, si ricollega al valore di questa fonte quello dell'altra, che prende il nome di *kijās*, cioè alla lettera: « *analogia, confronto* », ma che sta ad indicare in generale sostanzialmente il vero e proprio *lavoro di elaborazione costruttiva del giurista come tale*, pur partendo dai principi contenuti nelle fonti obiettive, quale base, ma con un processo di sviluppo del tutto personale: ossia, in due parole, la vera e propria attività dei giureconsulti, qualcosa da mettere a canto alla fonte romana che porta questo nome. E questa è una nuova *radice*.

In verità, nel senso come qui l'abbiamo indicata, apertamente e coscientemente non c'è nella dottrina musulmana, nè ci poteva essere, perchè sarebbe stata in contraddizione aperta col concetto, che sorregge tutte le altre fonti e quella stessa dell'*idjma'*, a cui essa si ricollega: e cioè la concezione del diritto come qualcosa che viene *extrinsecus*, e propriamente [da Dio, o in modo diretto o indiretto, *giammai un prodotto dell'uomo*. Ciò è chiaro per la *sunnah*, e spiega anche l'*idjmā*, nel suo carattere corporativo, che si ricollega alla ispirazione divina. Per modo che il concetto e la funzione del *kijās*, sotto questo punto di vista, appaiono molto oscuri nel sistema della tecnica giuridica, ed oscuri invero sono in teoria. Ma, in pratica, rappresentano appunto l'infrangimento fatale della concezione strettamente teologica del diritto, e proprio il riconoscimento di fatto della attività personale. Per indicare la quale si adoperò un termine tecnico appropriato, « *ra'ī* », cioè « *opinione, sentenza* », e nelle dispute intorno alla efficacia del « *ra'ī* » si trova il fulcro di quasi tutta la storia della dottrina giuridica islamitica. Per quanto si oppongono, nella terminologia, la gente del *ra'ī* ai puri

seguaci della tradizione, tuttavia è innegabile il valore effettivo che storicamente almeno, l'indagine dottrinale personale ha finito per avere, spesso sotto le forme più abili e dissimulate, ma non per questo meno reali. Però, questo punto deve ancora essere studiato con criteri tecnici della scienza del diritto, essendo rimasto troppo confinato nel puro campo teologico.

La confusione, che domina in questo argomento, si vede anche nel rapporto, che si pone tra esso e le dispute intorno al valore di alcuni metodi di argomentazione, di cui si fa cenno appunto in fine del § 14 nel libro che stiamo esaminando, mentre le due cose non hanno che fare tra di loro. E così si parla, insieme, di veri metodi costruttivi e di semplici sistemi di interpretazione (come p. e. il procedimento di *istiṣhāb*), per modo che il lettore giurista non riesce ad orientarsi. Del resto, questo difetto è generale nella letteratura, ed attiene proprio allo stato in cui si trova il materiale, tuttora grezzo, delle nostre fonti di cognizione: la stessa esposizione dello SNOUCK-HURGRONJE (1) non è immune da questo difetto.

15. — Queste sono adunque le *radici*. Ed ora possiamo tornare al quesito proposto in principio, intorno al valore di questa dottrina delle radici (*ilm al-uṣūl*), ed al suo rapporto con le materie trattate ai primi due capitoli del libro (*Corano e ḥadīth*). È chiaro che la designazione di « dottrina delle fonti », con cui questa parte si suole indicare, non è esatta, e non corrisponde al significato che vi diamo nelle trattazioni dei nostri diritti europei e del diritto romano, vale a dire ciò che chiamiamo, nel linguaggio scientifico, le fonti di produzione.

Ciò è chiarissimo per il *kijās*, che pure, come dicemmo, rappresenta, nella storia della costruzione dommatica, il posto principale, ma è egualmente vero per le altre radici appena si guardi oltre l'apparenza delle cose. Prendiamo p. e. la *sunnah*; essa è altrettanto poco fonte di produzione quanto il *hijās*, poichè non viene concepita quale mezzo costitutivo di nuovo diritto, sibbene quale via di *riconoscimento del diritto preconstituito* e solo noto e rivelato *per implicitum*. E lo stesso si dica delle altre radici: anche l'*idjma'* è concepito come *rivelatore della verità preesistente*.

(1) Nel lavoro alla nota precedente.



Tutte insieme pertanto le radici non sono che mezzi diversi tendenti al fine di elaborare, svolgere e coordinare la materia del diritto obbiettivo, considerata come un tutto, *estrinseco*, di cui l'uomo non ha che da fare la ricerca. *Fonti di produzione* dunque, in un sistema simile, *non ci possono essere*, e non può esservi quindi una dottrina relativa. La cosa deriva ognora dalla concezione teologica, a cui noi non ci stanchiamo di riferirci sempre, e che, nel diritto musulmano, è il solo ed unico fondamento. Ed allora la *'ilm al-uşul* appare come una vera scienza, la quale si distingue dalla dommatica (*furū' al fiqh*) in questo, che essa costituisce la *scienza del metodo*, mentre l'altra è la *scienza del sistema*. Vi è dunque, nella giurisprudenza musulmana, accanto alla *Sistematica*, una vera e propria *Metodologia*, la quale ultima non trova riscontro nei sistemi giuridici a base romanistica. E la ragione è chiara: nell'uno dei campi, il diritto si produce; nell'altro, lo si esplica. Una metodologia invero, nel ristretto significato di dottrina della interpretazione, esiste anche nel diritto moderno europeo: ma questa è pura ermeneutica, non già sostanza stessa della giurisprudenza, come avviene invece nel diritto musulmano. Il precedente storico diretto anche qui deve trovarsi, e si trova invero, nella dottrina del diritto ebraico, che era fondato sullo stesso concetto teologico. È da presumere che la *'ilm al-uşul* debba avere dei profondi punti di contatto con lo sviluppo della giurisprudenza ebraica, nelle scuole dei *Zannaim*, che approdarono alla redazione della *Mischnā*, ed in quelle posteriori talmudiche.

Tutto ciò nominalmente, quanto alla teoria ed alla forma; ma, in pratica, nella sostanza e nella storia, come abbiamo già detto, *questa sedicente interpretazione riuscì*, per necessità di cose, *ad una vera e propria costruzione*, che assorbì dal di fuori del mondo musulmano gli elementi per edificare, e propriamente dal diritto romano, nello stadio siriano-bizantino (1). Questa stessa contraddizione poi, tra la dottrina ed il fatto, rendeva tanto più necessaria una elaborazione sottile, artificiosa della dottrina stessa, e di più, l'esistenza di uno speciale ramo della scienza giuridica, considerato anzi il più elevato ed importante.

(1) Rimandiamo anche qui al citato nostro lavoro: "*Sui rapporti tra dir. rom. e dir. musulmano*"; il quale punto di vista è fondamentale per intendere lo spirito della giurisprudenza islamitica.

Ciò posto, è chiara la differenza che corre tra tutta questa dottrina e la materia trattata nei primi due capitoli del libro in esame; sebbene il contenuto sia in parte eguale, vale a dire in ordine al *Corano* e al *hadith* (che è riassorbito nella *sunnah* ordinariamente, ma non necessariamente, come spieghiamo a suo luogo). In principio infatti, questi due oggetti sono trattati veramente come *fonti*, nel senso nostro normale, ed esse sono proprio le sole due fonti del diritto musulmano, che viceversa si riducono ad una sola, cioè l'ispirazione divina, o diretta o indiretta, o immediata o mediata, sempre attraverso una unica e medesima via, cioè la persona del Profeta, vicario di Allāh.

Il *Corano* pertanto viene così ad essere considerato sotto due punti di vista diversi, e lo stesso dicasi del *hadith*.

Solo in questo senso, noi troviamo che la esposizione del IUYNBOLL è giusta, e non comprende ripetizioni, nè confusioni facendo precedere al capitolo sul *fiqh* quei due, e seguire poi quello degli *uşul*. Ma dubitiamo che questo modo di concepire le cose corrisponda alla mente dell'Autore, il quale non si spiega in proposito: e, sotto questo punto di vista almeno, la esposizione è difettosa, perchè il lettore si confonde e non sa rendersi ragione del fatto. Che, se poi l'egregio A. non accetta il nostro modo di vedere, allora la sua trattazione anche sostanzialmente deve dirsi errata.

Questo è il concetto che noi ci facciamo dell'argomento, e crediamo sia il vero; ma dobbiamo riconoscere che non corrisponde alla ordinaria esposizione, che si trova nei libri europei. Il motivo è sempre il solito; che cioè la materia non è stata esaminata dal punto di vista veramente giuridico, e con i criteri propri della scienza del diritto; mentre il riferimento ad altro ordine di concetti ha potuto spesso indurre anche uomini di prim'ordine a considerazioni sbagliate.

E qui, per connessione di idee, mi sovviene un ricordo, che non è male accennare. Il grande arabista SNOUCK HURGRONJE, nel suo studio a proposito del libro del SACHAU, di cui abbiamo fatto cenno (1), osserva, in ordine alla circostanza che l'insegnamento dei *furū'* preceda in Oriente quello degli *uşul*, come ciò sia illogico, ed abbia soltanto la spiegazione storica, che al sistema

(1) Cfr. la nota infine del n. 6.



si pensò quando il diritto era già sviluppato. Ora, a prescindere dalla inesattezza del termine « sistema », il quale andrebbe invece riferito proprio ai *furū*, come abbiamo spiegato sopra subito agli occhi il difetto tecnico nel rilievo dell'insigne arabista. La verità è che un insegnamento logico della scienza del diritto vorrebbe proprio che si facesse come fanno questi orientali, e non l'inverso, come malamente si usa da noi. Io ho sempre vagheggiato come desiderabile p. es., ai fini didattici, per un libro elementare dommatico, che esso portasse in fondo e non in principio, la così detta « parte generale » del nostro sistema moderno. Così infatti, il giovane studente si avvezzerrebbe subito ad apprezzare essa per quello che veramente è, cioè una derivazione più o meno soggettiva ed artificiale dalla materia varia dei dommi, ricostruita con criteri logici, al fine di coordinare i dommi stessi in modo razionale, e di rendere possibili ulteriori elaborazioni. All'inverso, si ingenera, nelle menti inesperte, la falsa concezione del valore assoluto di certi principi, e, quel che più nuoce, si deforma lo stesso indirizzo mentale dei nostri studi, facendo immaginare che il metodo giuridico sia sostanzialmente deduttivo, laddove esso è puramente e sempre induttivo.

Queste considerazioni valgono per tutti i diritti, il cui processo in ciò si rassomiglia, perchè *tale è la natura intrinseca del fenomeno giuridico*: prima sorgono i rapporti; poi le loro norme; solo in ultimo si svolge lentamente, e ad un grado più o meno sviluppato in conseguenza di un insieme di fattori, l'arte e la scienza del loro coordinamento e dell'ulteriore sviluppo.

Questi rilievi hanno poi una speciale importanza nel diritto musulmano, per le peculiari condizioni di svolgimento di quella giurisprudenza, come abbiamo accennato sopra.

E così, basterà del 4° capitolo del libro in esame, intorno agli « *uṣūl-al fiqh* ».

## V.

### La *sciari'ah*.

16. — L'ultimo capo della introduzione, nel libro in esame, riguarda un argomento, che in verità è connesso a quello trattato nel capo 3°, che abbiamo sopra esaminato, relativo alla

giurisprudenza. Ed infatti noi abbiamo, a proposito del terzo capitolo, parlato anche di parte del presente capo, in ordine cioè alla divisione del sistema del diritto musulmano.

Tutti e due i capi in sostanza trattano della *materia del sistema*; tuttavia, una certa differenza può trovarsi dal punto di vista dell'esposizione. Mentre cioè nel capo 3° si parla del *contenuto dommatico* nel suo insieme, come corpo di dottrina, e lo si esamina perciò, come vedemmo, nelle varie scuole cui ha dato origine, e nella letteratura; nel capo 5°, di cui qui ci occupiamo, invece si studia dal punto di vista della *divisione della materia e della pratica applicazione* di essa. Meglio però, ciò non ostante, sarebbe stato di coordinare le due trattazioni in unico contesto, per la chiarezza. Riferendoci a quanto abbiamo scritto in occasione del 3° capo, aggiungeremo qui alcune osservazioni complementari.

Ed anzitutto, è da notare il titolo del capo, e cioè « *La legge* », traduzione italiana del tedesco « *Das Gesetz* », col quale termine si è inteso di rendere il concetto dell'arabo: « *Schar'* o *sciari'ah* », conforme del resto all'uso, che io ritengo errato come terminologia tecnica giuridica; sul quale argomento è necessario spiegarsi.

Il senso originario di questa parola, come è indicato nel testo, è « via, cammino ». E, nella terminologia teologico-giuridica dell'Islām, è usata, con viva immagine, per indicare l'insieme delle disposizioni, che Iddio ha dato all'uomo, per regolare la di lui condotta in tutte le manifestazioni della vita; ossia in ultima analisi con questa parola si indica appunto « il diritto », concepito nel senso della rivelazione secondo la dottrina islamica.

Abbiamo anche qui, a mio modo di vedere, una riproduzione degna di rilievo, nel concetto e nella stessa designazione, della terminologia ebraica. Ivi infatti, a prescindere dalla identica radice *ischr*, che indica la dirittura nel cammino; nel linguaggio rabbinico, si usa, per indicare l'insieme delle norme giuridiche, una parola tecnica, derivante dalla radice verbale « *halak* », che vuol dire « ire ». Come si vede, è sempre lo stesso concetto, o cammino o via che sia, rappresentativo della norma giuridica intesa come *indirizzo che viene da Dio* (1).

(1) E l'oscuro *ius* latino? Di esso sono certamente errate tutte le supposte connessioni (cfr. BONFANTE, *Istituzioni*, 5 ed. p. 6 n. 1).

Questa immagine della via e del cammino è passata anche nel Cristianesimo.

Orbene, per quanto attiene al nostro argomento, nè la parola araba nè quella ebraica si limitano ad esprimere le norme concrete e dirette contenute nei libri sacri, ma indicano bensì *l'insieme del diritto obbiettivo*, compreso dunque, e anzi, come quantità almeno, specialmente quello derivante dalle fonti indirette e dalla elaborazione. Ciò posto, non è corretto tradurre il termine per « legge », dato il significato positivo che ha questa parola nella nostra terminologia; ma si deve tradurre con la designazione « diritto ». Insomma, corrisponde a « *ius* »; come « *fiqh* » corrisponde a « *iurisprudentia* (1) ». Si aggiunge per verità di solito, e lo fa anche il nostro autore, il predicato « canonica », scrivendo: « *la legge canonica* »; ma questo complemento, mentre non elimina la deficienza ora da noi posta in rilievo, è a sua volta esso stesso stranamente equivoco. Si vorrebbe con ciò affermare l'idea del carattere stretto e rigoroso del diritto, concepito come religioso, cui il predicato si riferisce, con un'applicazione di questa radice greca, ad immagine del singolare significato che ad essa si diede in occidente nella terminologia del diritto comune, col noto binomio di diritto canonico e diritto civile; ed in corrispondenza dell'uso corrente, che a questa espressione si dà oggi in materia di documenti e di dottrine, nelle scienze storiche. Però è da avvertire che, per quanto attiene al concetto di diritto, questo uso è ben strano, nelle lingue neolatine e nelle germaniche, perchè ripete, in greco, nel predicato, quello stesso che si dice nel sostantivo; il fenomeno è chiaro che si spiega con la semplice ragione storica, per cui la Chiesa, avendo preso dal greco tutte le sue parole tecniche, chiamò *κανόνας* le provvidenze di natura giuridica. Ad ogni modo, nel diritto europeo, si tratta ormai di una designazione consacrata da un uso molte volte secolare. Diverso invece è il caso del diritto musulmano. Trasportare in quel campo tale terminologia, non è soltanto allargare un uso poco corretto, ma costituisce, per una circostanza singolare, un vero controsenso. Infatti, è

(1) Questa nostra osservazione è tanto vera, che è stata fatta già dagli stessi musulmani. Cfr. il citato scritto del MORAND, *La codification du droit musulman*, negli « *Etudes* », a p. 494 e relativa nota 4.

avvenuto che, nel linguaggio arabo, proprio *in opposizione* alla designazione « *sciar'* », nel senso del corpo di diritto rivelato od elaborato in base alla rivelazione, si adottò appunto dal greco e dal diritto bizantino la designazione « *kanūn* », per indicare il corpo di diritto estraneo alla indicata origine, e proveniente da altre fonti umane, in ispecie le disposizioni del principe e delle altre autorità, su materia non regolate dallo « *sciar'* », od in quanto non regolate dallo *sciar'* (1). Per modo che, *sciar'* e *kanūn* stanno l'uno in opposizione all'altro, nel linguaggio arabo; ed in certo modo esiste proprio, tra questi termini, una qualche corrispondenza con la opposizione tra *ius canonicum* e *ius civile* del nostro linguaggio di diritto intermedio. Ora, ciò posto, non è forse il colmo del confusionismo adibire precisamente il predicato di « canonico », per caratterizzare il diritto derivante dalle fonti religiose nel campo islamitico, ossia quello che non è *kanūn*?

Sicchè, concludendo, di fronte alla frase: « *legge canonica* », che costituisce il titolo di questo capo, non è facile dire quale sia più erroneo, se il sostantivo o il predicato.

Con questo rilievo noi non abbiamo inteso di esercitare una critica esagerata e minuta, ma di rafforzare ancora con un esempio l'affermazione più volte ripetuta, del confusionismo terminologico (oltre che concettuale) il più perfetto, che domina sovrano nella trattazione di questo importante campo della storia giuridica, del che la colpa non è di alcuno in particolare, ma del sistema in generale.

17. — Venendo al contenuto del capitolo in esame, basteranno pochi cenni. Esso comprende tre parti.

La prima riguarda il valore che hanno acquistato i libri di *fiqh*, specialmente nell'epoca tarda della più intensa elaborazione, come conseguenza appunto del posto speciale assunto dai giuristi, di cui abbiamo dato cenno sopra. Complementare al valore dei libri giuridici classici, diremo così, o facienti testo, sta quello dei singoli responsi (*fatwā*), che vengono dati in casi dubbi o nuovi da opposti dottori (*mufti*), più o meno ufficiali, che hanno spesso servito a compiere funzioni e servizi politici.

(1) Cfr. lo scritto del MORAND, « *Les kanouns du M'zab* », nei citati « *Etudes* », a p. 420 seg. Ed anche il citato trattato del VAN DEN BERG, a pag. 8 nota 1 della traduzione francese.



Su tale argomento, ci limiteremo ad una sola osservazione. E cioè, che si è un poco esagerato nel ritenere tutto questo una straordinaria specialità del mondo musulmano. Può essere al massimo questione di gradi; ma, tanto pel valore dei libri elevati a testo, come per quello dei responsi, una situazione presso a poco analoga ci presenta p. es. il periodo storico del diritto comune, nei suoi momenti classici.

La seconda parte è la più importante, ma appena accennata, e riguarda cioè la divisione della materia. Tutto il campo del diritto si divide in due grandi trattazioni; e cioè quella che potremo chiamare: « diritto culturale », e l'altra « diritto civile » in senso largo, comprendente così il privato che il pubblico (penale, politico, processuale). Proprio « *divinarum atque humanarum rerum notitia* », come scriveva il siro Ulpiano. Quanto al diritto culturale, esso comprende l'esposizione delle cinque cosiddette *'ibādāt*, e cioè: la purificazione (*ṭahārah*), la preghiera (*ṣalāt*), una sorta di carità legale (*zakāt*), il pellegrinaggio ai luoghi santi (*ḥaddj*) e il digiuno (*ṣaum*). Del diritto civile abbiamo sufficientemente discusso sopra, in ordine alla trattazione della parte più interessante di esso, sotto il punto di vista strettamente giuridico, e cioè del diritto privato; e ci riferiamo alle precedenti osservazioni. Avremo occasione di riparlare, sotto altro aspetto, in seguito. Accede a questa parte la spiegazione di una formalistica e particolareggiata terminologia musulmana sulle varie gradazioni degli atti giuridici, da quello obbligatorio (*farḍ*) a quello proibito (*ḥaram*), attraverso il raccomandato (*mustahabb*), il lecito (*djā'iz*), e l'illecito (*makrūh*). Questo rigorismo di qualifiche è evidentemente connesso a motivi religiosi.

L'ultima parte infine tratta un argomento, che è interessante dal punto di vista del concetto scientifico di questi studi, e si connette proprio alla questione centrale, intorno a cui si aggira non soltanto il presente scritto, ma tutta la nostra opera scientifica in argomento. Si tratta cioè di una confusione perniciosa tra diversi aspetti, sotto cui lo studio del diritto musulmano, come, degli altri diritti che hanno avuto una lunga storia ed un valore universale (p. e. il romano), può essere considerato, in un determinato periodo di tempo ed in un determinato luogo; vale a dire, l'aspetto puramente legislativo, quello pratico, e quello vera-

mente integrale storico, che è senza dubbio il solo che interessa alla scienza. Non occorre certo spiegare ai giuristi la diversità sostanziale di questi vari punti di vista; e, del resto, su ciò parleremo appresso in modo particolare: qui intendiamo solo di richiamare il concetto, per servircene ad illustrare ciò che si scrive nel testo, e che confonde appunto in modo assai nocivo (per la scienza e per la sorte degli studi) il lato pratico ed il lato scientifico della cosa. In questo luogo adunque l'egregio A. accenna alla grande differenza, che in pratica ha oggi l'applicazione del corpo del diritto musulmano, nelle società moderne devote all'islamismo. Egli, in sostanza, nota che, mentre la materia di carattere rituale (strettamente religiosa) e quella del diritto familiare-successorio (connessa appunto alle concezioni etico-religiose) è ancora, con la maggiore possibile fedeltà, rispettata; tutto il resto invece, e cioè il diritto patrimoniale ed il diritto pubblico, si svolge, nella vita reale, abbastanza lontano dalla teoria ortodossa, per quanto i buoni credenti si sforzino di conformarvisi anche qui nei limiti del possibile. In questo campo avrebbe prodotto, dove più dove meno, dei cambiamenti spesso radicali il diritto consuetudinario indigeno (*'adah*).

Ne sorge così una sorta di dualismo, in tutti i paesi musulmani, tra una categoria di diritto ed un'altra, l'una fissa alla tradizione e l'altra che se ne discosta; cui si connetterebbe l'uso quasi generale di una doppia giurisdizione, che, con una frase corretta fino ad un certo punto, suole distinguersi col doppio appellativo di « ecclesiastica » e « laica ». Conclusione di tutto ciò, scrive l'A., è che nel testo del trattato « si parlerà solo di quelle parti della legge, che in Oriente sono le più importanti per la vita religiosa e per la pratica »; col che sappiamo omai, in altre parole, che *resta escluso quasi tutto il vero campo del diritto*. In questo modo il libro, allontanandosi dal tipo di un « trattato di diritto », si accosta invece a quello di una specie di « istituzioni teologiche relative alla vita sociale », come è possibile di tracciarne, così nel mondo musulmano, come in tutte le altre società rette ad ordinamento religioso, p. es. l'ebraica.

Ora, io non dico già che tutto ciò non sia giusto ed utile; riconosco anzi che, ai fini cosiddetti pratici, e posso anche arrivare a dire di cultura generale, sta benissimo; dico però che

questa non è la scienza del diritto, ma tutt'altro, e dovrebbe cambiarsi addirittura il titolo del libro, per mettere le cose a loro posto. Il che, spero si vorrà capirlo, non toglie nulla al valore del libro stesso, nè meno che mai, a quello dell'Autore, ben inteso: significa soltanto dare alle cose il proprio nome, e rivendicare l'autonomia ed il carattere della nostra scienza del diritto, che non può, non deve essere confusa, nè con altri rami del sapere (come p. e. la teologia o la storia), nè, tanto meno, con l'erudizione letteraria od archeologica. E così, per restare nel carattere di una trattazione conforme alla nostra scienza, sono proprio le parti rimaste nell'ombra, od addirittura omesse, che dovevano costituire l'oggetto principale della esposizione, mentre le altre sono accessorie; tutte poi andavano trattate col metodo, con la terminologia, e coi criteri della scienza giuridica, del che abbiamo già dovuto occuparci in parte, e su cui dovremo tornare in seguito. Si tratta insomma di due campi di studi diversi, egualmente rispettabili ed egualmente importanti, ma sono due e sono diversi.

18. — Non è poi un fuor d'opera aggiungere, in ordine a questo importante argomento, qualche osservazione su alcuni punti particolari.

E così, va rilevato come non è certo una specialità od una novità del diritto musulmano che, in materia di istituti patrimoniali o pubblicistici, col processo del tempo speciali consuetudini o provvedimenti abbiano agito sul *corpus* del sistema originario. È quello che è avvenuto, proprio nell'identico modo, durante la storia del diritto comune cristiano in Europa; ma ciò non tocca la compagine del sistema; soltanto, la scienza, nel prenderlo in esame, deve tener conto anche di questi importantissimi elementi, i quali però restano sempre un accessorio e rappresentano la cornice del quadro. Il sistema del diritto, nel suo complesso, e soprattutto nelle sue direttive, nel suo spirito, nei suoi caratteri organici, nella sua fisionomia di insieme, permane sempre identico, all'infuori delle mutevoli e rinnovantisi disposizioni legislative e consuetudini sui singoli punti speciali. Insomma, è questo il lato più vivace e profondo della differenza tra diritto e legge, tra *domma* e storia, tra norma positiva e sistema giuridico. La scienza del diritto si fonda appunto su queste differenze, e le riassume in una unità superiore: e solo così

può dirsi di fare opera da giuristi. Esiste infatti un corpo di dottrina di diritto comune; e pure è interminabile la serie delle consuetudini e delle leggi speciali, che, in tutti i tempi ed in tutti i luoghi, hanno quasi in tutto modificato i singoli *dommi* ed istituti (1).

(1) Mi richiamo qui alla esposizione, che di tutti i lati di questo problema ha fatto il mio maestro Prof. SCHUPFER, nel suo trattato di « *Storia del diritto italiano* », al vol. I sulle *Fonti* (IV ed. Roma, Loescher, 1908) in vari luoghi, e cioè principalmente: per l'epoca germanica, al tit. I, capo III, § 2; per quella neolatina, al tit. I, cap. III, IV e V; per quella moderna, al tit. I, cap. I, § 2.

Ci piace, in proposito, di riferire soltanto un brano della prima delle citazioni suindicate, relativo al periodo più antico, quello germanico, a p. 188: « . . . . in realtà il *diritto romano*, perpetuandosi, cambiò *fisionomia*, come le leggi barbariche, dopo consegnate in iscritto, degenerarono. Il diritto romano e il diritto barbarico sono tra gli elementi essenziali della società moderna; ma come elementi, che entrano in una nuova combinazione, la quale doveva nascere da un lungo fermento, e nel cui seno non potevano presentarsi che *trasformati*. Appunto quest'opera di trasformazione avvenne, più ch'altro, per mezzo di quella *consuetudine*, che Pipino aveva riconosciuto bensì, ma che non avrebbe dovuto sovrapporsi alla legge. E la consuetudine ha fatto anche altro. Non contenta di modificare le vecchie leggi, ne ha creato di nuove, corrispondenti alla nuova vita dei popoli, alle nuove idee ed ai nuovi rapporti. Le vecchie leggi non bastavano, e doveva supplirvi la coscienza giuridica popolare . . . . . Infatti ne uscirono *regolati i nuovi rapporti di diritto pubblico* . . . . . Lo stesso dicasi dei *diritti privati* e del modo di farli valere . . . . . ma furono *soprattutto i commerci*, oggimai cresciuti, ed i nuovi rapporti nati da essi, che resero necessaria l'opera della *consuetudine* ». E più sotto a p. 191 e 192, continuando nello stesso ordine di idee, dice: « Molte volte la *norma* della legge o quella del diritto consuetudinario mancava, e non si trattava affatto di riconoscerla o di applicarla, perchè non ci era. E nondimeno il *giudizio funzionava* . . . . . Noi possiamo chiamare questo *diritto*, trovato dai giudici, il *diritto giudiziario*; ma in sostanza non è molto diverso da quello *consuetudinario* ».

Ed analoghe osservazioni vanno ripetute, in ordine alla consuetudine, così pel diritto statutario, che per quello tutto speciale delle classi e delle arti.

Orbene, nel mondo musulmano, come è naturale, è avvenuto un fermento ed un movimento in qualche modo simile, ma in grado assai minore, molto più limitato, attesa la enorme forza di inerzia della società islamica; le maggiori mutazioni sono da collegarsi ai contatti con le società esterne, ed alla pressione o penetrazione dei popoli europei. Di tanto più quindi deve aver rilievo scientifico il sistema fonda



L'opera dunque incessantemente innovatrice della consuetudine e dei fattori esterni, anche legislativi, non tocca la sostanza del problema storico e della indagine scientifica. Il punto di vista invece si muta, se si guarda la cosa sotto l'aspetto pratico, politico o strettamente legislativo. Ed in questo senso, fino ad un certo punto, si possono intendere alcune delle dispute, che si sono fatte intorno al problema della codificazione odierna del diritto musulmano, nei vari paesi sottoposti alla dominazione delle Nazioni Europee, come è avvenuto p. e. per l'Algeria e per la Tunisia, e come con quasi certezza può presagirsi che si ripeterà, con monotona eguaglianza di dubbi, di argomenti e di soluzioni, anche per le nostre colonie. Ma questa è tutt'altra questione da quella scientifica, che qui invece a noi interessa. Scienza, legislazione, empirismo pratico sono tre cose ben distinte tra loro (1).

Infine, quanto al ricollegamento della pretesa doppia categoria di diritto materiale, di cui sopra abbiamo fatto cenno, col sistema della doppia giurisdizione vigente in quasi tutti i paesi musulmani; è da notare come anche questa condizione di cose ci ricordi un poco la divisione del foro ecclesiastico e del foro civile nel diritto intermedio, e come presenti, di molto ingranditi, gli inconvenienti di quella. Essi sono assai maggiori per la buona ragione di una linea di separazione tanto meno netta tra i due campi, con tutte le conseguenze facilmente immaginabili. Infatti, come si rileva da quel che si è detto sopra, nel nostrò

mentale, centrale, originario; a più forte ragione di quanto avviene, non ostante tutto, nella storia del nostro diritto.

Insomma, il fatto di una fondamentale trama unitaria, su cui si intessono incessantemente le fila più svariate delle mutazioni storiche successive, è ciò che costituisce appunto il carattere del fenomeno storico del cosiddetto *diritto comune*; e diritto comune è quello occidentale cristiano, come diritto comune è quello orientale musulmano. I modi di svolgimento sono analoghi, ed analogo deve essere anche il sistema di studio e di trattazione. Se una differenza vi è, e non lieve, essa consiste, se mai, nella maggiore uniformità e resistenza del fondo originario nel diritto comune orientale, di fronte a quello occidentale.

(1) Cfr., per tutti, i rilievi del MORAND, nel citato scritto "*La codification du droit mus. algerien*"; su cui il nostro modo di vedere non è del tutto conforme alle opinioni correnti, come abbiamo chiarito nell'altro nostro scritto: "*Il problema del diritto comparato*", pubblicato negli "Atti della Soc. it. pel progresso delle scienze", Roma, Bertero, 1917.

caso la separazione non dipenderebbe da intrinseca natura del contenuto, ma semplicemente dalla maggiore o minore deformazione subita sotto la pressione storica delle nuove correnti. Mentre, nell'antico regime europeo, la divisione, sia pure non esattamente, era data almeno da motivi di contenuto.

Ciò posto, le conseguenze sono evidenti. Ne accenniamo qualcuna ad esempio. Poichè infatti, ai fini pratici, bisogna pur determinare la separazione, nel mondo musulmano, per categorie di istituti, si ricorre ordinariamente alla distinzione indicata nel testo, mettendo così, per quanto si attiene al diritto privato, da una parte il diritto di famiglia *lato sunsu*, e dall'altra quello patrimoniale. Ora, una separazione simile può far nascere spesso, com'è chiaro, delle spinose quistioni di incompetenza, a tacere di altro. Queste dispute sono talora senza uscita, ed anche grottesche, perchè il solo porle in quel modo è un nonsenso. Citerò, per tutti, un caso classico: quello della competenza a decidere sulle questioni relative all'istituto del *waqf*. Esso è uno speciale istituto di diritto musulmano, di due forme. Una è probabilmente il derivato storico del « *fideicommissum familiae* », come si presenta nel tardo diritto romano, che si richiama proprio alle provincie orientali. L'altra si ricollega alle « *piae causae* » del diritto bizantino. In questo istituto appare la sostituzione fedecommissaria e la indisponibilità del bene sottoposto a *waqf*, e di qui è sorta quella che io dico strana quistione di competenza. Infatti, alcuni sostengono che, trattandosi di indisponibilità di un bene, si ha da fare con un istituto di diritto patrimoniale (*statut réel*, come dicono i Francesi), e quindi appartiene ai tribunali, che diremo laici. Altri invece pretendono trattarsi di un istituto di diritto successorio (*statut successorial*), e quindi di competenza dei tribunali cosiddetti ecclesiastici. Ora è chiaro che, posta così la quistione, non se ne esce. Infatti, in astratto, si tratta insieme così di un problema patrimoniale come di uno successorio, ed, in concreto, può agitarsi indifferentemente o l'uno o l'altro dei due, od anche possono insieme venire in discussione entrambi in varia guisa. Perchè insomma, da un lato, è assurdo adattare le nostre categorie logiche dei rapporti giuridici ai casi reali e concreti, e, dall'altro, uno stesso rapporto giuridico, come è quello in esame, può insieme appartenere a più di una categoria logica. E pure,

letteratura dottrinale e giurisprudenza hanno sciupato fiumi di inchiostro intorno a questo errore di impostazione, cadendo nelle confusioni più spaventose.

E tutto ciò per causa della doppia giurisdizione, di cui bisognava pur regolare la competenza!

Ora, questo del *waqf* non è che un esempio tra tanti, i quali tutti insieme non stanno a raccomandare codesto bel sistema del duplice ordine di giudizi. E gli inconvenienti non sono soltanto relativi alla competenza, com'è naturale.

La verità è, che una divisione siffatta attiene a motivi del tutto estrinseci, e principalmente di carattere positivo, che nulla hanno da vedere con la divisione sostanziale del diritto. Prescindendo dal problema turco, che è a parte, per quanto attiene al dominio di stati cristiani Europei su popoli musulmani, si è creduto in questa maniera di rispettare, nei limiti compatibili con la propria dominazione e, fino ad un certo punto, con la civiltà, la cosiddetta autonomia religiosa dei sudditi; ma, nel fatto, si è creato un nuovo grave motivo di confusionismo e di difficoltà, in un campo già così irto di ostacoli e coperto da tenebre, come quello del diritto musulmano. Tuttavia ciò non tocca il nostro compito. Salvo che raccomandare l'esame e lo studio della giurisprudenza coloniale ai giuristi, per loro edificazione, e nella speranza che possa sorgerne stimolo efficace, per risolversi a far entrare questa materia del diritto musulmano nell'orbita della scienza giuridica, risvegliando il sentimento del pudore.

## VI.

### Il diritto culturale.

19. — Esaurita così l'esposizione di tutto il contenuto della « *Introduzione* » del libro in esame, passiamo ad illustrare la materia delle due parti, in cui, come dicevamo in principio, è divisa la trattazione sistematica del diritto.

Queste due parti riguardano: l'una, e cioè la prima, il *diritto culturale*, vale a dire la dottrina delle *'ibādāt*; l'altra, la seconda, tutta la materia di quello che chiamammo *diritto civile*, e privato e pubblico, vale a dire i rapporti patrimoniali (*mu'amalāt*), quelli famigliari, e quelli attinenti allo Stato.

I titoli rispettivi sono; per la prima parte: « *Precetti rela-*

*tivi al culto e agli obblighi rituali* »; per la seconda: « *Prescrizioni di natura giuridica e politica* ». Di queste due parti, la trattazione della seconda è un poco più ampia di quella della prima; per modo che, comprendendo, come vedemmo, la introduzione circa il quinto del volume, la parte dedicata al diritto culturale abbraccia poco meno di due quinti, e quella di tutto il diritto civile, privato e pubblico, poco più dei rimanenti due quinti. E, poichè lo svolgimento in quest'ultima parte presenta una lieve eccedenza pel diritto privato, ne segue in definitivo che la proporzione della trattazione del diritto privato, ossia della vera materia giuridica, di fronte all'intero contenuto del libro, è di poco più di un quinto. Infine, nello sviluppo del diritto privato, è il diritto famigliare e successorio che abbraccia la maggiore estensione, rimanendo solo un piccolo spazio per *quello patrimoniale*, il quale tutto quanto arriva appena a rappresentare *meno dell'undicesima parte* di tutto il trattato!

Il qual conto abbiamo fatto, non per pedanteria o per eccesso di critica, ma perchè illustra assai bene il carattere del libro, in cui cioè *la materia veramente giuridica è relegata addirittura all'ultimo posto*. E ciò corrisponde all'esplicito disegno dell'Autore, di cui abbiamo fatto più sopra menzione, informato al concetto, come egli si esprime, di tralasciare tutto ciò che non è diritto vivo, nel senso spiegato. È dunque una tesi cosciente, e ragionevole dal suo punto di vista, che va messa in rilievo. Noi la crediamo profondamente errata, come abbiamo già rilevato; ma di ciò tratteremo espressamente dopo esaurita l'esposizione del contenuto del libro.

Ciò posto, proseguiamo ad esaminare questo contenuto.

La prima parte adunque riguarda il diritto culturale. Essa abbraccia cinque capitoli, relativi alla dottrina delle cinque *'ibādāt*, di cui parliamo, oltre alcune notizie intorno ad usi attinenti alla vita religiosa. E di ciò potremo sbrigarci in poche parole, inquanto il nostro punto di vista è perfettamente l'opposto di quello dell'Autore.

20. — Il primo capo riguarda la preghiera (*ṣalāt*); il secondo la beneficenza (*zakāt*); il terzo il digiuno (*ṣaum*); il quarto il pellegrinaggio (*ḥaddj*); ed il quinto vari usi di carattere religioso. La dottrina della *ṭahārah*, che sarebbe la quinta della *'ibādāt*, è svolta parte nel primo capitolo e parte nel quinto.



Tutti questi argomenti sono trattati con gli opportuni dettagli desiderabili.

E così, nel primo capitolo sulla *ṣalāt*, si parla anzitutto delle cinque preghiere rituali quotidiane, distribuite nelle varie parti del giorno, della loro origine e della relativa divisione del tempo, nonché della estensione dell'obbligo ad eseguirle. Esse sono: quella del mezzodì (*zuhr*); del pomeriggio (*ʿaṣr*); del tramonto (*maghrib*); della tarda sera (*ʿiṣhāʾ*); del mattino (*ṣubḥ*). Segue la descrizione particolareggiata di tutte le molteplici cerimonie di cui consta la *ṣalāt*, e del modo di eseguire ciascuna di esse, con le relative nullità. In questo punto è inserita quella parte della dottrina della *ṭahārah*, che attiene allo stato di purità richiesto per la validità della *ṣalāt*, ed alle abluzioni con le quali si procede a rimuovere lo stato di impurità (*ḥadath*), e cioè *wuḍūʿ* e *ghuṣl*. Infine, si parla delle varie sorta di *ṣalāt* in ordine alla loro esecuzione, e cioè, oltre le preghiere eseguite da solo; quella da farsi in comune sotto la direzione di un *imām* nelle moschee, dietro l'appello apposito (*aḍān*) del *muʿaḍḍin*, il che è specialmente raccomandato; inoltre lo speciale servizio divino del venerdì (*ṣalāt al-djumaʿah* = preghiera della congregazione), che tiene luogo della preghiera del mezzogiorno (*ṣalāt al-zuhr*); e per ultimo, varie preghiere di pura devozione. Su tutto ciò non occorre insistere.

Il secondo capitolo riguarda la dottrina della *zakāt*, ossia della carità legale, come si è detto. E ivi, premessi dei cenni sulla origine, quando anziché una imposta era considerata una semplice virtù, si passa a trattare ordinatamente dei vari beni su cui questa imposta grava (5 classi), e del relativo variabile onere, della riscossione per mezzo dell'esattore (*ʿāmil*), delle persone a cui beneficio essa è destinata (8 classi), ed infine della speciale offerta dovuta al termine del digiuno del mese di *ramadān* (*zakāt al fi r*), e delle offerte non obbligatorie ma di pura devozione, dette più propriamente *ṣadaḳah*.

Nel terzo capo, si parla del digiuno (*ṣaum*). Anche questa parte è trattata con ampiezza. Sempre premesse le nozioni storiche di derivazione, si danno le norme relative al modo di compierlo ed alle persone obbligate ad esso, comprese le regole per rimettere le eventuali omissioni. È poi sviluppata in modo speciale la dottrina del digiuno nel mese di *ramadān*, che è il

solo veramente obbligatorio; gli altri sono volontari (*ṣaum ta-tawwuʿ*), ma raccomandabili, ed alcuni di essi generalmente praticati. A proposito del digiuno di *ramadān*, si danno alcune nozioni sul calendario musulmano, sulla base del computo lunare; si illustra la speciale forma di preghiera che si compie in quel periodo, la cosiddetta *ṣalāt al-tarāwīḥ*, ed il valore tutto particolare, dal punto di vista religioso, della notte in cui la tradizione fissa l'invio del Corano dal cielo (*tailat al-kadar*). Infine, si danno le notizie principali intorno alle feste e agli altri giorni commemorativi. Si spiega come due sole feste siano di precetto, la cosiddetta *piccola festa* (*al ʿid al ṣaghīr*), che è quella conseguente alla fine del digiuno di *ramadān*, e la *grande festa* (*al ʿid al kabīr*), che è quella destinata al sacrificio che si compie nel decimo giorno del mese del pellegrinaggio alla Mecca; si parla del modo come celebrarle; si accenna inoltre alle principali tra le altre feste di uso, in numero di sette.

Il quarto capitolo riguarda le cerimonie del pellegrinaggio alla Mecca (*ḥaddj*), minutamente descritte in tutte le loro parti, su cui non è il caso di intrattenersi. Si parla dell'altra cerimonia della Mecca detta *ʿumrah*; e di ambedue si accennano i precedenti storici, essendo esse di origine preislamica. Nell'occasione, si descrivono anche i santuari della Mecca e le leggende relative, che rimontano ad Abramo, ed ancora prima fino ad Adamo.

Nel quinto capitolo infine si tratta, come si disse, di svariati usi connessi a credenze religiose. Essi riguardano anzitutto i tre importanti momenti della vita umana; e cioè la nascita, il matrimonio e la morte. A proposito della nascita, si parla delle cerimonie relative e della circoncisione; a proposito del matrimonio, si accenna al banchetto nuziale (*watīmat al ʿurs*); in ordine alla morte, si espongono le varie pratiche da compiere rispetto al cadavere, dall'abluzione al seppellimento, e si accenna al lutto della vedova. Oltre ciò, si danno parecchie altre nozioni su svariati argomenti, costituenti caratteristiche della società musulmana, e cioè: sul velamento delle donne, sui giochi proibiti, sugli oggetti di musica vietati, sul divieto delle immagini di esseri viventi, sulle disposizioni suntuarie in ordine agli abiti ed ai metalli preziosi.

In ultimo, si trova la trattazione complementare della *ṭahārah*,

a quella già fatta nel capitolo delle *ṣalāt*; si parla degli oggetti impuri, di quei contaminati e della loro purificazione, ed in un modo speciale dei cibi e delle bevande, secondo che son leciti o vietati, con particolare rilievo al divieto delle sostanze alcoliche, e con la esposizione del modo rituale di procedere alla macellazione, diretta al fine di impedire la permanenza anche minima del sangue, la cui proibizione, come commestibile, si collega forse all'antica credenza di considerarlo sede dell'anima. Queste disposizioni, in ordine alle cose pure o impure, ed a quelle commestibili o meno, hanno importanza più strettamente giuridica, circa la dottrina della capacità di esse a costituire oggetto dei vari negozi.

## VII.

### Nozioni sulle persone e la famiglia.

21. — Dopo l'esposizione del diritto culturale, segue quella del diritto privato in quattro capi, di cui i primi due (6° e 7° del libro) riguardano il diritto di famiglia in senso lato, il terzo (8° del libro) il diritto successorio, e l'ultimo (9° del libro) si riferisce a tutto il diritto patrimoniale.

Cominciamo dal diritto familiare.

Dei due capitoli ad esso dedicati, il secondo riguarda esclusivamente l'istituto del matrimonio, restando così assegnate al primo tutte le altre materie. Le quali sono quattro, e cioè, per ordine: un accenno all'ordinamento sociale preislamico del consorzio familiare; l'istituto della filiazione; un insieme di istituti erroneamente conglobati nel nome complessivo di « *tutela* »; ed infine la dottrina della schiavitù.

Dall'esposto quadro risulta chiaro, che non siamo affatto di fronte ad una esposizione nè sistematica nè comunque organica, ma a trattazioni staccate di singoli argomenti, senza coordinazione di sorta tra loro. E quello che vale circa la sequela degli argomenti, vale anche per il contenuto di ciascuno di essi. Il che evidentemente risponde ad un piano, anche perchè questa situazione di fatto è, non solo comune al capitolo 9° relativo al diritto patrimoniale, ma anzi notevolmente più grave in quest'ultimo, come vedremo. Ciò significa che l'A. non ha

inteso affatto di prospettare un quadro del diritto privato, sia pure schematico, e con le inevitabili lacune imposte dallo stato odierno della elaborazione scientifica del materiale; ma soltanto di dare delle notizie particolari su alcuni determinati argomenti scelti arbitrariamente. Ed il motivo forse risiede appunto in quel tale concetto fondamentale del libro, di cui dovremo occuparci. Qui era necessario di esporre il fatto, prescindendo per ora dal giudizio di merito. È chiaro poi che questo sistema porta, oltre tutto, per necessaria conseguenza, un doppio inconveniente, quello di ripetizioni inevitabili, e quello di scissioni dello stesso argomento in luoghi diversi.

22. — Passiamo così al primo capitolo di questa parte, ossia il sesto del libro, comprendente gli accennati argomenti diversi.

Il primo di questi riguarda la situazione sociale del gruppo familiare nell'antica Arabia preislamica, come origine dell'ordinamento musulmano.

Il problema fondamentale è quello che attiene alla eventuale precedenza, anche qui, di un regime di matriarcato a quello di patriarcato; ed esso presenta, nel nostro caso, tutte le difficoltà ed oscurità, che offre in genere per tutti gli altri popoli primitivi, e come problema di origini rispetto alla vita sociale. Non è davvero il caso di fermarvisi, tanto più che non ha alcuna decisiva importanza per l'intelligenza della dommatica di diritto musulmano: presumibilmente, è un problema irrisolvibile, posto nei termini come è posto, e mancano ad ogni modo dati sufficienti, come lo stesso A. riconosce. Egli ritiene probabile, che precedesse un certo regime di poliandria e di matriarcato, cui sarebbe poi succeduto il sistema del patriarcato, caratteristica fondamentale del quale apparirebbe l'istituto del matrimonio per compra, che costituisce anche il regime di diritto musulmano. Così anche il levirato, istituto connesso al concetto dell'acquisto della donna nell'orbita giuridica della famiglia del marito, e vigente nel mondo semitico ebraico, forse, secondo l'A., sarebbe stato anche di uso generale presso gli antichi arabi pagani. L'A. si diffonde a spiegare il valore giuridico di questo concetto di compra, che avrebbe dato l'impronta a tutto il diritto di famiglia arabo, ed il significato del prezzo, cui corrispondono le due designazioni, già in antico divenute sinonime, di *ṣadāq* e



*mahr*. Ma è facile osservare che questa stessa sinonimia dimostra che a noi sfugge la vera situazione nelle origini, dove non è concepibile una sinonimia terminologica. Infine l'A. ricollega a quest'ordinamento la speciale situazione, che hanno poi nel diritto musulmano i parenti maschi della linea maschile (i cosiddetti 'aşabāt), ed in proposito si riferisce alla designazione romana di *agnati* e *cognati*. Dobbiamo però notare a questo punto che il riferimento è erroneo. In diritto romano invero, questi due termini non rappresentano affatto due categorie di parenti, ma si riferiscono a due concetti del tutto diversi. Il termine *cognati* invero è designazione di parentela, ed abbraccia ogni sorta di parenti. Il termine *agnati* invece è espressione di organismo familiare (indipendentemente dalla eventuale parentela), e non contempla affatto una categoria speciale di parenti come tali (1).

Il secondo argomento trattato in questo capitolo è quello della filiazione.

Si parla dei figli legittimi, illegittimi ed adottivi. Il figlio si presume legittimo (*nasīb*) se è nato tra i termini di sei mesi e quattro anni dopo il matrimonio. A questa presunzione si riconnettono i due istituti del *li'ān* e dell'*ikrār*, con finalità opposte. Il primo è una sorta speciale di giuramento, con cui il padre può annullare l'efficacia della presunzione accennata; il secondo invece consiste nel valore, che si dà alla dichiarazione paterna di legittimità in caso di dubbio, od alla dichiarazione della stessa persona, del cui stato civile si disputa, sotto certe determinate condizioni. È notevole poi l'equiparazione che, in diritto musulmano, si fa dei figli legittimi con quelli che il padrone ha dalla propria schiava, che si chiama in questo caso schiava-madre (*ummu-walad*), ed acquista una situazione giuridica particolare, di cui l'A. tratta nel capitolo del matrimonio (2), del quale argomento noi abbiamo parlato sopra a proposito del passo riferito da AS-SCHIRĀZI.

(1) Cfr. BONFANTE, *Istituzioni*, 5 ed. p. 52 (§ 17) e p. 137 (§ 47).

(2) La condizione della *ummu-walad* è analoga a quella dello *statuliber* nel diritto romano, come vedemmo. Essa dovrebbe avere probabilmente una origine antica, dal primitivo diritto orientale, in connessione alle notizie che possediamo di diritto ebraico e babilonese, sopra simile funzione delle schiave nelle società dell'epoca biblica ed hammurabiana. È un argomento, che andrebbe studiato in connessione con quello generale della famiglia primitiva.

In ordine ai figli illegittimi, si nota come nessun rapporto giuridico esista tra essi e il padre, fino al punto da essere possibile il matrimonio, salvo il caso della cosiddetta *schubhah*, ossia di una *iusta causa erroris* circa la condizione giuridica. Invece, i rapporti con la madre non differiscono da quelli dei legittimi.

Quanto all'adozione, l'A. rammenta come la sua inefficacia giuridica, in dir. musulmano, contro alla situazione del preesistente diritto arabo, sia legata ad una disposizione positiva del Corano, che servì a MAOMETTO per coonestare il suo matrimonio con la moglie (*Zainab*) di un suo figlio adottivo (*Zaid ibn Hāritab*), da lui persuaso a ripudiarla.

23. — Il terzo argomento del 6° capitolo riguarda un complesso di istituti, che si riassumono nel testo col nome unico di « tutela »; ma qui ci occorre di ripetere ancora una volta la nostra osservazione sulla quasi costante improprietà della terminologia. Nel testo tedesco si usa « *Vormundschaft* », reso correttamente in italiano con « tutela », e conforme del resto all'uso generale europeo: ma ciò non toglie, che questo uso sia erratissimo e serva solo a crescere le confusioni. Questo nome infatti sarebbe comune a vari istituti giuridici che, dal punto di vista concettuale, sono di natura del tutto distinta l'uno dall'altro. Esso cioè comprende, per parlare con termini romanistici, le seguenti cose: una sorta di vera e propria tutela degli impuberi; un istituto analogo alla *tutela mulierum*; una specie di *cura minorum*; un istituto analogo alla *cura furiosi*, estesa a molte altre categorie di persone, in base a principi caratteristici dell'Islam; ed infine un istituto particolare del diritto musulmano, che è una curatela fisico-morale della madre sui piccoli, detta *hadānah*. Se si dicesse che nei libri arabi, anche i più pregiati, vi è una esposizione ordinata di questa materia, od anche solo una chiara coscienza della sua complessità, si direbbe cosa non vera; mentre è più conforme al vero il dire, che gli ottimi giureconsulti arabi sono anche qui, come spesso del resto, maestri di confusionismo. Ma questa non costituisce una buona ragione, per perpetuare il confusionismo anche nella ricerca scientifica su quel materiale confuso. La esigenza è invece naturalmente l'opposta.

Per tutti i casi elencati, si trovano usate due parole con si-

gnificato generico, meno la *ḥaḍānah* che ha il suo nome proprio. Questi due termini sono, l'uno « *wilājat* », e l'altro « *ḥaḍjr* »; ma nessuno dei due può tradursi col romano « *tutela* ». Il primo infatti esprime in genere un concetto vago di dirigere, governare da un lato, e dall'altro di aver cura; in modo che piuttosto si avvicina alla romana *cura* che alla *tutela*, ed infatti ricomprende tutto il campo della cura e lo sorpassa. L'altro accenna al concetto di incapacità e di limitazione, nell'esplicazione della personalità giuridica, ma anche qui in maniera molto vaga, sì da esprimere ora la vera incapacità giuridica, ed ora la incapacità ad agire, e variamente; per cui sarebbe equivoca così la traduzione per « *incapacità* », come qualunque altra che si fraesse dalla nostra terminologia; assurde poi sono le due traduzioni usate, di « *interdiction* » dal ZEYS, e di « *Vermögens-sequestration* » dal SACHAU, nei rispettivi trattati di cui abbiamo fatto menzione. Anche qui rifulge la verità del nostro principio, e cioè: *i termini tecnici non si traducono*.

Un'altra importante osservazione, riguardante la proprietà del linguaggio in questa materia, si riferisce alla designazione di « *minore* » (ted. *minderjaehrig*), che si usa nel libro, per indicare il soggetto al « *ḥaḍjr* », mentre in verità si sarebbe meglio detto « *impubere* ». Infatti, nel diritto musulmano, il limite normale dell'assoggettamento è dato dal sopravvenire della pubertà, e, nei casi in cui l'assoggettamento continua oltre quel limite, si rientra nell'orbita della cura dei pazzi o dei deficienti e simili, indipendente cioè dall'età.

Nessun riferimento dunque può farsi alla « *minor aetas* » dei Romani; chè anzi sarebbe un grossolano errore. Nè è il caso di riferirsi alla « *minore età* » del nostro diritto moderno europeo; poichè è bensì vero che noi abbiamo soppresso la divisione romana della « *impubertas* » e della « *minor aetas* », ma per riassorbire la prima nella seconda, mentre nel diritto musulmano si avrebbe il fenomeno inverso; dunque si tratta di impubertà, non già di età minore. Capisco che, se si vuole, si può dire anche questa « *minore età* », però in un linguaggio molto, ma molto volgare, e non in linguaggio scientifico. Tutto ciò ripetiamo ancora una volta, per mostrare come la correttezza terminologica sia assolutamente bandita in questo campo; perchè, intendiamoci, questo linguaggio è comune a tutti gli scritti

tori europei. Del resto, per quanto attiene al caso particolare, che il nostro concetto sia esatto risulta anche da un argomento filologico. In arabo si designa la condizione di chi esce da questo assoggettamento col nome di *al-bāligh*, dalla radice *ba-lagha*, che esprime l'idea di perfezione, compiutezza, nel senso fisico; si dice p. es. dei frutti, per indicare che hanno raggiunto la maturità.

Occorre dunque un pò più di esattezza e di ordine nella esposizione.

Ciò osservato, passiamo a dare brevi cenni dei singoli istituti, il che faremo in conformità di criteri nostri, di stretto carattere scientifico, senza rispettare fedelmente l'ordine del testo, per la migliore intelligenza del lettore.

La tutela degli impuberi più propriamente corrisponde alla cosiddetta *wilājat-almāl*, indicandosi con *māl* il patrimonio: si mette in rilievo il lato economico della cosa, in conformità della evoluzione subita, nel diritto bizantino, dall'istituto romano già nell'epoca giustiniana, e sempre più dopo, come è noto a tutti i romanisti. È notevole come ritroviamo anche qui la triplice forma romana di nomina del tutore, e cioè: *testamentario* (*waṣī*), *legittimo*, e *dativo*, cioè concesso dall'autorità (*ḥākim*). La derivazione dal diritto bizantino è trasparente.

Qui si innesta un istituto analogo alla *cura minorum*. Il raggiungimento della pubertà infatti, che deve essere provato (la presunzione semplice è a 15 anni, ma l'effettiva prova prima dei 9 anni non giova), non libera dalla tutela che in concorrenza di un requisito parallelo, quello cioè della attitudine a trattare i propri affari, ciò che si dice essere *raschīd*.

In mancanza di quest'ultima qualità, il giovane è trattato come insufficiente, e cade nello stato di cura, cui è sottoposta questa categoria di persone, insieme ad altre analoghe.

Qui è chiara la trasformazione della *tutela impuberum* nella *cura minorum*; tanto è vero che, secondo alcuni dottori, questa cura cessava in ogni caso col raggiungimento del 25° anno, proprio come la *cura minorum* dunque.

Accanto a codesta tutela patrimoniale (nel senso del *nouveau regime* del diritto romano), vi sono poi due altri istituti di diritto islamitico, i quali riguardano il lato sociale e, direi, naturale del rapporto.



Il primo è la cosiddetta *wilājat-al-nikāh*, con cui si designa il compito di una specie di *curator matrimoni causa*, il quale provvede appunto a collocare in matrimonio le donne, e, per gli uomini, durante l'età pupillare. Quest'istituto adunque, com'è chiaro, rispecchia forse un lato dell'arcaica *tutela mulierum*, e si connette probabilmente a quel consenso del curatore nel matrimonio delle minori, che studi recenti hanno messo in rilievo pel nuovo diritto romano orientale.

Il secondo istituto è la menzionata *hadānah*, che rappresenta il diritto e l'obbligo della madre, di provvedere all'assistenza dei figli impuberi, ed esprime appunto nel nome il concetto di protezione: questo speciale contenuto della *hadānah* ed il suo collegamento alla madre, la quale non ha altro rilievo giuridico nel diritto musulmano, costituiscono insieme un fenomeno di profondo valore umano e tutto speciale al nostro diritto, che deve probabilmente averlo derivato dalla arcaica fonte del primitivo diritto asiatico. Sarebbe molto interessante, ma forse di insuperabile difficoltà oggi, una ricerca di questo genere; anch'essa è collegata a quel tale tema della famiglia primitiva, cui abbiamo più di una volta accennato.

Resta infine la *wilājat* avente per oggetto una serie di categorie di persone, che corrisponde all'originaria *cura* del diritto romano, applicata non soltanto ai furiosi ed ai prodighi, ma anche a stati ritenuti analoghi. Essa comprende dunque: l'alienato (*madjnūn*); lo stolto e il prodigo, che hanno in dir. musulmano denominazioni che si scambiano (*safīh* e *mubadhdhir*, cui si ricollega evidentemente il nostro « pazzo »); l'insolvente (*muftis*, che richiama il nostro « fallito »); l'apostata dall'islamismo (*mutadd*), ed altri. È qui da notare, per rendersi conto della speciale mentalità dei giuristi musulmani, come essi riconnettano, per attrazione, a quest'argomento, e sotto questa categoria, materie del tutto diverse, ma collegate soltanto *extrinsecus*, per il fatto che vi è un impedimento particolare a disporre di un determinato oggetto in determinate circostanze. E così, vi si tratta dell'incapacità collegata allo stato di grave infermità, di compiere atti di disposizione tali, che possano ledere la quota indisponibile del patrimonio, che nel dir. musulmano è di due terzi. Vi si tratta egualmente della incapacità del debitore pignoratizio, a disporre della cosa data in pegno; e simili. Vi si arriva anche a ricollegare l'incapacità giuridica degli schiavi!

Come si vede, non è la confusione che manca; e purtroppo essa è tale, da costituire il difetto più grave e pesante, per arrivare a riconoscere le fila del sistema del diritto islamitico.

24. — Resta a parlare dell'ultimo argomento di questo capitolo, e cioè quello della schiavitù. L'A. espone succintamente le norme principali in proposito. Anzitutto, della origine, per prigionia in guerra contro gli infedeli, o per nascita da madre schiava. Accenna quindi alla importanza dell'istituto nel mondo musulmano, e allo stato odierno di esso, non senza rilevare, come la condizione degli schiavi sia molto più tollerabile di quello che si creda. Si passa in seguito ad esporre il contenuto giuridico di questo stato, che, teoricamente, come nel diritto romano, fa del servo (*'abd* il maschio, *amah* la femina) una proprietà del suo padrone (*sajjid*), il quale può disporre come di ogni altro oggetto di dominio (a proposito della correttezza del linguaggio giuridico, si parla nel testo di: « alienare per testamento-durch Testament veräußern »; che cosa significa ciò?), ma con tutte le limitazioni di carattere etico, sociale ed umanitario che già, sotto la pressione cristiana, si affacciano nella storia del diritto romano. Così p. e. troviamo riprodotto il principio della inseparabilità, nella vendita, della madre dal figlio, nel modo il più rigoroso. Come pure in diritto romano, vige qui la norma che *servus domino acquirit*: e l'analogia arriva fino alle recezioni dell'istituto della *praepositio*, per cui il preposto (*ma'dhūn lahu*) fa sorgere la responsabilità del *dominus* nei limiti dell'ammontare del peculio. In questo ultimo punto però il testo non è troppo chiaro, e non lo sono molto di più gli autori arabi: la oscurità nell'argomento è la miglior prova della recezione di un istituto, come quello del peculio, che si era tanto deformato nel diritto romano orientale, e col quale si trovava in istretto contatto il crescendo della *abscondita* personalità servile, che nel diritto musulmano ha fatto ancora un passo più avanti del diritto bizantino. Di qui l'origine di tutte le dubbiezze intorno alla vera costruzione giuridica della capacità dello schiavo: è uno dei punti che meriterebbe essere, non dico approfondito, ma studiato un po' sul serio, nel diritto islamitico. Io ho l'impressione che il concetto stesso della schiavitù sia sostanzialmente mutato, venendo a costituire una forma diversa

di *status personae*; ma qui non mi è possibile di trattenermi sull'argomento, di cui spero avere occasione di occuparmi altrove.

L'ultimo oggetto, in ordine alla schiavitù, riguarda l'istituto della manumissione (*'atq*), che in diritto musulmano è negozio completamente amorfo; basta una manifestazione qualsiasi della volontà, anche implicita od indiretta; le relative dispute dei giureconsulti arabi sono soltanto di carattere scolastico circa l'interpretazione della volontà; il principio è la legittima conseguenza dell'evoluzione compiutasi entro la storia del diritto romano. Qui si ricollegano, nell'ordine di idee accennato, i casi di liberazione legale, come quello dell'acquisto di un prossimo parente; ed a questo punto si innesta anche una dottrina abbastanza complicata, che ricorda in parte quella della *statulibertas* (deformata dalla contaminazione di principi nuovi), di cui un caso tipico è costituito dall'istituto più volte ricordato della « *ummu-walad* ». Accanto ai modi liberi e normali di manumissioni, vi sono poi i due casi speciali del *tadbir* e della *kitābah*. Il primo consiste nella liberazione per dopo la morte, ossia corrisponde in sostanza alla *manumissio testamento*, per modo che lo schiavo così liberato (*mudabbar*) equivale presso a poco al *servus orcinus*. La seconda costituisce invece un negozio veramente caratteristico, e che illumina assai bene quel nuovo concetto giuridico della schiavitù, in diritto musulmano, cui io poco fa alludevo. Si tratta di un vero e proprio contratto di affrancazione, tra padrone e servo, in cui lo schiavo compra la propria libertà mercè un prezzo determinato, da pagarsi in varie rate (giammai in unica soluzione): *medio tempore* (ed un *medium tempus* è dunque essenziale) lo schiavo resta bensì tale, ma acquista a sè stesso, ed il padrone non può più alienarlo. L'istituto si riconnette certamente a quello del riscatto col peculio, nella forma di un diritto azionato verso la promessa del padrone, come ci si presenta nell'epoca imperiale; ma di esso costituisce qualcosa di più che l'ultimo grado di una evoluzione, bensì addirittura l'indice di una crisi del concetto di schiavitù; e non soltanto nel diritto musulmano, ma anche nel diritto orientale cristiano, p. e. in quello siriano. Al quale modo di vedere io collego un altro principio di diritto musulmano, relativo alla manumissione, nel caso di condominio. Anche qui il diritto mu-

sulmano ha assorbito dal diritto giustineo lo spirito della celebre costituzione un. Cod. VII. 7 *de comuni servo manumisso* dell'imperatore Giustiniano, ove in sostanza si stabilisce il diritto assoluto, da parte del condomino manumittente, all'espropriazione delle quote dei consoci, con la conseguente libertà del servo, sviluppando il germe di questa dottrina già contenuto nel diritto classico, ed abolendo ogni vestigio di *ius ad crescendi*. Però, il diritto musulmano presenta una dottrina più complessa, nel senso che proporziona la libertà del manomesso alla capacità patrimoniale di riscatto in persona del manumittente, con l'ultimo risultato di arrivare a concepire anche una liberazione pro-quota. Ed è qui che si appalesa, nel modo il più chiaro, il contatto della dottrina della manumissione con la crisi del concetto di schiavitù. Io costruisco questo originale domma, nel senso di considerare il manomesso come sostituito al diritto di condominio del manumittente, e quindi, per un verso, soggetto, e per l'altro, oggetto del dominio: è in sostanza l'ultima paradossale espressione dell'antitesi, inerente alla concezione del servo come implicante potenzialmente una persona, che si concreta nell'assurda coesistenza della schiavitù con la libertà. Ma l'assurdo è più in apparenza che in realtà, più nella espressione che nella sostanza, perchè, scendendo al fondo dell'analisi, in definitivo ne risulta un vero stato di libertà, qualificato da una maniera tutta speciale di limitazione. È molto probabile poi che questa concezione si colleghi ad una sfera giuridica assai larga di diritto orientale, come già ne abbiamo alcuni indizi (1).

(1) Alludiamo qui all'importante luogo del trattato giuridico persiano dell'VIII secolo, del metropolita IESUBOCHT, di cui il SACHAU ha edito una versione siriana (*Syrische Rechtsbücher*, III), dal titolo: « *maktbonātō d'al dīna* ». Il passo è quello al libro 5° capo 13 §§ 6 e 7, già rilevato dal ROTONDI, in appendice alla sua acuta nota: « *La derelictio servi* (nei « Rendiconti dell'Ist. Lombardo di scienze e lettere », vol. 48, fasc. 14-15 del 1915).

Il luogo non è completamente chiaro, nè del tutto felice è la annessa traduzione tedesca del SACHAU; ma, in definitivo, da esso risulta il concorso di un doppio regime in Oriente, quello del sistema giustiniano della espropriazione, e quello della compartecipazione dello schiavo al condominio di sè stesso. Il ROTONDI ha intuito, nello studio ora citato, in base a questo secondo regime, la crisi del concetto di schiavitù, pur non avendo i dati per ricollegarla ad un sistema; e trova singolare la notizia del § 7, che in alcuni paesi vigesse un sistema analogo al giustiniano.



Ma in questo luogo non è possibile addentrarsi di più nella sottile indagine: abbiamo voluto però accennarvi, per fornire un'altra prova della necessità di studiare con criteri tecnici questo elegante e difficile argomento del diritto islamitico. Un ultimo punto relativo alla manumissione è quello del *patronato* (*walā'*), che esiste in dir. musulmano analogamente al dir. romano.

meo. Orbene, ecco qui il diritto musulmano che spiega tutto: in esso noi troviamo giustaposti i due regimi, e, più ancora, il tentativo della coordinazione di ambedue, in una costruzione dottrinale unitaria. Ora, se si tiene presente che all'VIII secolo in Persia vigevo il diritto musulmano per i musulmani; e (come dimostra la letteratura siriana pubblicata dal SACHAU) un diritto cristiano, che è sostanzialmente quello del libro di diritto siro-romano, ricollegantesi al bizantino ed insieme a principi originari locali, per i cristiani; ne segue chiaro il senso della ingenua e un po' misteriosa dichiarazione di LESUBOCHT. Il proseguire della tradizione giustiniana, nelle provincie bizantine, è attestato poi nel *Prochiro*, 34, 9 sgg., e financo in ARMENOPULO, I, 18, 14 sg. Non intendo qui sviluppare l'argomento, cui anche in altro luogo ho per *accidens* fatto accenno (Cfr. il mio scritto: " *Gli studi dei diritti orientali mediterranei* ", negli " *Atti della Soc. It. per il progresso delle Scienze* ", VIII riunione, Roma, 1916, a p. 19 dell'estratto); ho solo voluto mostrare un esempio del collegamento intrinseco delle ricerche storiche, nel campo del diritto romano ed in quello del diritto orientale; in sostanza non sono due campi, ma un campo solo.

Qui infatti il diritto musulmano illumina insieme il diritto romano ed il persiano, ed è da essi illuminato. In particolare, circa il tema della *derelictio servi* e della spiegazione che il ROTONDI ne dà pel diritto delle *Novelle*, il motivo della dottrina da lui enunciata verrebbe a coincidere con il progetto di costruzione, che io propongo per l'istituto di diritto islamitico; or ecco un caso elegante di incontro degli studi di dir. romano e di dir. musulmano.

Avevo già scritto tutto ciò da tempo, quando il ROTONDI ha pubblicato un nuovo studio, proprio sulla manumissione parziale del servo: " *La Cost. I. C. Iust. 7. 7* ", (nei " *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di scienze e Lettere* ", vol. L. fasc. 6-7, adunanza 1. marzo 917), dove l'egregio A. allarga ottimamente il campo delle ricerche, specie nel diritto talmudico, conforme al sistema di studi da me tracciato. Il lavoro del ROTONDI è bene impostato e condotto, e sono lieto della sua adesione al mio indirizzo, mentre lo ringrazio delle cortesi parole che ha per me. Sull'argomento speciale, mi propongo di ritornare. Ma tengo a richiamare l'attenzione dei colleghi sulla interferenza di questi campi di ricerche, nell'ambito di quella tesi fondamentale, per la quale non mi stanco di invocare l'attenzione e l'opera dei giuristi.

Anche qui il patrono (*maulā*) ha dei diritti relativi alla successione ed alla tutela.

E con ciò abbiamo finito di esporre il contenuto del capitolo sesto del libro, il quale capo, come è dunque chiaro, non costituisce una unità organica, ma contiene la trattazione staccata di varie materie relative al diritto familiare, senza alcun nesso tra di loro, e senza mirare ad un determinato quadro di esposizione.

## VIII.

### Diritto matrimoniale.

25. — Nel settimo capo del trattato si espone la dottrina dell'istituto del matrimonio; parlando, successivamente, degli elementi, degli impedimenti, del regime tra coniugi, dello scioglimento, dell'unione degli schiavi. Si comincia con illustrare alcuni concetti generali, specialmente relativi agli elementi costitutivi del negozio. Il più caratteristico tra essi è quello della *wilājat al nikāh*, di cui abbiamo già fatto cenno sopra. La sposa non interviene nel contratto che per l'intermedia persona del suo *wālī*, che la rappresenta. L'A. espone in proposito le condizioni richieste per assumere quest'ufficio, e l'ordine legale degli aventi diritti ad esercitarlo, che si ricollega con l'ordinamento familiare degli *'aṣabāt*. Oltre la *wilājat*, vi è un altro istituto particolare, quello del *mahr* o *ṣadāq*, che rappresenta il prezzo della compra della donna, o, per meglio dire, l'equivalente dell'uso di essa, che il matrimonio assicura al marito.

Poichè il contratto di matrimonio (*'akd al nikāh*) rientra, secondo il sistema musulmano, nel generale negozio di *bai'*, cioè lo *scambio di valori equivalenti*. Ciò è in corrispondenza della brutale concezione, che il diritto islamitico ha della donna, come femina, nel senso più semplicistico e ributtante della parola: e questo concetto viene fuori ad ogni passo. In tutte le contingenze, in cui il diritto ha occasione di occuparsi della donna, subito si pone il quesito dell'uso di essa come mezzo di soddisfazione dei sensi, al punto che la lettura dei libri giuridici arabi sopra questo punto riesce talora addirittura nauseante. Ed una quantità di istituti giuridici si riconnettono a questo punto di vi-

sta, il quale fa capolino financo in certe prescrizioni riguardanti la preghiera! Restando nel nostro argomento, una considerazione di questo genere si trova anche nelle norme relative all'ammontare del cosiddetto *mahr-al-mithl*, cioè « corrispondente al valore », in cui si tien conto della bellezza, dell'età e simili circostanze. Il caso più tipico è poi quello della *mut'ah*, ossia un matrimonio *ad tempus*, diciamo così, non diretto già alla costituzione di una famiglia, ma semplicemente ad assicurarsi l'uso di una femina, per un certo periodo di tempo.

Il contratto di matrimonio adunque consiste nell'acquisto dell'uso di questa femina contro un equivalente, che in origine andava al *walī* e non alla donna. Questo contratto non ha forme giuridiche determinate, salvo la presenza di testimoni, ma soltanto cerimonie di uso sociale, variabili secondo i luoghi.

Esposti gli elementi, l'A. tratta degli *impedimenti*, la cui teorica, nei suoi principi ed all'ingrosso, corrisponde a quella del nostro diritto intermedio, salvo però un punto fondamentale, che riconduce bruscamente al concetto ultra-materialistico. E cioè, il diritto musulmano non conosce l'impedimento dell'età! Gli impedimenti attengono invece: alla stretta parentela (è questo uno dei meriti di MAOMETTO, di avere vietato cioè l'incesto, che pure in Oriente aveva tradizioni tanto profonde), con la particolarità che si considera anche la cosiddetta *parentela di latte* (*radā'*) derivante dal baliatico; al vincolo di altro matrimonio, ma per l'uomo solo oltre quattro mogli, che è il limite legale della poligamia; alla condizione sociale; alla diversità di religione; allo stato di *'iddah*, cioè il tempo di attesa, soprattutto per la eventuale *turbatio sanguinis*; ed altri minori. Di ciascuno, nel libro, si danno le illustrazioni opportune.

Segue la trattazione del regime coniugale, ossia dei rapporti tra coniugi durante il matrimonio. E si parla, successivamente, della separazione assoluta dei beni, dal punto di vista patrimoniale; dell'obbligo del marito al mantenimento della moglie (*nafaḥah*), secondo la condizione sociale; del *debitum coniugale*, ripartito nel modo più... musulmano, in caso di poligamia; del divieto del cosiddetto *voto di astinenza* (*ilā'* e *zihar*), che costituiva in antico un mezzo di angherie verso la moglie; del cosiddetto *talīk*, che sarebbe un ripudio (*ṭalāk*) condizionato, emesso all'atto della contrattazione del matrimonio, il quale espediente

serve principalmente a modificare per convenzione i rapporti tra coniugi, deducendo appunto *in condicionem repudii* la violazione del convenuto trattamento; ed infine della *mut'ah* o matrimonio a tempo, di cui abbiamo fatto cenno sopra.

L'A. passa quindi all'argomento dello scioglimento, che è, oltre il caso della morte, triplice, o cioè da parte del marito (*ṭalāk*) o della moglie (*chul'*), o dell'autorità (*fas'ch*).

Il primo è il ripudio; ed in proposito è da rilevare la possibilità, da parte del marito ripudiante, di risposare la ripudiata entro un certo periodo di tempo, ma questo fino a tre volte. Questo principio del triplice ripudio sarebbe stato poi esteso, a sua volta, ad un triplice periodo di tre ripudi ciascuno ( $3 \times 3 = 9$ ), in questo modo caratteristico. Poichè dopo il triplice ripudio, che scioglieva ogni legame tra gli ex-coniugi, un nuovo matrimonio tra essi era ancora possibile, ma solo nel caso che la ripudiata avesse conchiuso *medio tempore* un diverso matrimonio, con conseguente ripudio da parte del nuovo marito (quasi una sorta di *specificazione*, si direbbe, applicando non erroneamente un concetto romano, dato il materialistico punto di vista islamitico); si soleva, per eludere la legge del triplice ripudio, trovare un marito di comodo (*dicis causa*, avrebbero detto i giuriconsulti romani, od anche meglio *matrimoni contrahendi causa*, in analogia alla terminologia usata da essi pei tutori fittizi), il quale si prestasse a far riaprire la serie di tre. Orbene, questo gioco era permesso solo due volte, per modo che, dopo tre periodi di tre ripudi, il matrimonio veniva ad essere definitivamente sciolto (1).

Il *chul'* è invece il riscatto che la donna fa di sè stessa dalla

(1) Nel testo si è ricollegato il *ṭalāk* alla manomissione. In verità, il riaccostamento non è giusto, ma non vogliamo qui entrare nella disputa.

Piuttosto invece, eleviamo uno dei tanti suggestivi punti di interrogazione, che lo studio di questi diritti orientali fa affacciare alla mente del romanista.

Che questo concetto, del funzionamento e del valore del triplice ripudio, si ricolleghi a qualche istituto primitivo dell'originario diritto orientale? Forse, l'inesauribile fonte babilonese? E fino a che punto può stare in colleganza con l'arcaico oscuro principio del triplice abbandono della patria potestà, che appare nel diritto delle dodici tavole, e su cui si fonda il meccanismo della emancipazione? Pongo dei problemi, non altro; ma problemi sono, e seri.



potestà del marito, con la restituzione a lui del *mahr*, una vera e propria revoca del *bai'* matrimoniale.

Il *fas'ch* è invece una risoluzione del contratto di matrimonio, in base a determinate cause speciali, che in sostanza si ricollegano al concetto di inesecuzione del contratto; erroneamente nel testo si riconducono invece alla analogia della dottrina dei vizi occulti (1).

L'ultimo argomento infine, che è trattato in questo capo, è quello delle unioni coniugali tra servi. Costituisce questo uno dei casi di separazione dello stesso argomento in luoghi diversi, del quale difetto abbiamo discusso parlando dell'ordine della trattazione nel testo. Meglio sarebbe stato trattarne in occasione dell'argomento generale della schiavitù, svolto, come abbiamo visto, nel precedente capitolo del libro. Qui si accenna all'analogia delle unioni tra servi col matrimonio, intervenendo il consenso del padrone; al *mahr* anche tra essi; al *talāk*, con riduzione a due, in luogo di tre, per l'effetto definitivo; ed in ultimo si parla dell'istituto dell'*ummu-walad*.

#### IV.

#### Eredità.

26. — Nel capitolo ottavo del trattato, si espone il diritto successorio. È questa la parte del diritto musulmano, dove la mancanza di assoggettamento della materia a criteri sistematici e tecnici, ed in sua vece l'abbandono al più casuistico empirismo immaginabile, ha fatto sì che l'argomento costituisca forse il caso più tipico di confusionismo in tutto il campo giuridico. A questo bel risultato hanno contribuito efficacemente in verità le contingenze storiche, in cui il diritto ereditario si è svolto nella società musulmana, le quali hanno preparato il terreno più propizio per lo sviluppo rigoglioso della mala pianta della casisti-

(1) Veramente, alla dottrina dei vizi occulti si potrebbero ricondurre, se si sta alle trattazioni dei giuristi arabi. Questi però hanno fatto le solite confusioni, a proposito di questa teoria dei vizi occulti, attraendovi argomenti del tutto estranei, secondo il loro costume.

Ma di ciò non è il caso qui parlare: me ne occupo nel libro sui lineamenti generali del diritto musulmano, in corso di preparazione.

ca, che costituisce il lato più debole dei giuristi islamitici. Sarà quindi bene far precedere qualche nozione, che serva ad orientare il lettore in questo argomento così confuso.

Invero, i fattori storici di questo sistema giuridico sono tre; e cioè, un fondo di tradizioni preislamiche, di origine ancora oscura; alcune disposizioni sporadiche, relative a casi singoli, contenute nel Corano, *supplendi vel corrigendi causa* le tradizioni suddette; ed infine, un incerto regolamento testamentario, che è molto probalmente una recezione, mal compresa e peggio assimilata, dei principi romani. Ora, la giurisprudenza musulmana si è sforzata inutilmente di ridurre a sistema organico questo triplice elemento. Per quanto attiene alla materia testamentaria, questa è rimasta staccata dalla vera teoria dell'eredità, come vedremo, concependosi le disposizioni volontarie come una detrazione dall'asse ereditario, ma non senza incertezze e contraddizioni. Si è invece cercato di fondere i principi tradizionali preislamitici della successione *ex lege* coi precetti Coranici particolari; ma, data la natura generale dei primi e quella sporadica dei secondi, i giuristi non vi riuscirono, non ostante una abbondantissima elaborazione, fino al punto di parlare di una scienza a sè, costituita dalla materia ereditaria, ed aver messo in giro il detto, che il diritto successorio rappresenta la metà di tutta la scienza del diritto! Il solo concetto organico, che ne cavarono, fu quello di costituire due categorie di eredi; e cioè, da un lato, alcuni aventi diritto a quota fissa (*fard*), che sono i casi Coranici, e corrispondono concettualmente, in qualche modo, nel senso dell'ultimo diritto, alla dottrina della *portio legitima* del diritto bizantino; e dall'altro lato, gli eredi nel senso del diritto romano bizantino, in regime di beneficio di inventario, vale a dire successori nella totalità dell'attivo patrimoniale. Tutto questo però si trova nella dottrina in modo inconscio e confuso, non risulta affatto dai libri arabi, nè è così esposto in quelli europei, compreso il testo di cui ci occupiamo nel presente scritto; ma così è. Si tratta, come si vede, di elementi storici fluttuanti, cui è mancata la organizzazione a sistema; una situazione, che ha qualche punto di raffronto con due successive, prodottesi nella storia del diritto romano; quella in dir. classico, della giustaposizione tra *hereditas* e *bonorum possessio*; e quella in diritto postclassico, al

sopravvenire della legislazione imperiale, preludente all'assetto Giustiniano delle Novelle.

27. — Ciò detto, passiamo a dar conto della esposizione contenuta nel libro. Essa può dividersi in tre parti; di cui la prima presenta alcune nozioni generali; la seconda riguarda la dottrina della vera eredità (*ex lege*); e l'ultima parte tratta del testamento.

In questo capo del nostro scritto parleremo delle due prime; dedicando alla terza il capo seguente.

Nella prima parte, si fa appena un cenno del diritto preislamico, per mettere in rilievo le novità introdotte dal Profeta nel Corano, come abbiamo già detto; specialmente quella di prendere in considerazione le donne, che forse in antico erano escluse. In verità, quest'argomento degli elementi preislamitici del diritto ereditario musulmano, elementi poi che ne costituiscono sempre la parte sostanziale, e dottrinalmente rappresentano il vero sistema, è ancora da studiare; ed è strano che si releghi, nei trattati, al secondo posto, dando troppa importanza alle magre disposizioni Coraniche, ed ai rompicapo dei vari casi di concorso, seguendo in ciò l'uso degli scrittori arabi. Ma per costoro si intende: essi fanno opera di illustrazione teologica del Corano, e di casistica empirica nella pratica; di scienza e di storia non si preoccupano, e non si intendono. Ciò significa appunto che, se si vuol fare opera scientifica da noi, bisogna seguire altra via. La quale adunque è completamente da esplorare. Come ho sopra accennato, evidentemente bisogna ricollegarsi al diritto bizantino, e forse ad elementi orientali antichi.

Dopo questo cenno delle origini, l'A. passa ad illustrare quelli che chiama principi generali. Il primo messo in rilievo è quello della mancanza, in dir. musulmano, del concetto della confusione ereditaria, nel senso romanistico, mente vige la norma della separazione dei due patrimoni, dell'erede e del defunto, e l'eredità è concepita come l'acquisto, da parte dell'erede, del patrimonio del defunto, inteso nel senso di un liquido attivo, vale a dire detratti i debiti, le spese dei funerali, e certe obbligazioni di carattere religioso (1). In seguito, si parla del requi-

(1) A proposito della osservazione, da noi ripetutamente fatta, in ordine alla necessità di adottare, anche pel diritto musulmano, un linguaggio giuridico corretto, e di ordinare la materia intorno a concetti scien-

sito della sopravvivenza dell'erede, con relativo accenno alle teoriche dell'assenza, del nascituro e dell'indegnità. Infine, si enumerano le varie categorie dei chiamati alla successione *ex lege*, e cioè: i parenti secondo l'antico diritto ereditario (*ʿaṣabāt*), che dicemmo già essere erroneamente identificati con gli agnati; gli

tifici, abbandonando una volta per sempre l'empirismo fin ora dominante, e l'imitazione cieca del confusionismo arabo, ci preme di richiamare l'attenzione su una nota, che nel testo si riferisce a questo punto, sempre riconfermando tuttavia, che le critiche che noi facciamo vogliono essere dirette, più che altro, al sistema pur troppo prevalente, ed anzi generale nella trattazione del diritto islamitico. È la nota n. 2 a p. 154 della traduzione, che suona così: "In conseguenza di questa concezione, del tutto diversa, del carattere giuridico della successione, nel diritto islamico non vi è alcun posto per una dottrina speciale in ordine alla rinuncia dell'eredità, ai vari modi di adire l'eredità, alla cosiddetta *saisine*, secondo cui l'eredità di diritto passa agli eredi, etc. ».

Cominciamo col dichiarare che la traduzione è esatta; e quindi i rilievi toccano il contenuto del testo. Orbene, noi crediamo che qualunque giurista, il quale legga questo periodo, resterà sorpreso di non capirci nulla, e di non sapere più che pensare di questo misterioso diritto, che pare metta ogni momento a dura prova la logica ed il comune senso giuridico. Si tenga presente che questa, così detta concezione del tutto diversa, non è poi altro, come ho spiegato qui sopra nel mio scritto, che qualcosa di analogo al concetto bizantino e nostro, della eredità patrimoniale con beneficio di inventario. E, ciò posto, come possono derivarsene le conseguenze tanto strane di cui alla nota? Anzitutto, che cosa significa quell'eccezione, che si trova proprio nella nota, e che dà ad essa una portata tanto ampia, da riuscire davvero un enigma? Ma fermiamoci alle indicazioni espresse, che sono da sole pur tanto gravi.

Ora, proprio nel trattato in esame (p. 163 e 164 della traduzione) è giustamente ricordata la necessità dell'accettazione (*ḥabūl*) per le disposizioni testamentarie. È vero bensì che queste si equiparano ai legati, ma bisogna intendersi sul senso di questa equiparazione.

Può aversi anche la forma del romano *legatum partitionis*, e può arrivare la disposizione fino al punto, di contenere una designazione diretta a far trattare il beneficiario nel testamento come un erede *ex lege* (Zevs, l. c. II. p. 219); ed è chiaro che, una volta esclusa la successione nel passivo, e fissato il puro carattere patrimoniale dell'eredità, questa forma di attribuzione non differisce sostanzialmente dalla vera successione. È la stessa situazione concettuale, che si riproduce in diritto moderno europeo; con questo di più, pel diritto musulmano, che qui vi è sempre la separazione patrimoniale, mentre presso di noi esiste solo un eventuale beneficio di inventario.

Nè potrebbe avere importanza in proposito il rilievo, che del resto non è fatto da alcuno, del non essere usato il nome di erede (*wārith*) per indi-



aventi diritto a quella che possiamo chiamare la porzione coranica (*farḍ*); il tesoro dello Stato (*bait al māl*); ed infine altri parenti al di fuori della cerchia degli 'asabat (i cosiddetti *dhawu'l-arḥām*), i quali, secondo alcuni, vengono come per una specie di diritto di rappresentanza, per l'intermedia persona di un erede dell'una o dell'altra categoria indicata, da cui eventualmente si abbia causa, e, secondo altri, sono direttamente chiamati, con applicazione anche qui del principio che il più prossimo esclude il più lontano (Cfr. SACHAU, l. c. p. 224 sg.).

La seconda parte abbraccia la dottrina della successione *ex lege*, in occasione della quale soltanto si usano le designazioni di erede (*wārith*), di eredità (*wirāth*, *mīrāth*) e della trasmissione per eredità (*tawārath*) (1). Si tratta prima degli 'asabāt, di cui

il beneficiario nel testamento. Ciò attiene ad un altro ordine di ricerche storiche, che non è neanche sospettato nella dottrina corrente di diritto musulmano, e di cui parleremo appresso come importante problema da affrontare; ma nulla ha da vedere con la presente disputa, non avendo il concetto ed il termine di *wārith* quel valore formale e sostanziale, che nel diritto romano ne formano una categoria a sè, trascendente il puro campo patrimoniale.

Almeno dunque per le disposizioni testamentarie, vi è una precisa dottrina dell'accettazione e, quel che più monta, identica a quella dei negozi *inter vivos*, il cui schema, nel diritto islamitico, è racchiuso nei termini di un'offerta (*idiab*) e appunto di una accettazione (*ḵabāl*): si tratta dunque di uno schematismo del negozio giuridico patrimoniale, di carattere generale.

Ma vi è da fare una osservazione, ancora molto più grave ed importante nel nostro caso. Qualunque sia l'opinione che voglia sostenersi in ordine alla dottrina dell'accettazione, noi domandiamo come sia concepibile, in qualsiasi ordinamento giuridico ereditario, escludere, contemporaneamente: e l'acquisto, da parte dell'erede, per virtù di una qualsiasi forma di manifestazione della sua volontà, cioè un sistema qualsiasi riducibile in concetto all'*aditio*, qualunque sia il nome adoperato e comunque venga costruito; e l'acquisto per il fatto stesso dell'apertura della successione, in virtù della legge, ossia il concetto della cosiddetta brutta ma espressiva designazione della *saisina iuris*, anche qui indipendentemente dal nome e dalla costruzione concreta! L'erede non acquisterebbe per virtù di legge, non acquisterebbe per sua volontà: come mai acquisterebbe dunque? Ecco un caso tipico di ciò, a cui può condurre, inconsciamente, l'empirismo e la mancanza di elaborazione scientifica, o semplicemente di trattazione tecnica.

(1) È qui che lo studio del diritto musulmano prima, e poi quello dei diritti semitici in genere, mi ha indotto da tempo a pormi un pro-

si espone l'ordine della chiamata, con i raffronti alla chiamata nella *wilāyat al-nikāḥ*, distinguendo tra chiamati *iure proprio* (*binafsihi*) e chiamati *per intermedia persona* (*bighairihi*), con la quale ultima designazione s'intendono quelli, che sono computati nel novero degli 'asabāt, non perchè siano tali, ma per il riflesso del concorso con altri chiamati. In questo ordinamento si rispecchia quello Giustiniano delle Novelle; ed è strano che esso sia invece da quasi tutti ritenuto come una specialità del diritto musulmano.

blema storico, che potrebbe essere gravissimo e fecondo di imprevedibili risultati, nel campo specifico del diritto romano, ed in quello generale della storia del diritto mediterraneo, come a me è parsa di affacciarsi alla mente di chi indaga, senza preconcetti, i diritti dalle varie civiltà di quel nostro mondo. (Cfr. il mio scritto: « *Gli studi dei diritti orientali mediterranei* », in "Atti della soc. it. pel progresso delle Scienze", Roma, 1916; ove espongo la visione di insieme).

Il problema attiene alla origine ed al significato primitivo del controversissimo concetto di *heres*. Ho molto esitato prima di enunciare il dubbio sorto nell'animo mio, ma, dopo lunga riflessione, mi son risoluto a farlo.

È una osservazione molto semplice.

Come risulta da quanto è riferito nel testo, il nome arabo *warith* e relative formazioni si richiamano ad una radice, che fa subito pensare a quella del latino *heres*. E si noti che questa designazione è certamente preislamica, e riconduce appunto alla parte arcaica del diritto successorio, derivante da un fondo tradizionale originario.

Ciò non basta. La radice e la designazione non sono particolari all'arabo ed al diritto musulmano; ma si ritrovano in tutte le principali lingue semitiche storiche, e nei diritti storici a noi noti dei popoli di quelle razze.

Così, la radice araba *warith* = *heres factus est* ricompare nell'aramaico *jiret* (da cui le parole derivate *iorut* = *heres*, *iorutut* = *hereditas*), nell'ebraico *irsc*, nell'etiopico *reset*.

E non basta. È nota e ripetuta da tutti la tradizione romana, secondo cui *heres* esprimerebbe, nella sua radice, il concetto di signoria, di padronanza, come dice GIUSTINIANO, nelle Istituzioni (II, 19, 7): « *veteres enim heredes pro dominis appellabant* », e conferma l'epitome Paolina di FESTO, nel « *de verborum significatione* », alla voce: « *heres apud antiquos pro domino ponebatur* ». Inoltre, si riaccosta, in questo senso di signoria, alla parola, indubbiamente arcaica, *heres*, l'altro termine arcaico di *herus*. Ebbene, appunto, e nel linguaggio giuridico siriano ed in quello ebraico, la stessa radice che significa eredità esprime pure l'idea di proprietà e signoria.

E tutte queste concordanze si appuntano in un richiamo, che è di al-

Dopo degli *'asabāt*, si parla degli aventi diritto alla quota fissa coranica (*farḍ*), che in origine erano solo: la figlia, i genitori, i coniugi, i fratelli e sorelle; e che poi dall'interpretazione furono estesi al numero di dodici. Si espongono i principi fondamentali di queste attribuzioni, compresi alcuni casi di concorso; e qui ripetiamo come questa materia è straordinariamente

tissimo interesse, risultante dai recenti documenti giuridici dell'alto babilonese; e cioè, la designazione, che appare in alcuni di essi, costituenti atti di disposizione delle proprie sostanze (sulla cui natura per altro ci intratterremo appresso). Orbene, in questi, quando si intende di specificare il concetto della pertinenza per dopo la morte del disponente, si opera con la radice *ridā*, esprimente il concetto di *consecutio, successio*; da cui i derivati: *ridit* (*heres*), nella frase caratteristica *ridit warkate* (*heres successionis*); *eridā*, etc. (cfr. SCHORR, *Urk. des altb. Civil und Prozessrechts*, vel vocab. p. 548, ed i luoghi dei testi ivi citati). E così sorge naturale l'idea, di riferire a questa fonte l'origine della terminologia.

So che, tra i moderni filologi, predomina invece la tendenza di collegare l'etimo di *heres* alla radice *har* ariana, nel senso di *capere*. Ma fino a che punto ciò potrebbe essere effetto del preconconcetto (uno degli *idola* della scienza moderna), della separazione assoluta dei due mondi, semitico ed ariano? Ed, in ogni caso, non potrebbe trattarsi di una radice comune? Non insisto troppo su argomento così discutibile e fuori della mia specifica competenza, mentre esso non ha importanza decisiva per il soggetto di cui trattasi. Tra le tante proposte fatte, non credo poi molto seria quella sostenuta anche dal KIEP, (*ad Gai I*, p. 24-39) sulle orme dello SCHRADER, che ricongiunge *heres* con *χῆρος* = orfano; questa è una delle tante manifestazioni del feticismo pel mondo ellenico.

Di fronte però a questi dati di fatto, *non soltanto linguistici*, si noti bene, ma anche *di storia del diritto*; mi pare che tutto il fascio delle dispute, così di carattere storico come dommatico, intorno alla controversa categoria, si presenti sotto una nuova luce. E cioè, la storia sembra indirizzarci, anche in un argomento che pareva tanto peculiare al diritto latino, verso il mondo semitico, questo mondo così pieno di sorprese, per chi risalga la corrente del nostro passato, in tutti i sensi sempre più delineantesi come fonte originaria della nostra civiltà.

Io non solo non voglio nulla asserire, ma neanche avanzare alcuna ipotesi: non so fin dove lo studio dell'argomento potrà approdare a conclusioni concrete, ma affermo che il problema esiste, e merita di essere esaminato. Questo solo volevo dire, e questo è certamente vero. Ed il problema non è soltanto di origini, ma anche e soprattutto di corrispondenza e di concordanza nei vari diritti mediterranei; idea dunque non chimerica, ma esprimentesi dalla realtà viva dei relitti storici, e da quelle faci luminose, che, per la storia primitiva soprattutto, sono le radici ver-

confusa nella giurisprudenza musulmana, perchè empirica nelle sue origini e tale rimasta nello svolgimento della dottrina, la quale ha complicato l'empirismo con la casistica. I fenomeni principali del concorso sono: quello dell'esclusione di alcuni eredi per opera d'altri; quello della riduzione proporzionale (*'awl*) pel caso che la somma delle quote concorrenti superi il totale dell'asse; ed infine, dei casi di vere e proprie eccezioni alle regole comuni, risolti con criteri particolaristici ispirati all'equità. Nel testo si esemplificano alcuni di questi casi tipici, che qui non occorre menzionare. In genere, può dirsi che i giuristi hanno ricorso in questa materia, da un lato, a criteri equitativi, e dall'altro, ad opportuni calcoli aritmetici. Se tutto questo campo dei casi di concorso possa ritenersi dominato da alcuni principi generali, è un argomento, che non è possibile neanche toccare in questo luogo. Ma, fatte queste osservazioni di carattere generale, in ordine alle disposizioni coraniche e conseguenti elaborazioni giurisprudenziali, ci piace di richiamare l'attenzione dei giuristi su un punto particolare, che è molto interessante, per la storia in

bali, sapendo collegare l'osservazione glottologica alla storia dei concetti.

Aggiungo un rilievo. E cioè, a proposito del valore della mia osservazione ed a conferma di essa insieme, non voglio tralasciare un richiamo al grave punto di disputa, nell'odierna romanistica, circa il rapporto della designazione di *heres* con la struttura del *testamentum* romano, e la sua pretesa colleganza con altre disposizioni a causa di morte in altri diritti, p. e. il greco.

Ci fermeremo su questo punto più avanti, parlando delle disposizioni di ultima volontà nel diritto musulmano, ma qui è bene enunciare subito il concetto fondamentale. Mi ha fatto molta impressione il constatare, che nel diritto musulmano la designazione *warith* non si usa mai per indicare la persona, che riceve per disposizione di ultima volontà (*wasijah*), ma soltanto per designare il chiamato alla successione per legge. Ora ciò potrebbe rappresentare un residuo dell'antico.

E quale impressionante argomento non deriverebbe da questo fatto, collegato con la nostra ipotesi etimologica, alla tesi del BONFANTE, sulla originalità del *testamentum* romano, *il quale avrebbe, nella nostra ipotesi, costituito appunto questa novità, ignota al mondo orientale, di concepire la designazione di heres come una manifestazione di volontà*; esauendosi in ciò tutta la sostanza dell'atto? Il linguaggio del libro di diritto siro-romano, divergente da quello musulmano, potrebbe invece spiegarsi appunto coll'influenza del diritto romano. E, quanto a quello dei documenti babilonesi suaccennato, esso non si oppone; ma di ciò si vedrà avanti meglio.



genere del diritto successorio orientale, e romano, e che costituisce anch'esso un altro esempio tipico di quella necessaria unità di ricerche, nel campo di questi studi, di cui la quotidiana esperienza mi rende sempre più convinto assertore.

28. — Il punto, cui intendo riferirmi, è quello che riguarda la disposizione coranica, per cui il figlio maschio conta come due figlie femine, e prende quindi, nel concorso, una quota doppia di quella competente alla sorella. Questo principio, secondo una certa corrente della letteratura, si tende a considerarlo come una grande novità introdotta da MAOMETTO, ispirandosi a considerazioni sociali ed umanitarie, e lo si presenta quasi come una caratteristica del diritto musulmano, tanto più che questa equazione di  $1m = 2f$  si riproduce in altre parti di quel sistema, p. e. nella materia della prova testimoniale, e nel compenso del prezzo del sangue per la composizione penale (1). Orbene, tutto ciò non ha fondamento di sorta: anche qui il Profeta non ha inventato nulla, ma ha fatto opera, più o meno inconscia, di recezione di elementi antichi preesistenti, di cui la scienza recentissima non può ricostruire ancora con precisione la storia e determinare l'origine, ma può con sicurezza asserire così l'antichità come la comunicazione ad altri diritti, indubbiamente poi a quello che io chiamai il diritto cristiano di Oriente (2). E questa sola circostanza basterebbe a togliere il carattere originario alla norma islamitica, perchè è ben sicura la opposizione assoluta del diritto cristiano ad imitare quello musulmano, proprio al contrario delle tendenze di quest'ultimo!

In questo proposito, ci occorre far richiamo ad un libro e ad una ricerca di tutt'altra natura, di puro diritto romano cioè, ove non si aveva affatto il sospetto del contatto con un problema centrale di diritto musulmano. Voglio alludere allo studio del MITTEIS nel suo fondamentale lavoro « *Reichsrecht und Volksrecht* » (3), circa il diritto successorio come si presenta nel c. d. libro di diritto siro-romano. Ivi l'illustre A. metteva in evidenza, come il

(1) Cfr. specialmente lo ZEYS, l. c. II, p. 235. Ed anche il VAN DEN BERG, l. c. p. 119. Nello stesso libro che esaminiamo pare che la cosa sia presentata in questi termini.

(2) Cfr. il mio citato scritto: « *Gli studi dei dir. or. med.* », a p. 16 dell'estratto.

(3) Leipzig, Teubner, 1891, a pag. 311 seg.

§ 1 del manoscritto siriano Parigino della celebre compilazione presenti appunto questo concetto del rapporto di 2 a 1 da maschio a femina, nella ripartizione ereditaria; e cercava di trovarne la spiegazione, di fronte alla circostanza, che negli altri manoscritti allora noti (l'altro siriano Londinese, uno arabo e uno armeno) la posizione dei figli appaia invece equiparata a quella delle figlie (1). Orbene il M., proseguendo la sua idea di un sistema giuridico ellenistico, il quale avrebbe dominato nell'Oriente romano, avanzava l'ipotesi che l'accenno del manoscritto Parigino fosse un glossema, contenente l'eco di un diritto antico, appunto nell'orbita di questo mondo ellenico. E questa ipotesi fondata sull'importante dato di fatto, che il famoso rapporto tra porzione maschile e femminile si troverebbe esplicitamente formulato, nientemeno che nella legislazione di Gortina (2), e sarebbe non estraneo, nel suo spirito, al diritto vigente in altre città greche. Però, lo stesso chiaro A., verso la fine della trattazione di questo argomento, confessava che, se è sicura l'esistenza del principio nel diritto delle città greche, non si può egualmente asserire che esso sia originario di esse, e da questa fonte sia passato nel libro siro-romano (3), non essendo esclusa la possibilità di altra origine. Ed a questa conclusione lo induceva soprattutto la

(1) Dopo la posteriore pubblicazione degli altri tre manoscritti siriani della biblioteca Vaticana, fatta dal SACHAU (Berlino, Reimer, 1907), e da lui chiamati perciò *Romani*, è da notare che anche in questi esiste la equiparazione tra maschi e femine. Il ms. Parigino costituisce dunque una vera singolarità su questo punto.

Il problema che ne deriva però, rispetto alla storia ed al rapporto dei mss. tra loro, è indifferente in ordine alla tesi nostra, della non originalità del principio accolto nel diritto musulmano.

(2) Cfr. o. c. specialmente a p. 64 e 331.

(3) Ecco le sue parole a p. 332, nel testo: « Freilich aber ist von dieser Möglichkeit (la derivazione dal precedente diritto greco) zur Gewissheit noch ein weiter Weg, und es ist nicht ausgeschlossen, dass jener Zusatz der Pariser Handschrift aus irgend einer andern, jetzt verschütteten Rechtsquelle, herrührt ».

Ed alla nota 2, nella stessa pagina, dopo aver fatto varie ipotesi circa i rapporti tra il ms. Parigino, le leggi greche e l'esposizione di BAR HEBRAEUS, che erano le sole fonti orientali note al MITTEIS, finisce giustamente col concludere che la questione storica restava nell'oscurità: « Die ganze Sache muss daher vollkommen in *suspensio* belassen werden ».

considerazione di ritrovare il principio anche nel celebre trattato di diritto siriano iacobita di BAR-HEBRAEUS: *liber directionem (kitòbo dhwadia)*, al cap. X. Per cui conchiudeva di lasciare la grave questione storica *in suspenso*.

Intanto, la grande autorità del MITTEIS serve a porre il quesito di storia del diritto, ed a riconoscere insieme l'importanza di esso, e la impossibilità di darne una soluzione coi dati di cui egli disponeva. L'illustre A. pare invero che, quando almeno scriveva il suo libro, ignorasse che questo principio costituisce una delle basi del diritto successorio musulmano, secondo la riforma di MAOMETTO (al cui rapporto aveva invece anche pensato, nell'esame della questione generale di derivazione del diritto successorio siriano) (1); altrimenti questa circostanza avrebbe dovuto avere grande rilievo nella esposizione dei dati, e avrebbe ancora più rafforzato la sua giusta conclusione di incertezza. Ed infatti, la situazione, che in proposito presenta il diritto musulmano, appare alquanto strana, in relazione ai dati già raccolti dal MITTEIS, perchè il principio in disputa si presenterebbe nel Corano come una novità di fronte al diritto antico preislamico, mentre il M. ha portato le prove della esistenza almeno di un antico diritto greco in questo stesso senso.

In questa condizione di cose, sono sopravvenute però le nuove fonti giuridiche siriane pubblicate dal SACHAU, (2) che, coordinate a questi altri dati, ci sembra forniscano il mezzo di arrivare ad una probabile soluzione del problema storico. Alludo agli scritti dei metropolitani Persiani JESUBOCHT e SIMEONE, e dei patriarchi Nestoriani di Mesopotamia TIMOTEO e JESUBARNUM. Essi ci rappresentano, in complesso, il diritto cristiano dell'Asia anteriore nel periodo tra l'VIII e il IX secolo, cioè in piena fioritura del diritto musulmano, e sotto il regime del Califfato. Orbene, è molto interessante constatare, che il diritto cristiano su questo punto coincide perfettamente con la riforma di MAOMETTO E, poichè sarebbe stolto, e contrario a tutti i fatti storici ed alle esplicite ripetute dichiarazioni degli scrittori, il pensare ad una possibile imitazione che i cristiani abbiano fatto dal diritto mu-

(1) Cfr. l. c. p. 317. Cfr. anche, in argomento, il nostro citato lavoro: *Studi dei diritti orientali mediterranei*, a p. 34 dell'estratto.

(2) Cioè i tre volumi della pubblicazione già citata.

sulmano (nella letteratura giuridica cristiana asiatica è vivace il senso di ripugnanza da ogni contatto, così col diritto musulmano che con quello zoroastriano); mentre, d'altra parte, i citati scrittori giuridici cristiani si sforzano di spiegare la proposizione di cui trattasi, con delle strane ed ingenue applicazioni (secondo il loro costume) di tradizioni bibliche e di principi religiosi; dall'insieme di questi elementi risulta, come necessaria illazione e sola possibile ipotesi coordinatrice di tutti i dati, questo concetto, che ci troviamo cioè di fronte ad un concetto originario di diritto orientale, di cui non è ancora possibile constatare la prima origine nè seguire lo svolgimento, ma può ritenersi provata l'esistenza (1).

(1) Ecco quello che dicono i due metropolitani (Cfr. SACHAU, l. c. vol. III, p. 95). JESUBOCHT (nel Trattato, IV, 1), nell'introduzione del capitolo dedicato alle successioni (p. 93 in SACHAU), comincia con l'osservare che in questa materia non vi è concordanza tra le varie popolazioni Cristiane, per cui egli si limiterà ad esporre le norme valenti per la sua provincia. E nel seguente § 1, in un luogo in verità corrotto, ma sicuramente ricostruito dal SACHAU, in base ad alcuni mss. arabi (Cfr. le *Anmerkungen* in fondo al citato volume, p. 306 sgg.; ove l'A. fa molte osservazioni intorno al sistema successorio dei paesi cristiani, non in tutte le quali noi possiamo convenire, ma su cui qui non è il caso di insistere), parlando della posizione che compete alla figlia femina, si stabilisce che, se essa è rimasta nella casa paterna, prende la metà della porzione spettante al maschio, mentre, se è uscita dalla casa per matrimonio, non prende nulla. Ed, infine, nel § 3 si tratta *expressim* della ragione della differenza tra la porzione del figlio maschio e quella della figlia femina. La questione si pone in questi termini: " *m'l mna brta kd af hi mnh atildt la sciawia bmt 'am bra* „, e cioè: " Per qual motivo la porzione della figlia, che pure è stata generata dallo stesso padre, non eguaglia la porzione del figlio? „ E si risponde: " *m'l dbra mn trtin ait lh mn abwhi chda mn dildh aitwhi dtrtin din dhw mqim gnsa wzra labwhi brta din ilidwa blehwd ait lh mn abwh la din mqima zra wgsa labwh* „, ossia: " Poichè il figlio (è congiunto) in due modi col padre. L'uno, per essere stato generato, e l'altro, perchè egli rappresenta la stirpe ed il seme del padre. La figlia invece è soltanto generata dal padre, ma non costituisce il seme e la stirpe di lui „.

Come si vede da questo tentativo di costruzione giuridica, il principio della diversità è *sostanziale*, e ricondotto alla stessa concezione della famiglia, al *ius seminis*, che domina questa materia nel libro di diritto siriano-romano.

Ne segue, che la regola del ms. Parigino è più conforme al sistema orientale della collezione, dati questi concetti esposti da JESUBOCHT, an-



Con questa nostra spiegazione, si intendono tutti i fatti constatati, e scompaiono i dubbi che avevano giustamente fermato il MITTEIS, sulla via della tentata applicazione del suo preconcetto ellenico. Il diritto greco invece, compresa la legislazione di Gortina, costituirebbe soltanto una riprova della antichità del principio in diritto Orientale. A questa direzione farebbero capo

zichè la norma inserita negli altri manoscritti. E da ciò parrebbe doversi piuttosto argomentare nel senso inverso a quello del MITTEIS; e cioè, non già che il ms. P. abbia interpolato il diritto antico, ma piuttosto che gli altri abbiano fatto opera di recezione del diritto romano.

Lo stesso principio è confermato dal metropolita SIMEONE, nel § 13 dei suoi Canonici (SACHAU, l. c., vol. III, p. 244 seg.), ove appunto dice che la figlia consegue la metà della porzione del fratello. È interessante qui vedere come lo scrittore giustifica la cosa, in modo cioè alquanto diverso dall'altro. E cioè, anzichè riportarsi alla base dell'ordinamento familiare, egli riconosce all'assegno della donna un carattere giuridico del tutto diverso, da quello della quota competente all'uomo. Vale a dire, che solo a quest'ultima egli attribuisce il carattere di quota ereditaria, mentre, in ciò che si dà alla donna, vede una sorta di assegno alimentare; e da questo deriva l'ulteriore conseguenza (§ 14) che, ove occorra, in linea di equità, si può dai giudici ecclesiastici concedere anche più della metà alle donne, al fine di impedire, sotto la pressione del bisogno, il pericolo che esse si abbandonino al malcostume. Tuttavia, questo punto di vista di SIMEONE è forse meno inconciliabile di quel che sembri con quello di IESUBOCHT, quando si tenga presente come quest'ultimo distingue, tra il caso che la figlia sia rimasta in casa, e quello in cui sia andata a marito, concedendole solo nella prima ipotesi l'assegno. È chiaro dunque il carattere alimentare di esso; per cui il motivo della diversità del grado di pertinenza al ceppo familiare appare piuttosto giustificativo della diversa natura giuridica dell'acquisto, tra il figlio e la figlia.

È notevole poi anche un altro rilievo che fa SIMEONE, laddove, ricollegandosi al diritto ebraico antico, osserva che quivi, sebbene la questione non sia trattata *expressim*, tuttavia debba ritenersi che, a tenore della Bibbia, solo i figli siano eredi, e non le figlie. Ecco le sue parole, al § 13: " *wlbrta mn abwh flga dmnt mta ml dafn bklba chitait 'al hna sciarba la mqrch ala glia hi dbklwk bnia achdi irtwt dabhiwn hwin wla hwa bnt* „; e cioè: " Alle figlie compete dal padre la metà di una porzione. Perchè, sebbene nel libro (la Bibbia) nulla *expressim* si dica a tal proposito, tuttavia è chiaro che in generale solo i figli ereditano dal loro padre, e non le figlie „. Da ciò risulterebbe adunque, che il principio originario sarebbe l'esclusione assoluta delle donne, e che al sistema della metà, con carattere alimentare e funzione alternativa al-

le testimonianze del diritto cristiano siriano, dal ms. Parigino del libro siro-romano ai Metropoliti persiani ed ai Patriarchi caldei ed a BAR HEBRAEUS, con la ulteriore ricolleganza che da questi si fa alle idee bibliche. Ed, in quest'ordine di idee, si spiega bene la pretesa novità di MAOMETTO come costituente invece una dalle solite imitazioni delle civiltà preesistenti.

l'assegno dotale, si sarebbe pervenuti come un temperamento posteriore. E probabilmente questa è la verità.

Restano i due patriarchi caldei.

Ora, nel trattato del patriarca TIMOTHEOS, (SACHAU l. c., vol. II, pag. 91 seg.), ai §§ 49-52, si parla dei diversi casi di concorso delle figlie coi fratelli e con altri parenti, e, senza accennare con precisione al rapporto della quota dimezzata nè presentare una costruzione organica, le singole decisioni si ispirano evidentemente al principio già visto, che solo il figlio sia vero erede, mentre alle donne si concede un assegno alimentare, il quale, in caso di matrimonio, costituisce la *φσρνν*. Nel § 56 poi, si cerca di spiegare questa posizione inferiore delle femmine, rispetto ai maschi, secondo il consueto motivo degli scrittori ecclesiastici caldei, con concetti tratti dalla tradizione biblica, come questi: che Eva fu creata per Adamo, e non Adamo per Eva; che la donna fu la causa della trasgressione della legge e della cacciata di Adamo dal Paradiso terrestre; che la donna cedette alle parole di Satana, etc.

Salvo dunque le motivazioni teologiche, siamo sempre al punto di vista precedente, stando bene in rilievo la posizione inferiore della donna, senza ben vero accennare con precisione al rapporto preciso della porzione dimezzata. Tutto l'insieme della esposizione rileva chiara l'incertezza dominante in questa materia.

E questa impressione è avvalorata dalla aperta affermazione che di ciò fa l'altro patriarca IESUBARNUN (SACHAU, l. c., vol. II, pag. 139), il quale, nel § 51, sebbene esso sia abbastanza lacunoso, ci fa conoscere con assoluta certezza che, sul punto del diritto di successione delle figlie e del rapporto loro coi fratelli, vi era differenza da luogo a luogo, e che il giudice doveva regolarsi secondo le costumanze locali. Dal confronto poi di questo § 51 col seguente § 113 (pag. 169 l. c), emerge il principio dominante, della inferiorità di trattamento delle femmine, in quanto non considerate come vere e proprie eredi, di fronte ad una prassi di fatto, che richiama un triplice sistema, e cioè: a) di esclusione totale di esse; b) di eguaglianza ai fratelli; c) di aventi diritto ad una porzione eguale alla metà di quella del fratello.

Però, contro questa coordinazione di dati, rappresentanti una continuità storica del principio  $lm = 2f$ , si oppone l'altra categoria di quelli i quali fanno capo al diverso principio dell'eguaglianza, tra cui la tradizione romanistica in prima linea, e poi le testimonianze degli altri mmss. del libro siro-romano, nonchè delle altre fonti del diritto cristiano; e si oppone infine anche la diversa tradizione dell'esclusione assoluta delle donne, secondo l'indicazione del diritto arabo preislamico, ed altri accenni al diritto ebraico e allo stesso diritto cristiano, negli autori già citati. Come conciliare queste varie direzioni apparentemente contraddittorie? Ma anche qui le nuove fonti siriane ci spiegano l'enigma. Si tratta cioè di sistemi coesistenti, l'uno accanto all'altro, come accenna JESUBOCHT, e meglio spiega JESUBARNUN; e con ciò la difficoltà scompare, in ordine alla conciliazione delle varie fonti. Quello che invece si affaccia è un problema diverso, al quale non intendiamo di assorgere, nè è possibile di farlo con gli elementi che oggi possediamo; e cioè, come mai questa coesistenza si sia prodotta, se essa sia originaria, o se invece uno solo e quale dei principi sia il primitivo, con tutte le altre controversie possibili al riguardo. Orbene, soltanto la scoperta di ulteriori documenti, ed una più approfondita elaborazione dei vari diritti orientali, potrà condurci a trovare una risposta a questo genere di quesiti. A noi qui interessava raggiungere uno scopo più semplice, quello cioè di mostrare che il famoso principio coranico è anch'esso, come tutto nell'opera del Profeta, vecchia merce; e rappresenta ancora recezione dal largo campo del diritto orientale, inteso nel nostro senso, unitario e comprensivo. E questa dimostrazione crediamo di averla data esaurientemente.

---

Ecco i dati fondamentali, che ci offrono questi interessanti scritti di autori cristiani; ed essi illustrano bene il punto di vista che abbiamo accennato nel testo; cioè la coesistenza di vari sistemi tutti antichi, senza che sia possibile per ora graduarli nella loro sequela nel tempo. Si conclude che nessuna novità fu perciò introdotta da MAOMETTO.

X.

## Disposizioni di ultima volontà.

- A -

29. — Resta a parlare di un'altra parte nella esposizione del diritto successorio, e cioè di quella relativa alle disposizioni di ultima volontà.

L'atto che contiene queste disposizioni è chiamato *testamento* dal nostro A., secondo una terminologia ormai tradizionale nella trattazione dei diritti più vari, con adattamento dal diritto romano; però applicata ad un senso del tutto disforme dal romano, non solo, ma addirittura contrario ad esso. Tutte le regole costituenti le caratteristiche di questi atti nel diritto musulmano, e che qui riferiremo secondo l'esposizione del libro in esame, costituiscono la dimostrazione del nostro rilievo.

Cominciamo dall'esame delle caratteristiche dell'atto; e poi passeremo ai concetti di insieme.

- B -

30. — Innanzi tutto ricordiamo che il concetto romano si concreta, come è noto, nella *heredis institutio*, in opposizione appunto alle assegnazioni particolari di beni (*legata*), che pure nel testamento possono aver luogo, ma costituiscono in tal caso un *adiectum* al vero contenuto dell'atto, insieme ad altri *adiecta*, come la *tutoris datio*, le *libertates* etc. Invece, il cosiddetto testamento musulmano (come quello greco, e di altri popoli) non è che una *serie di disposizioni di beni per dopo la morte*. Nè sarebbe il caso di richiamarsi anche qui, come nell'A. pare affacciarsi la tendenza (1),

---

(1) Cfr. la nota (2) a p. 161 della traduzione, cui corrisponde la nota (1) a p. 255 del testo tedesco.



alla strana designazione usata altrove, e cioè pel diritto greco, di *testamento di legati* (*vermächtnisstestament*), e che un tentativo continuamente rinascendo nella scienza, ed assai audace e fantastico, ha preteso applicare addirittura al primitivo testamento romano, alla quale tesi ha portato adesione di recente il LENEL (*Zur Geschichte der her. institutio*, Oxford, 1913, p. 120 sg.), seguito subito da KOHLER e WENGER (in *Allgemeine Rechtsgeschichte*, Berlin, 1914, p. 269). Ma l'assurdità di una simile tesi è stata già validamente messa in rilievo dal BONFANTE, in occasione appunto della sua vigorosa polemica, condotta in vari scritti, intorno a questo argomento, così in diritto romano che in diritto greco (1). Anche l'ARANGIO RUIZ, che pure diverge profondamente dal BONFANTE nella concezione del testamento romano, rifiuta però questa strana tesi (*Le genti e la città*, Messina, 1914, p. 62 sg.). La verità è che possiamo, se si vuole, per comodità di linguaggio convenzionale, usare anche i termini « *testamento* » e « *legato* », ma dobbiamo allora tenere sempre innanzi alla mente l'applicazione del tutto anomala che ne facciamo, e non trarre occasione dall'equivoco delle parole per fondarvi sopra delle costruzioni dottrinali (2). L'istituto romano, cui piuttosto occorre

Dobbiamo anzi notare che, nella dizione italiana, il contrasto terminologico e concettuale è ancora più brusco che in quella tedesca. Si legge infatti: « *Bisogna qui rilevare che l'erede testamentario è un legatario* », traduzione di: *Auch ist dabei zu beachten dass der testamentarisch Bedachte nur Legatar ist*. Ora, il vago « *testamentarisch Bedachte* » urta meno il nostro orecchio romanistico, della chiara designazione di « *erede* ». Ma ciò poco importa. È l'errore profondo di concezione che occorre rilevare; e questo sta proprio nel testo originario. Un simile linguaggio empirico si capisce in bocca ai profani; ma deve essere bandito assolutamente dalla scienza, in cui pur troppo la confusione terminologica è insieme indice e causa di confusione nelle idee e nelle dottrine.

(1) Cfr. i vari studi sull'argomento, riuniti ora nell'importante volume degli « *Scritti giuridici vari* », del nostro insigne romanista (Un. Tip. ed. 1916); e specialmente: « *Il testamento nel diritto comparato* », « *La διαθήκη ellenica e la donatio m. causa* », e « *Teorie vecchie e nuove sulla origine della eredità* ». Noi non possiamo qui entrare in questa discussione, e ci richiamiamo alla dimostrazione del BONFANTE.

(2) Del resto, la improprietà di designare le disposizioni della wa-

riferire la *wasijah* musulmana per analogia, è anche qui quello della *donatio mortis causa*, proprio come il BONFANTE ha dimostrato, nei luoghi citati, per la διαθήκη del diritto greco.

Questa natura giuridica del resto appare manifesta dal coordinamento di tutte le altre caratteristiche della *wasijah*, di cui or ora parleremo, e soprattutto da una, che costituisce la specialità più originale del diritto musulmano in argomento; vale a dire la equiparazione delle disposizioni vere e proprie della *wasijah* a quelle che, romanamente, si direbbero *inter vivos*, quando il disponente (donante) si trovi in pericolo di vita, per le quali vige il limite di non superare il terzo del patrimonio, come per la *wasijah*. Mi sembra davvero che argomento più perentorio di questo, per concludere che l'istituto romano parallelo alla *wasijah* sia la *donatio m. causa*, non sarebbe possibile immaginare. Corrisponde del resto, a questo stato di cose, una doppia circostanza, e cioè: lo sviluppo che la d. m. c. ha avuto nel diritto giustiniano con tendenza di accumularne la dottrina a quella dei legati; ed insieme lo affievolirsi dell'originario concetto del testamento romano per la crescente patrimonializzazione dell'istituto dell'eredità. Ora, come io vado sostenendo e ad ogni passo l'analisi strutturale me ne dà la conferma, MAOMETTO ha quasi sempre attinto confusamente le sue idee giuridiche (e questo delle disposizioni *m. causa* è uno dei campi più special-

*siyah* musulmana col nome romano di *legati*, oltre alla osservazione fondamentale che il legato si appoggia alla *heredis institutio* e la presuppone, ha contro sè un altro importante argomento. E cioè, la forma che quelle disposizioni possono assumere, di eguagliare il trattamento del beneficiario a quello di un figlio, ossia di un vero erede (Cfr. ZEVS, *op. cit.*, II, p. 219). Ne segue dunque che siamo di fronte ad un *istituto ibrido* nella sua configurazione, rispetto ai concetti ed alla terminologia romana, la quale non è applicabile in nessun modo, se si vogliono evitare confusioni. Normalmente, si tratta di assegnazioni di beni singoli, con analogia alle *donationes mortis causa*; nel caso sopra indicato invece, vi è forse un erroneo tentativo di una imitazione della *heredis institutio* romana, o meglio l'eco dell'istituto orientale dell'adozione in figlio, quell'istituto che un'altra larga corrente della dottrina storica romanistica cerca, assai erroneamente, di riaccostare alla primitiva *heredis institutio* romana (Cfr. per tutti la rielaborazione recente dell'ARANGIO-RUIZ nel lavoro citato poco fa nel testo, e l'ultima critica del BONFANTE nello scritto pure citato: « *Teorie vecchie e nuove sulla origine dell'eredità* »).

mente coranici del diritto musulmano) dall'ambiente bizantino. E così la mia costruzione ne esce limpidamente e storicamente logica, il che poi è tutto.

Ma questa concezione sarà rischiarata dal rapido esame di tutte le sostanziali norme che regolano la *wasījah*. E cominciamo da quella del limite disponibile, or ora accennato per *incidens*.

- C -

31. — È dunque principio coranico indiscusso, che sia limitato ad  $\frac{1}{3}$  dell'asse netto il campo, entro il quale può muoversi il disponente con le assegnazioni comprese nella *wasījah*, dovendo restar salvi gli altri  $\frac{2}{3}$  per i veri e soli eredi, quelli cioè determinati dalla legge.

Vi è in sostanza, nel diritto musulmano, la concezione di una duplice parte dell'asse ereditario, che potremo chiamare, con la terminologia nostra del diritto moderno, la parte *disponibile* ( $\frac{1}{3}$ ) e quella *indisponibile* o *riserva* ( $\frac{2}{3}$ ). La regola, ripeto, è indubbia, e rimonta proprio al Profeta. I vari autori di diritto musulmano la ripetono con tutta semplicità, e ne riferiscono l'origine ad un apposito quesito, che avrebbe proposto SA'D IBN ABŪ WAḲḲĀS, un contemporaneo del Profeta, a costui circa la possibilità di disporre delle proprie sostanze per dopo la morte, al di fuori della cerchia dei chiamati per legge alla eredità. E la stessa narrazione si riferisce a questo punto nel libro, che è oggetto del nostro esame (§ 56 p. 162 della traduzione). È notevole nel caso di SA'D, che la fissazione della disponibile fino al massimo di  $\frac{1}{3}$  del patrimonio appare come una concessione contrastata, partendo dunque dal punto di vista che i beni siano *naturaliter* destinati *post mortem* al giro dei parenti designati dalla legge, e non già soggetti alla volontà del defunto. Ed è anche chiaro, aggiungerò io, che questa visione delle cose debba ritenersi la più logica e naturale; mentre solo una inverteata deformazione della nostra mentalità, sulla base della tradizione romanistica, può farci sembrare diversamente. Disponibile del terzo adunque, ed introdotta dal Profeta.

Come dicevo, tutti ripetono la regola come la cosa più naturale di questo mondo; e nessuno, ch' io mi sappia, si pone il quesito da dove sia uscito fuori questo terzo, e meno che mai tent-

di darne o di discuterne una spiegazione. Eppure una disposizione simile deve ricollegarsi a qualche elemento storico del passato, od in ogni caso dell'ambiente, da cui lo avrebbe preso il Profeta, il quale non ha nulla inventato, e certissimamente poi in materia di diritto. Ma un simile quesito, tanto ovvio per un giurista, non è sospettato neanche dai letterati, che normalmente si occupano di queste materie. Ora io domando qui il permesso di una digressione, diretta a studiare questo quesito storico, al fine di mostrare ancora un esempio, ai giuristi, dell'inesauribile e vergine campo che si apre ai nostri studi. Nel caso specifico, si tratta, come si vedrà, di un problema assai elegante, a proposito del quale io presento alcuni rilievi che meritano di essere presi in considerazione, e ad ogni modo sono del tutto nuovi, e profilano un punto di vista singolare, nel campo dello stesso diritto romano-orientale.

Da dove dunque MAOMETTO ha tratto l'idea di questo terzo? Il problema è tanto più interessante, in quanto le tracce, che si è condotti a cercare nel diritto bizantino, sembrano piuttosto allontanarci dalla meta che avvicinarci ad essa. Ma procediamo con ordine.

Siamo in tema di vera e propria riserva ereditaria, sul tipo del diritto germanico (ossia di una quota patrimoniale fatta salva all'unità familiare o gentilizia o simigliante); ed in proposito, per quanto ha tratto al diritto romano, il BONFANTE, col suo solito acume, in una modesta nota dell'aureo manuale di istituzioni (1), osserva giustamente l'errore profondo di considerare a questa stregua l'istituto della *portio legitima*, mentre invece il parallelo non può trovarsi che in quello della *Falcidia*. In essa soltanto abbiamo invero il concetto di una *quota indisponibile*, mentre la legittima rappresenta una concessione a riguardi equitativi e di pietà, sul concetto rigoroso della necessaria piena libertà nell'esercizio della trasmissione della potestà, con tutte le conseguenze patrimoniali. Ebbene, questo è il punto di partenza del processo che vado a descrivere, e che credo ben sicuro (2); ed, in mezzo al complesso svolgimento storico, il diritto

(1) Cr. *Istituzioni di dir. romano*, ed. V. p. 594 nota (1).

(2) Anche io non intendo i dubbi del TAMASSIA. Già il BONFANTE ha messo in rilievo opportunamente un argomento impressionante, e cioè l'uso del termine *Falcidia*, nel diritto bizantino e comune, per designare appunto



maomettano occupa la sua parte nel solito quadro generale di un diritto comune mediterraneo, della cui intuizione ogni giorno ho la soddisfazione di trovare la conferma, nell'esame occasionale delle quistioni particolari più disparate.

L'andamento invero, entro la storia del diritto romano, è semplice e logico. Coll'affievolirsi dell'antico concetto di eredità, e col corrispettivo avviarsi verso il concetto puramente patrimoniale di una *successio in universitatem*, che è indubbio in diritto giustiniano, ma la cui preparazione avviene nel periodo critico postclassico dei secoli IV-V; la legitima doveva parallelamente tendere ad acquistare il valore ed il significato di una vera riserva o quota indisponibile, ossia tendere a presentare lo stesso carattere della *Falcidia*, adempiendo ad analoga funzione. Una situazione simile è da prevedere *a priori* per la logica delle cose. Ma la evoluzione si compie solo inconsciamente a presentare confusioni di varie specie, e si attua in definitivo nel diritto bizantino postgiustiniano, ed in maniera che noi non possiamo seguirne con chiarezza le tracce, allo stato delle nostre conoscenze (1). Un elemento importante in questa storia è rappresentato dalla nota riforma della novella 18 di Giustiniano, che portò a  $\frac{1}{3}$  o  $\frac{1}{2}$ , secondo il numero dei figli, la precedente quota uniforme di  $\frac{1}{4}$ , che evidentemente era stata imitata dalla *Falcidia*. È in questa occasione che, *in subiecta materia*, appare la prima volta la quota di *un terzo*. Mi riserbo di tornare più avanti sul significato vero di questa famosa novella; qui (per prospettare il corso della ricerca da me compiuta, lo sviluppo graduale del ragionamento) mi basta soltanto mettere in rilievo la quantità della quota.

A questo punto, si veniva intanto a costituire una condizione strana di cose per i legittimari, derivante dalla diversa quota

in genere la riserva. Questa osservazione trova ulteriore sviluppo in quello che diciamo nel testo; e tutta la nostra esposizione in genere rafforza tale giustissimo punto di vista.

(1) Cfr. ZACHARIAE v. LIGENTHAL, *Gesch. des griech. röm. Rechts*, 3 ed. 1892, Berlin; ai §§ 44, 45 e 52. La stessa esposizione dello ZACHARIAE non è in questo punto esente da oscurità, insita proprio allo stato delle Fonti. È però da osservare, che è mancata allo ZACHARIAE la intuizione della intima trasformazione dei concetti, in che poi si trova la chiave del fenomeno.

della legittima e della *Falcidia*, come espressamente notano tutti i comunisti; ed, in conseguenza di questa situazione, si dovette arrivare in diritto bizantino all'interpretazione estensiva, che la riforma giustiniana implicasse anche l'elevazione della *Falcidia*. Tuttocidè però, come si disse, è certo, ma oscuro nel suo sviluppo. È notevole intanto come, parallela a questa quistione della quota e relativa equiparazione, sia l'altra, molto più importante e significativa, della terminologia, per cui *legittima* ( $\nu\acute{o}\mu\mu\omicron\varsigma\ \mu\omicron\iota\tau\eta\alpha$ ) e *Falcidia* tendono a diventare sinonimi ed usarsi promiscuamente (1). Or è proprio in questo secondo fenomeno che si trova la chiave di tutto. Si tratta cioè di un *cambiamento del concetto della legittima verso quello di riserva*, e quindi la omologia con la *Falcidia* era naturale; tutto ciò dovette avvenire inconsciamente bensì, ma avvenne, e questo è importante. Nè, in proposito, potrebbe opporsi, come una circostanza a prima vista avversa alla enunciata gravitazione del concetto della legittima verso quello della *Falcidia*, il disfavore che indubbiamente ebbe quest'ultima in diritto giustiniano, dove, oltre ad accrescersi i casi di disapplicazione, si ammette la validità del divieto di essa contenuto nel testamento. All'inverso invece, proprio anche questa circostanza conferma la nostra rappresentazione storica; inquantochè il significato intimo di riserva, acquisito alla legittima, ed il conseguente legame della riserva stessa alla ipotesi degli eredi legittimari, mentre rendeva inutile la *Falcidia* per essi, doveva tendere ad escluderla per gli eredi estranei. Ed è solo perché questo movimento fu inconscio e confusionario, che non si arrivò addirittura alla conseguenza logica e netta di abolire la *Falcidia*.

Sta in fatto però che, nel tardo e caotico riassuntore del diritto bizantino, in ARMENOPULO, in mezzo ad una esposizione molto disordinata (2), si trovano fissati i due punti ora messi in rilievo, e cioè la omologia dei due termini, e la precisa indicazione della *Falcidia* vera nella *quota del terzo* (3).

(1) Vedi ZACHARIAE, l. c., § 52.

(2) Vedi ZACHARIAE, l. c., § 45.

(3) Ai §§ 2 e tre del libr. V tit. IX, appunto rubricato *περι φάλκιδιου*.  
§ 2 — *φάλκιδιός ἐστιν ἄχρι μὲν τεσσάρων παιδῶν τὸ τρίτον μέρος τῆς καθαρῆς ὑποστάσεως, πλειόνων δὲ ὄντων τῶν παιδῶν τὸ ἡμισυ . . .*

§ 3 — *ἔξεστι ληγατεύειν μέχρι τοῦ ὀκταουγγίου τὸ γὰρ τετραούγιον τοῦτέστι τὸ τρίτον τῆς περιουσίας τῷ κληρονόμῳ φυλαττέται.*

Questo significa che nel diritto bizantino si è finito per arrivare, prima o poi, e per una via ignota, all'*istituto di una riserva nella quota del terzo*. Qui lo ZACHARIAE enuncia timidamente l'idea dell'influenza anche di elementi locali, che egli chiama consuetudinari (1); vedremo tutta la fondatezza di questa supposizione, insospettata al grande bizantinista, e che solo il sistema comparativo dello studio dei diritti orientali, come muoventesi in un fondo comune, quale io sostengo, poteva mettere in rilievo.

Per compiere la storia del diritto romano, osserveremo come questa situazione di cose abbia avuto la sua ripercussione nella dottrina del diritto comune, dove non solo si trova identica la omologia tra legittima e Falcidia, che ebbe a rilevare nel luogo citato il BONFANTE, ma si discute pure il problema della interpretazione della riforma Giustiniana, che eleva la quota della legittima, se essa cioè debba estendersi anche alla Falcidia (2). È nota, a proposito di quest'ultimo punto, la dottrina di CUIACIO, che distingueva tra il caso della istituzione dei figli o dei genitori, e quello della istituzione degli estranei, accettando nel primo e rifiutando nel secondo l'estensione della riforma giustiniana alla Falcidia; lo stesso CUIACIO però riconosce che in Oriente l'estensione alla Falcidia divenne generale anche di fronte agli eredi estranei (3).

La conclusione ultima, in mezzo a tanti tentennamenti, per l'Oriente, che a noi qui importa, è questa: che si trova dunque, comunque ci si sia arrivati, nel diritto postgiustiniano, l'istituto di una *quota indisponibile di riserva del terzo*, collegata storicamente alla riforma giustiniana della quota legittima.

Orbene, è in questo ambiente storico che spunta la regola di MAOMETTO, la quale, mentre riafferma il concetto (che dunque possiamo omai considerare come acquisito al diritto orientale

(1) Vedi l. c., p. 184.

(2) Cfr. per il diritto comune, relativamente alla dottrina della interpretazione delle Novelle, la esposizione e le indicazioni contenute in: RITERSHUTI *Expositio methodica novellarum* (Florentiae, Celli, 1839), a parte VI, cap. IV, p. 402 sg. e cap. V, p. 406 sg. Ed inoltre, in: STEPHANI *Commentarius in Novellas* (Florentiae, Celli, 1843), expl. nov. XVIII, a p. 210 sg.

(3) Cfr. *Novellarum expositio*, alla Nov. XVIII (ed. di Prato, vol. X, col. 610 sgg.).

romano) di una quota indisponibile, la pone ai  $\frac{2}{3}$  anziché ad  $\frac{1}{3}$ , inquanto solo nei limiti del terzo concede di poter disporre per testamento. Vi è perciò come una specie di spostamento delle parti, tra il diritto bizantino ed il diritto maomettano; laddove la quota, che nell'uno è disponibile, diventa invece indisponibile nell'altro, e viceversa.

Un fenomeno di questo genere non può essere evidentemente casuale, poiché non si cambia senza motivo una misura simile in un'altra qualunque. Nè può costituire una novità introdotta per ragionamento da MAOMETTO, il quale era troppo ignorante per spingersi a simili imprese, ed abbastanza furbo per non averle mai tentate; egli invero, in materia giuridica, non ha fatto che opera di recezione dall'ambiente storico, o arabo preislamico, o bizantino, o ebraico, o cristiano-siriaco; recezione spesso inconscia, più spesso errata e confusionaria, ma recezione. Come dunque risolvere questo ulteriore problema storico?

Ed ecco come si svolsero le mie idee e le mie ricerche in proposito.

Quando io mi feci la prima volta questa domanda, pensai da principio, in mancanza di altri elementi positivi, a ridurre appunto tutta la spiegazione ad uno dei soliti casi di confusionismo e di spropositata interpretazione da parte del Profeta, casi che sono all'ordine del giorno in tutta la sua opera di assimilatore delle civiltà circostanti, e non solo nel diritto, ma anche in materia di religione e di morale. Egli, io pensavo, doveva avere una confusa nozione della divisione dell'asse nel diritto bizantino in due quote, l'una disponibile e l'altra indisponibile, e del rapporto di  $\frac{1}{3}$  a  $\frac{2}{3}$  tra di esse; e, mentre in realtà scambiava le quote, credette forse proprio di applicarle.

Una circostanza, piccola in apparenza ma assai significativa, concorreva a rendere vieppiù attendibile questa ipotesi, già di per sé molto verisimile. E cioè, come notammo, nella decisione di MAOMETTO colpisce subito, alla indagine critica del giurista, il fatto che il riconoscimento di una quota disponibile appare quale una concessione sul presupposto della indisponibilità, in conseguenza della pertinenza del patrimonio agli eredi legittimi. Orbene, è noto come questo principio costituisca il fondamento del diritto ebraico originario in materia di eredità, rimasto puro nel diritto mosaico, e solo modificato nella dottrina misnica e talmudica



per evidenti infiltrazioni esterne (1); e, poichè il mondo culturale ebraico è quello cui più strettamente si ricollega il maomettanismo, l'atteggiamento del Profeia si appaleserebbe rispondente a questo ambiente storico. Ed ammesso un tale punto di partenza, all'inversione delle quote, rispetto alla dottrina bizantina, si potrebbe essere arrivati, così per deliberato proposito, come per virtù di una inconscia predisposizione allo scambio che faceva prevalere la situazione dell'erede legittimo, data una persona non tecnica ed anzi addirittura ignorante, come era il Profeta.

Però, il carattere troppo concreto e reciso della norma, e la fiducia assoluta nella incapacità dell'uomo in materia, nonché l'esperienza di una recezione assai ampia e minuta nei particolari di cui il diritto maomettano ci fa testimonianza, mi spinsero a non contentarmi di una simile semi-soluzione, ed a cercare ulteriormente qualcosa di più preciso.

Come è naturale, il campo, nel quale la verosimiglianza mi chiamava a rivolgere in primo luogo le indagini, era quello che io ho chiamato del *diritto cristiano dell'Asia anteriore*, nella letteratura siriana. E le mie ricerche mi pare che abbiano condotto alla soluzione precisa del problema di diritto musulmano, ed abbiano una grande importanza anche per la storia del diritto romano orientale.

L'attenzione era in primo luogo diretta verso la raccolta pregiustiniana, conosciuta omai col nome di « libro di diritto

(1) La storia della dottrina ebraica in questa materia è molto complicata ed oscura, ed attende di essere studiata scientificamente da giuristi con criteri tecnici. Non è qui il caso di fermarsi, non essendo essenziale ai fini del particolare punto in disputa, e non potendosi, in uno scritto come il presente, accumulare soverchiamente problemi su problemi, indagini speciali su indagini speciali, senza snaturare completamente il carattere del lavoro, e renderne confuso l'andamento. Il mio scopo non è, e non può essere, quello di trattare tutti gli svariati argomenti ai quali mi occorre di accennare, ma solo di mostrare il rapporto ed il coordinamento che vi è tra di essi, il che costituisce un programma ed un quadro di ricerche comparativistiche assai importante. Soltanto di qualcuno di questi problemi, a modo di esemplificazione, mi fermo a discutere in particolare; ed uno è appunto quello che stiamo esaminando in questo luogo. Per la esposizione, non molto corretta in verità, del diritto ebraico su questo tema, cfr. tra gli altri: MAYER, *Die Rechte der Israeliten* etc. (Leipzig, 1866) II, § 269, p. 521 sg.; e SAALSCHÜTZ, *Das Mosaische Recht*, (Berlin, 1853), II, p. 827.

siro-romano»; e subito infatti in essa si trova un elemento assai interessante per la spiegazione del posteriore diritto bizantino, elemento che fu bensì visto ma del tutto inapprezzato dal BRUNS (1), nel suo commento compreso nella edizione del SACHAU, e che fu erroneamente valutato in seguito anche dal MITTEIS (2), nello studio sul diritto ereditario del libro siro-romano, che si trova nell'opera assai nota *Reichsrecht und Volksrecht*.

32. — Il passo fondamentale, da cui prendono le mosse tanto il BRUNS quanto il MITTEIS, è il § 9 del ms. Londinese, ma non è, come vedremo, il solo che bisogna tener presente nella nostra disamina. Nel frammento si fa l'ipotesi di figliuoli *msct* 'bdin (disobbedienti), *sqwbla lpwqdnwhi* (ricalitranti agli ordini), *ms 'rīn* (indegni); e si pone il quesito se il padre possa diseredarli. Si risponde che è lecito (*scialit*) escluderli dalla eredità. Ma subito si pone a questa facoltà un limite quantitativo soggiungendo: « hkna din scialit btsc' awnqis dqninh wnkswhi dkl « dsba dnktwb ditqa wntl whlin tlt awnqis daitwhi chda mn arb' « dkl mdm dait lh dntl kd ktb ditqa lkwthwn bnwhi dnsbwn « bnia ms 'rna mn hw chda mn arb' dqninh dabwhwn aik mnin- « hwn an dkra wan nqba »; di cui ecco la traduzione: « in « questo modo però è lecito, (e cioè) per nove oncie del patri- « monio immobiliare e mobiliare a suo piacimento può (il padre) « scrivere la διαθήκη e distribuirle, ma le (rimanenti) tre oncie, che « sono una delle quattro (parti) di quanto a lui appartiene, deve « assegnarle, quando scrive la διαθήκη, a tutti i suoi figli; e quei « figli pure che sono indegni si divideranno una delle quattro « (parti) del patrimonio del loro padre, in proporzione del loro « numero, siano maschi o femine ».

Ora mi sembra che questo testo sia molto chiaro, per chi lo legge senza preconcetti e senza tener l'occhio alla storia del diritto romano, almeno come noi ce la siamo foggata. Esso cioè esprime il concetto semplicissimo, che i figli, sia pure indegni, hanno diritto inderogabilmente ad una quarta parte del patrimonio paterno, che si dividono tra loro in porzioni virili, senza distinzione di sesso, e che il padre non può loro per verun motivo sottrarre, restando libero nella disposizione dei

(1) Cfr. BRUNS-SACHAU, *Syrisch-römisches Rechtsbuch*, (Leipzig, 1880), parte III, p. 188 sg.

(2) Cfr. MITTEIS, *Reichsrecht u. Volksrecht*, (Leipzig, 1891), p. 233 sg.

residui tre quarti dell'asse. Siamo dunque di fronte ad un sistema giuridico, che conosce la divisione del patrimonio in parte disponibile ed indisponibile, riservando quest'ultima ai figli, nelle proporzioni di  $\frac{3}{4}$  ed  $\frac{1}{4}$ ; ossia (salva la differenza di proporzione che qui non rileva, e sul mutamento della quale abbiamo appunto la notizia della Novella 18) come nel diritto bizantino di cui abbiamo sopra parlato. *Il diritto siro-romano adunque pregiustiniano coinciderebbe col diritto bizantino postgiustiniano, in ordine al punto di ammettere il concetto di un diritto alla riserva, ossia di una quota indisponibile del patrimonio ereditario.* Si rammenti qui l'idea appena enunciata dallo ZACHARIAE, che cioè elementi locali avessero potuto influire sul corso storico del diritto romano bizantino; e non si potrà a meno di pensare evidentemente alla influenza di una corrente di diritto asiatico, la quale, ricollegandosi in origine al diritto ebraico, si affermò nel diritto cristiano siro-persiano. Allo ZACHARIAE mancò il grande ausilio della comparazione con questo campo di fonti, e questa mancanza ha influito in tutta la sua trattazione, per tanti rispetti magistrale, del diritto bizantino: è importante però che egli, col suo acume storico, abbia qui sostituito alla conoscenza una luminosa intuizione.

Che poi il significato del passo del libro siro-romano sia proprio questo, francamente non vi è dubbio; esso è confermato dal confronto con altri luoghi del manoscritto, e dagli stessi infelici tentativi, del BRUNS prima, e del MITTEIS dopo, di tentarne altre spiegazioni. Il BRUNS, in una esposizione molto contorta ed oscura, in sostanza finisce col confessare di non potersi rendere ragione del testo, e ricorre al solito abusato mezzuccio ermeneutico, di supporre nel compilatore della collezione un errore di interpretazione del diritto romano. Il MITTEIS invece, riconoscendo l'arbitrarietà e la inverosimiglianza di una ipotesi simile, si ingolfa in una impresa ancor più infondata, seguendo il suo miraggio ellenistico, e tentando di derivare il principio siriano da un ipotetico organico diritto greco preesistente.

Noi non possiamo qui, per non estendere enormemente la trattazione di questa quistione incidentale, soffermarci ad una critica di dettaglio, che del resto diventa inutile di fronte alla dimostrazione diretta della nostra tesi (1).

(1) Per quanto si attiene al preteso errore supposto dal BRUNS, rimandiamo a quello che ne scrive proprio il MITTEIS, l. c. p. 333 sg.

Piuttosto è da rilevare, come questa interpretazione di L. 9 sia confermata da altri luoghi della collezione, che qui mi limito ad indicare semplicemente, senza fermarmi ad esporli e discuterli, per il consueto motivo dei limiti che mi impone il carattere del presente *excursus* (1). Per quanto attiene al manoscritto londinese, che è quello in esame (2), va subito ricordato il § 1, ove si ribadisce esplicitamente il concetto della legittima di  $\frac{1}{4}$  per i figli: « hlin gir tlt awnqis lklhwn bnwhi dgbra metplgn wbhlin tsc' mqim irwta lbnwhi aik dzba »; e cioè: « *invero tre oncie vanno divise tra tutti i figli del disponente, e nelle altre nove*

Circa le idee del MITTEIS, osserveremo solo come questo punto della *successione necessaria* del libro di diritto siro-romano fa parte, nella sua esposizione, di una dimostrazione generale circa la natura e l'origine del diritto ereditario della compilazione siriana, che egli appunto vuole ricollegato al diritto greco, come tesi aversativa a quella di un collegamento ad un diritto orientale più generale, che l'A. restringe poi in sostanza al diritto ebraico.

Ora, tutta questa tesi del MITTEIS è errata da capo a fondo; ed è un argomento tanto importante, che io penserei di tornarvi sopra *ex-professo*. Non è possibile parlarne *per incidens*. Sarà facile allora dimostrare l'errore che è insito, uno per uno, a quasi tutti i suoi argomenti, e alle singole affermazioni e vedute. E tutto ciò è la solita conseguenza della mancanza di una dominazione complessiva ed organica del diritto orientale. Il diritto pseudo-ellenico (che viceversa è soltanto l'insieme di usi nelle varie città ellenistiche) va considerato solo in quanto anch'esso rientra nel quadro, e presenta delle applicazioni secondarie del sistema fondamentale ed originario. È semplicemente la ignoranza di questo, che ha eccitato la fantasia alla creazione di quello. Valga un solo esempio, e cioè l'argomento principale proprio usato dal MITTEIS, il concetto cioè che in origine la presenza dei figli escludesse la possibilità di disposizioni così dette testamentarie, il quale principio egli appunto va a cercare nel diritto greco. Ma si tratta invece di un principio di diritto asiatico più vecchio della barba di Noè, proprio alla lettera, perchè si può far rimontare al primitivissimo diritto sumerico! Le città greche lo hanno adottato, conformemente a tutte le altre manifestazioni particolari giuridiche dell'Asia anteriore. Nient'altro che questo.

(1) Se sarà il caso, in seguito tornerò, in un lavoro speciale, sull'argomento della storia della legittima. Ed in quella sede potrà procedersi all'esegesi particolareggiata dei vari luoghi delle fonti siriane e bizantine che vi si riferiscono. Qui debbo contentarmi di accenni.

(2) Circa il valore dei vari manoscritti, che oggi noi conosciamo della compilazione siriana, ed il rapporto tra di essi, cfr. quello che ne ho scritto nel mio studio: « *Sul frammento L. 38* », in B I D R, 1916, fasc. I-VI, a p. 261 sg. in nota.



(oncie) *può fare erede chi vuole tra essi* ». È poi importante osservare che, nella compilazione, accanto a questa legittima, considerata dunque come riserva del quarto del patrimonio ereditario, si trova trasportata anche la *Falcidia* romana, col suo nome, e con la classica identica quota del quarto! Si ha così la vera equiparazione dei due istituti già nel diritto siriano-romano, dunque nel IV Secolo, come abbiamo visto trovarsi poi nel diritto bizantino avanzato.

I testi del manoscritto londinese riguardanti la *Falcidia*, e molto espliciti, sono i §§ 27 e 46. Nel primo infatti, si risponde al quesito fino a che punto la legge permetta disporre i legati, così: « fqd nmwsa dnprpa 'dma ltsc' awnqis liartwta daitih hda dtlt mnwn mn qninh dnplg ligtwn wchda lirwth », e cioè: « *la legge ordina che possa disporre fino a nove oncie del patrimonio, per modo che tre parti di esso si distribuiscano come legati, ed una parte vada all'eredità* » (1). E nel § 46, si fa apertamente il caso della lesione della *Falcidia* e della conseguente riduzione, in modo che in definitivo l'erede « nprwq lnp sch chda mn arb' wnp lg lhnw scrka », e cioè: « *separi per sé una delle quattro (porzioni dell'asse), e divida il resto ad essi (i legatari)* ».

E, quello che abbiamo rilevato pel testo del manoscritto londinese, si trova sostanzialmente ripetuto anche negli altri, e cioè i quattro siriani, l'arabo e l'armeno, salvo diversità nella forma, su cui non occorre qui insistere; tralasciamo anzi per brevità pure il riferimento di essi, rinviando alle indicazioni in nota (2).

La situazione, come risulta dai manoscritti del siro-romano, dimostra adunque che il diritto codificato in quella compilazione diverge dal diritto romano puro, in quanto conosce

(1) Si noti come la terminologia di questo passo è perfettamente romana, con divergenza da quella orientale, ove è estraneo il termine "legato". È chiaro pertanto il carattere prettamente ricettizio di una disposizione simile.

(2) I testi dei vari manoscritti sono parecchi, che qui è inutile riportare, mentre nelle edizioni del SACHAU si trovano indicati tutti con precisione, nelle varie tabelle di confronto, e per materie.

Si possono utilmente consultare in proposito: per il ms. parigino, l'arabo e l'armeno, la tabella di confronto a p. 341 dell'edizione indicata BRUNS-SACHAU; e, per i posteriori tre romani, il prospetto per materie a p. 223 del II volume dei ricordati "Syrische Rechtsbücher", del SACHAU, alla voce "noterbrecht".

una riserva = *Falcidia*, invece di un diritto alimentare = una quota dalla porzione *ab intestato*. Tale divergenza rappresenta perciò diritto locale (concetto di riserva) fuso col romano (quota *Falcidia*), in un risultato misto; e questo adattamento del diritto romano in Oriente ha preceduto di almeno due secoli GIUSTINIANO. Da ciò l'ulteriore conseguenza, che MAOMETTO quindi non solo trovava il concetto della riserva nel diritto romano-bizantino a lui preesistente, ma come istituto da lungo tempo radicato negli usi e nella legislazione, e la testimonianza delle Fonti bizantine post-maomettane non sarebbe che una conferma di diritto assai antico. La diversità tra il diritto maomettano ed il preesistente romano-orientale starebbe solo nella distribuzione delle parti, in cui si divide il patrimonio, ma non già nel concetto della indisponibilità; or ciò è già un grande risultato, ma vedremo che, cercando, troveremo anche luce sulla determinazione delle parti.

33. — Giunti a questo punto della indagine, la testimonianza del siro-romano ci induce a sciogliere la riserva, che abbiamo fatto sopra, intorno al significato vero della novella 18 di GIUSTINIANO, significato completamente diverso da quello che la dottrina concorde ripete come la cosa più naturale del mondo. Mentre è proprio naturale (se non prendo un grosso abbaglio) la nuova interpretazione che io qui sostengo, in coordinamento a tutta la storia complessiva del diritto orientale; la interpretazione corrente invece rappresenta un caso tipico d'illusione, derivante dal preconconcetto del diritto romano occidentale, e dalla mancanza assoluta di questo metodo di indagini comparative in diritto orientale, che io propugno, e che qui trova un'applicazione fulgidissima proprio nella storia del diritto romano puro. La dottrina usuale adunque ripete (è inutile citare nomi, perchè sono tutti concordi) che GIUSTINIANO con la novella 18 mutò il quantitativo della quota della legittima del diritto classico, la quale in antico era di  $\frac{1}{4}$  della quota che al legittimario sarebbe spettata *ab intestato*, in ogni caso, ed ora divenne di  $\frac{1}{3}$  o di  $\frac{1}{2}$  di quella quota, a seconda del numero dei legittimari. Invece, la riforma giustiniana ha in realtà un significato ed un valore storico molto più profondo, perchè essa riconosce addirittura nel sistema del diritto romano il principio della riserva, ad analogia di quello che aveva fatto la compilazione siriana, ed aumenta la quota indisponibile dal quarto al terzo o alla metà.

*Non solo poi ammette la riserva, ma parla come se essa già esistesse nella prassi precedente, solo modificandone la quota.* Che questa sia la interpretazione giusta della novella 18, risulta intanto dalla semplice lettura dell'esplicito testo, al proemio e al Capo I, senza introdurvi concetti che non vi sono e senza violentarne la dizione assai chiara.

Già la stessa intestazione accenna indubbiamente a divisione dell'asse, non già delle quote *ab intestato*: « ὡστε τὴν νόμιμον μοῖραν τῶν παίδων εἶναι εἰ μέχρι μὲν τεσσάρων εἴησαν οἱ παῖδες οὐγκίας τέσσαρας, εἰ δὲ ὑπὲρ τοῦς τέσσαρας εἴεν οἱ παῖδες, οὐγκίας ἕξ »; si tratta evidentemente della separazione dall'asse, prima di  $\frac{1}{3}$  (4 oncie) e poi di  $\frac{1}{2}$  (6 oncie). Nel proemio poi, il legislatore comincia con esporre lo stato precedente del diritto in questi termini: « πολλὰκις τοῖνον καὶ ἄλλοτε τεθαυμάκαμεν ἀνθ' ὅτου τοῖς γνησίοις καὶ εὐγνώμοσι τέκνοις, οἷς ἔχουσι χάριν οἱ γονεῖς, τὸ καταλιμπανόμενον, ὃ ἤδη, καὶ χρέος καλοῦσι, μόνον τριούγκιον ἔδρισαν ἐξ ἀνάγκης καταλιμπάνεσθαι, τὸ λοιπὸν δὲ ἐν τῇ γνώμῃ τῶν γονέων ἀπόκειται . . . οἱ παῖδες δὲ, εἰ καὶ πολλοὶ κηθεσθήκοιεν, εἰ καὶ μηδὲν προσκροῦοιεν τοῖς γονεῦσι, καταιδῶνται καὶ τὸ τριούγκιον διαιρήσονται μόνον . . . ». Ora ci vuole molta buona volontà per non riconoscere, che qui si dice proprio chiaro e tondo come, nel diritto preesistente nelle provincie orientali, *i figli avevano diritto alla riserva del quarto del patrimonio, che si dividevano tra loro, lasciando gli altri tre quarti agli eredi istituiti, chiunque essi fossero*; la frase καταιδῶνται καὶ τὸ τριούγκιον διαιρήσονται è troppo perentoria, ed assolutamente inintelligibile col concetto della spettanza a ciascuno del quarto della quota *ab intestato*. GIUSTINIANO dunque qui conferma, con la sua testimonianza, che la prassi vigente in Oriente era quella eguale alla dottrina, che abbiamo visto essere accolta nella compilazione siriana. È poi anche notevole che nel testo si opera con lo stesso motivo, il quale campeggia, in materia, nella suddetta compilazione, e cioè il concetto di distinguere tra i figli buoni e i cattivi, con la preoccupazione di salvare un minimo anche per questi ultimi; nel testo greco si parla infatti di εὐγνώμοσι τέκνοις, i quali μηδὲν προσκροῦοιεν τοῖς γονεῦσι, il che corrisponde a capello alle frasi che abbiamo visto nel testo siriano « msct'bdīn », « sqwbla lpwqdnwhi », « mš'dīn ». Infine, nel § 1 si insiste nel modo più chiaro, stabilendo, fino al numero di 4 figli, μὴ τριούγκιον αὐτοῖς καταλιμπάνειν μόνον, ἀλλὰ τὴν τρίτην τῆς ἑαυτοῦ περιουσίας, τουτέστιν οὐγκίας τέσσαρας; e, per un numero di figli superiore a 4, τὴν ἡμίσειαν τῆς πάσης περιουσίας αὐτοῖς καταλιμπά-

νεσθαι μοῖραν, ὥστε ἐξαούγκιον εἶναι πάντως τὸ ὀφειλόμενον. E si soggiunge che questa quota va divisa tra tutti in porzioni uguali: ἐκάστου κατ' ἴσον τὸ τετραούγκιον τυχόν ἢ τὸ ἐξαούγκιον διαιρουμένον; mentre del residuo patrimonio potrà disporsi a piacimento: πάρεστι γὰρ αὐτῷ τὸ λοιπὸν, ὀκταούγκιον τυχόν ἢ ἐξαούγκιον, ἔχειν καὶ φιλοτιμεῖσθαι κατ' ὅσον ἂν βουληθεῖ; concludendo che queste disposizioni si riferiscono a tutti i casi cui si riferiva ὁ τοῦ παλαι τετάρτου . . . λόγος (1). Il linguaggio anche di questo paragrafo è ben chiaro. E voglio pure accennare ad un piccolo rilievo di forma. Come ho riferito, in fondo al paragrafo si allude all'antico diritto con la formula « ὁ τοῦ παλαι τετάρτου λόγος »; qui λόγος vale evidentemente « *calcolo, computo* », e, si noti, per indicare l'oggetto di questo calcolo antico si usa la parola τετάρτου, cioè « *quartae (partis)* »; la quale dizione può benissimo adattarsi al sistema romano del calcolo sulla quota *ab intestato*, prendendo di essa il quarto. Mentre prima, trattando cioè del sistema vigente e della riforma introdotta nella Novella, non si usa mai nè la parola λόγος nè quella τετάρτου o simigliante, ma si parla sempre di oncie (τριούγκιον, τετραούγκιον etc.), il che si riferisce evidentemente ad una quota dell'intero asse, ed è confermato poi dall'uso promiscuo di questa designazione con l'altra non equivoca davvero di: τρίτην τῆς ἑαυτοῦ περιουσίας, τὴν ἡμίσειαν τῆς πάσης περιουσίας. Questa diversità di espressione non è forse il segno della diversità di concezione? Il rilievo è forse molto più importante di quello che appaia; ma io non intendo di insistervi, perchè non occorre alla mia dimostrazione. Qualunque sia il senso ed il valore di ὁ λόγος . . . τοῦ τετάρτου, certa cosa è che indubbio è il senso dell'altra terminologia, la quale, checchè si voglia, contraddice proprio a chiare note alla interpretazione tradizionale della Novella, e giustifica indubbiamente la nostra.

(1) La frase completa della Novella è questa: ὁ τοῦ παλαι τετάρτου τῆς *de inofficioso veno* μοθέτται λόγος. È evidente la lacuna di questa espressione, ove manca il sostantivo corrispondente all'articolo τῆς e correlativo alla qualifica predicativa *de inofficioso*; indubbiamente la parola da supplire è μέμφεως, come risulta dai Basilici, XLI, 4, 2 in fine, che corrisponde al latino *querella*, riprodotta appunto nelle traduzioni latine della Novella. Si noti poi il valore dell'espressione: « *quarto della querela inofficiosi* », che pare opporsi al « *terzo o metà dell'intero patrimonio* », non solo per l'ammontare della quota, ma per rispetto al termine di riferimento, il che solo nella nostra interpretazione acquista significato e luce.



Per la quale, se occorresse ancora, l'ausilio di una conferma l'avremmo ampia nei Basilici, nel luogo corrispondente già citato in nota, e cioè XLI, 4, 2 (Heimb, IV, 153 sg.) (1). Ivi, nel testo e nel relativo scolio (TEOD. — *Summa*) τὸ νόμιμον, si trova ripetuta tutta la terminologia già spiegata, e si illustra in modo anche più ampio ed indubbio; per brevità omettiamo i riferimenti. Un ulteriore argomento per la nostra interpretazione della Nov. 18, può infine trovarsi nel fatto, che in altre due Novelle, ove si torna a parlare della riforma per spiegarla, si trovi già applicata, per la prima volta a nostra conoscenza, la terminologia di *Falcidia* alla *legitima portio*, proprio come nel posteriore diritto bizantino, equiparazione che corrisponderebbe appunto al senso da noi dato alla riforma. I due luoghi sono: il pr. della Nov. 66 (τὸν φαλκιδιον ὃν τοῖς παισιν οἱ γονεῖς καταλιμπάνουσιν), ed il pr. della Nov. 92 (τὰ περὶ τοῦ φαλκιδίου); e tutto il contesto pure di queste novelle corrisponde alla nostra interpretazione.

Crediamo così di avere dimostrato, che il principio della *quota di riserva o indisponibile*, già preesistente nel diritto romano-orientale anteriore alla compilazione giustiniana, fu riconosciuto espressamente ed introdotto da GIUSTINIANO nella sua legislazione con la Nov. 18 e seguenti che la esplicano; e così il diritto bizantino postgiustiniano, da noi sopra esaminato, non avrebbe fatto che continuare quest'indirizzo (2). Dato questo svolgimento,

(1) Altro luogo dei Basilici relativo al passo è lo Sch. in II, 654 ed. Heimb., ma non rileva per il nostro scopo.

(2) Nella compilazione Giustiniana invece, non vi è dubbio che fu accolto il principio classico della *quarta della porzione eventuale ab intestato*. Ciò risulta dai vari passi del Digesto (principalmente h. t. 5. 2; p. e. in L. 8 §§ 6 e 8 di ULPiano, IV ad edict., ove è detto in modo espresso), nonchè dalla esposizione delle Istituzioni (2. 18, ove si parla di *quarta legitimae partis*), e da leggi del Codice (p. e. h. t. 3. 28. 8. pr.). Se dunque la nostra dimostrazione tiene, essa significherebbe: che la compilazione Giustiniana rappresenta, anche in questo punto come in tanti altri, la riaffermazione della corrente romana contro quella provinciale, stabilendo così un contrasto tra il *reichsrecht* ed il *vollksrecht*, in direzione inversa a quella ordinariamente considerata in questa opposizione; che in seguito però, lo stesso legislatore avrebbe abolito tale contrasto, indottrinati dalla necessità delle cose, adottando come diritto ufficiale la prassi locale.

Ora, se non erro, un indizio di questa condizione di cose si troverebbe nella stessa compilazione Giustiniana, e propriamente nella l. 6 Cod. h. t.,

MAOMETTO avrebbe trovato il concetto della riserva, non soltanto nel diritto provinciale (*Volksrecht* di MITTEIS), ma nello stesso diritto ufficiale dell'impero (*Reichsrecht*). Teniamo però a rile-

che pare sia passata inosservata nella dottrina. Essa, che è dell'anno 212 (Imp. ANTONINUS, A. Ingenuo), dice brevemente così: "Cum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere si quartam bonorum mortis tempore testator reliquit inspicitur". Ebbene, il modo almeno come si esprime questa costituzione deve fermare la nostra attenzione. Appare dubbio infatti a che cosa riconnettere l'inciso "si quartam... reliquit"; se esso cioè debba collegarsi a *possint dicere*, oppure a *inspicitur*. Esaminiamo separatamente le due ipotesi.

A) La seconda ipotesi diventa una necessità, se non si vuol far rimanere il discorso troncato; e così infatti pare intesa la legge. Ma, in tal caso, anzitutto la forma grammaticale non è certo corretta, mentre si attenderebbe altra particella in luogo del *si*, p. e. *num*; il che farebbe pensare ad una interpolazione. Prescindendo poi da ciò, la risposta sarebbe essa stessa, almeno formalmente, caratteristica. Per vedere dunque se i figli possono impugnare come inofficioso il testamento, si deve guardare se il testatore ha lasciato intatto il quarto del patrimonio. Ora questa è la pura e schietta riserva, e contrasta con lo spirito di tutta la dottrina romana classica, dove si parla sempre di *quota partis quae ab intestato potuit pertinere*, come si esprime lo stesso imperatore nella cost. 8, riportata poche righe dopo nello stesso titolo del Codice, di undici anni posteriore, e cioè del 223. E questa osservazione vale indipendentemente dalla disputa se, dal punto di vista economico e del calcolo materiale, le due situazioni coincidano sempre o possano divergere. La questione che io faccio è di concetto giuridico, e, sotto questo punto di vista, si tratta di cose del tutto diverse; i giureconsulti romani parlano solo di dover assicurare un minimo beneficio ai legittimari, giammai di salvare una quota del patrimonio. È questo, se non erro, il solo testo della compilazione dove apparirebbe una concezione differente, anche se tutto dovesse solo ridursi alla espressione formale; e ciò è strano. Questa conseguenza sostanziale della ricolleganza dell'inciso ad "*inspicitur*", dà forza al rilievo grammaticale dinanzi fatto, e tutte e due i motivi insieme colorano allora abbastanza l'ipotesi della interpolazione. Ma ecco che, giunti a questo punto del ragionamento, spunta improvvisamente dal testo un indizio a conferma della nostra spiegazione generale, circa la storia dell'istituto della legittima. Come mai e perchè i compilatori avrebbero compiuto una simile interpolazione, ed in che cosa essa verosimilmente consisterebbe? Ecco; la fissazione precisa dell'interpolazione non è possibile; interpolazione deve essere però il concetto di adeguare la possibilità della querela alla violazione di una quota patrimoniale indisponibile, e ciò corrisponderebbe appunto, nel nostro ordine di idee, a quella che era la prassi orientale, cui i compilatori per naturale impulso si sarebbero ispirati, dimenticando che nella compilazione si erano accolti

vare come questa dimostrazione, per i fini particolari del nostro assunto, sia a rigore superflua. Infatti, se anche la interpretazione della nov. 18 dovesse restare quella comune, ciò non sposterebbe affatto la sostanza della nostra ipotesi storica; significherebbe

tutti i testi classici che rappresentavano il diverso concetto romano. E così la soluzione generica deve aver sostituito quella originaria contenuta nella costituzione, che probabilmente riguardava un caso concreto più o meno complicato, col relativo calcolo romano. Appare poco probabile che si ponesse il quesito in genere, quando i figli possano ricorrere alla querela; mentre una impostazione simigliante del problema si presta benissimo per figurare in un corpo di leggi come il codice. Probabilmente l'intera frase " *si quartam . . . reliquit* " è insiticia; ma nulla può dirsi in proposito, e ciò non rileva, come è chiaro, per la fondatezza del nostro ragionamento circa l'ipotesi della sostanziale interpolazione. In conclusione, ove la frase " *si quartam etc.* " si connetta ad " *inspiciatur* " ; o si ammette la interpolazione e con essa si conferma la nostra spiegazione storica dell'istituto, o il testo resta grammaticalmente e giuridicamente oscuro.

B) Che, se per sfuggire questa difficoltà, si ricorre all'altra ipotesi, cioè quella di connettere la frase " *si quartum etc.* " a " *possint dicere* " , si va incontro ad ostacoli ancora più gravi e, per altra via, si conferma sempre indirettamente di nuovo la nostra teoria storica. Anzitutto infatti, come già dicemmo, in tal caso il testo resterebbe tronco, e ciò, dal punto di vista della interpretazione legale del Codice, è impossibile; sicchè, sotto questo aspetto almeno, bisogna per forza accettare la spiegazione precedente. Ma, per noi che facciamo qui la critica storica del testo, ciò significherebbe pure che i compilatori avrebbero accettato la prassi corrente, come abbiamo sopra spiegato, e significherebbe inoltre che in tal caso l'interpolazione consisterebbe nell'aver abolito la soluzione originaria che doveva seguire all'" *inspiciatur* " , e trasformato in soluzione uno degli elementi del quesito, cioè " *si quartam etc.* " ; ma resterebbe a spiegare il senso ed il motivo di questo quesito. Orbene, basta riflettere un momento per vedere che, anche in tal caso, tutto sarebbe chiaro con lo svolgimento storico che noi supponiamo. Infatti, si tratterebbe di un quesito naturale in quelle provincie orientali, dove vigeva la prassi della quota indisponibile, di fronte al diverso concetto romano. Il senso del quesito sarebbe appunto quello di voler far chiarire la differenza dei due concetti, ed il dubbio sarebbe dato dall'eventuale coincidenza economica delle due dottrine. Il quesito dunque confermerebbe indirettamente ambedue i punti, e cioè: della esistenza della doppia dottrina, e della mentalità orientale nel senso della teoria della riserva. E quest'ultimo punto verrebbe poi rafforzato anche dal modo come, in questa ipotesi, i compilatori avrebbero modificato il testo originario. Pur in tale ipotesi adunque, concludendo; o il testo non si spiega; o si spiega nel senso di ribadire le nostre vedute.

solo che l'introduzione del principio della riserva nel diritto bizantino, invece di essere avvenuta con le novelle giustinianee, sarebbe avvenuta dopo, in tempo ed in modo a noi oggi sconosciuti; il che è un elemento secondario. Noi stessi infatti abbiamo sopra sviluppato la nostra esposizione sotto questo ultimo punto di vista; e lo abbiamo fatto appunto per dare ad essa tutto il risalto obiettivo desiderabile, e non farla, neanche apparentemente, dipendere, come in sostanza non dipende, dall'accettazione o meno della interpretazione proposta per la novella 18. Ciò spiega dunque il metodo seguito, e la riserva, prima fatta e dopo sciolta, in ordine al diritto giustiniano. Ed ora veniamo all'ultima parte della dimostrazione, perchè questa sia del tutto compiuta.

34. — Da quanto abbiamo finora esposto, risulterebbe che MAOMETTO aveva trovato nell'ambiente storico, maturato da lunga mano, il concetto della *riserva, con tendenza a crescere nella quota*. Parrebbe però che almeno fosse stata una sua particolarità la determinazione di detta quota nei *due terzi*. Ma, anche così ridotta, la sua invenzione mi sembrava inverosimile. E proprio, un ulteriore elemento mi pare che faccia cadere anche quest'ultimo punto.

A questo fine, io ho cercato nel campo delle varie fonti siriane e persiane a noi note. Speravo soprattutto di trovare qualche traccia nei recenti scritti pubblicati dal SACHAU, in materia di diritto successorio, ma nulla in essi vi è di proposito. Sebbene vi siano alcuni passi, che accennano direttamente od indirettamente ad un diritto inderogabile dei figli, non senza parecchie oscurità e confusioni; ma in questo luogo non crediamo opportuno di prenderli partitamente in esame, per non complicare di troppo la dimostrazione. Sarà il caso di farlo in un lavoro distinto su questo tema (cfr., tra gli altri, LESUBOCHT, V. 1 § 6, e SIMEONE, § 10; in SACHAU, S. R. III). Il materiale pubblicato tratta invece abbondantemente di *successione per legge*, o, come si direbbe alla romana, *ab intestato*. Questa condizione di cose, tra parentesi, ha il suo importante significato. Essa conferma cioè quello, che del resto si intuiva già dalla struttura del cosiddetto testamento greco e dall'insieme delle altre notizie relative in tutti i diritti orientali mediterranei; vale a dire che la pratica delle disposizioni di ultima volontà doveva avere in Oriente una semplice funzione suppletiva, ed essere piuttosto diretta alla



*divisio inter liberos.* Lo stato delle nuove fonti siriane conferma questa induzione.

Però, continuando la ricerca negli scritti siriani, mi pare di avere finalmente trovato quel che cercavo in quella che, fino ad oggi, è sempre la fonte più abbondante per il diritto civile cristiano dell'Asia anteriore, e cioè il «kṭba dhwdia» dello scrittore ormai noto col suo soprannome di BAR-HEBRAEUS. Il passo del libro, a cui alludo, e di cui comincio col riferire il testo e la traduzione mia, è della massima importanza, e non solo per il punto che trattiamo, ma anche per altri, come spiegherò, nell'ambito del mio metodo comparativo. Ed, a proposito di traduzione, ho con intenzione dichiarato che quella che presento è la mia; ne esiste infatti una, la nota dell'ASSEMANUS pubblicata dal Cardinal MAI nel X vol. della sua «*scriptorum veterum nova collectio*», ma essa è inservibile, ed anzi in qualche punto anche divertente, come mostrerò in nota. Io rilevo questo punto, ed insisto su di esso, per apportare ancora una prova a quella tesi, che non mi stancherò mai di ripetere, finchè i giuristi non se ne convincano definitivamente; e cioè dell'assoluta necessità per noi di essere in grado almeno di controllare l'opera dei filologi, e di renderci ragione direttamente dei testi, se non vogliamo cadere nei tranelli più grossolani, e compiere opera vana e stolta. Vedremo, nel caso specifico, che bel costrutto si trarrebbe dalla traduzione dell'ASSEMANUS!

Ecco intanto il testo di cui trattasi; che trovasi alla sez. 1<sup>a</sup> del Capo IX dell'opera citata (1), la cui rubrica è appunto: «*mtl diṭqas*», ossia «*intorno alle disposizioni di ultima volontà*», cui si applica il termine alla greca διαθήκη»: «..... hw din «*pwqda 'dma ltwlta blehwd dnksa zdq dnhwa wtrtin mnwn lir- «*twta nscṭbqnlā gir kana dnscṭbqwn bitia ṣrika wsnīqa wnw- «*kria hnwn dpṛtwta mzdqa lhwn chkmt alho lchma dpṛtwta «*awkiṭ lswgah dirtwta nqdw..... «*wmṭl dqnwna chmiscia wchd'siria dmlka iwnia sqwblin lwt «*pwqdna bd'dma llt mnwn mzdqin dthwa ditqa wchd mnt «*blehd mn arb'a tpwsc lirtwta mpsin la nqpin lhwn. wkbr mṭl «*bnia mṣ'rna hda tchmw wbdgwn. kd nktwb gbra ditqa wncḥ- «*wa dms'rnnin anscin mn bnwhi aw achnwhi mṣa hw ma dṣba*********

(1) Ed. del P. BEDJAN, (Parigi, Lipsia, 1898) a p. 161 sgg.

«*nscbwq lhwn. andin la nscrr bktiba dms'rnnin la mṣa dnglwz «*anwn lirtwhi la mṣ'rna mn trtin mnwn dirtwth. ala kbr hnwn «*nwdwn dscmin lh lditqa wldqt dktb bditqa... ».***

Di cui ecco la traduzione:

«*Le disposizioni invero debbono essere contenute nei limiti del «*terzo del patrimonio, ed i due terzi, vanno riservati all'eredità. «*Infatti, non è giusto che le persone di famiglia siano lasciate «*in povertà ed in bisogno, ed invece gli estranei, cui la sapienza «*di Dio concesse solo le briciole, prendano l'intero pane, vale «*a dire la sostanza del patrimonio ereditario.******

«*E, poichè le leggi V e XI dei re ioni (cioè, gli imperatori «*bizantini) contraddicono (a tale dottrina), in ordine alle disposi- «*zioni (a causa di morte), in quanto permettono che la διαθήκη di- «*sponga fino a tre parti, concedendo che una sola parte delle «*quattro si eroghi a favore dell'eredità, noi non le seguiamo. Ma «*forse ciò fu stabilito rispetto ai figli indegni (spregevoli, lett.). «*Ed invero, quando il disponente dichiara nella διαθήκη che sono «*indegni alcuni dei suoi figli o congiunti, può loro assegnare «*quel che vuole; se invece non dichiara nello scritto che sono «*indegni, non può sottrarre ad essi due parti dell'eredità, a meno «*che questi accettino la διαθήκη e le elargizioni contenute in «*essa (1) ».************

(1) Abbiamo detto che avremmo messo in evidenza gli errori grossolani contenuti nella traduzione dell'ASSEMANUS, ed eccoci ad indicarli.

Prescindiamo dai minori, e ci limitiamo solo a due assai gravi, che fanno cambiare il senso addirittura, anzi lo tolgono, al testo.

Il primo equivoco riguarda la traduzione del termine *mṣ'rīn* con cui si designano i figli ribelli e cattivi, che noi abbiamo indicato con l'aggettivo *indegni*, in conformità appunto dell'uso tecnico giuridico. Ebbene, l'ASSEMANUS traduce per *spuri*!! Ognuno vede le catastrofiche conseguenze di un simile *qui pro quo*. Il testo non ha più alcun senso giuridico, e ne ha anche uno sufficientemente ridicolo, laddove suppone che il disponente consacrò con ingenua dichiarazione nel suo testamento che il tale dei suoi figli è spurio!

Ora, l'errore si spiega facilmente con la circostanza, che il traduttore conosceva bensì il siriano, ma non si intendeva affatto di diritto. Invero, il nome viene dalla radice *ṣ'ar*, che esprime in genere l'idea di invilimento, di dispregio, e simili. Di qui l'equivoco dell'ottimo maronita. Del resto, in un equivoco alquanto simile, sebbene non così colossale, è caduto anche l'illustre SACHAU, laddove p. e. ha tradotto il termine per *infames* nel § 5 di R II, corrispondente a L. 9. E poi ci si venga a dire che

Questa è la traduzione del passo citato. In seguito ad esso, vi è un altro capo del trattato, che pur meriterebbe di essere discusso, ma ci porterebbe troppo in lungo, perchè dà luogo a parecchie difficoltà. Spero riparlare in altra occasione. Ai fini del nostro ragionamento basta il passo citato.

Orbene, come si vede subito, questo passo di BAR HERBRAEUS, rimasto nascosto nell'ombra, è della massima importanza sotto parecchi punti di vista, e decisivo per la speciale questione che ci occupa. E ci spieghiamo. Noi infatti avevamo trovato, seguendo le tracce dell'evoluzione, che MAOMETTO aveva pronti tutti gli elementi, nel diritto romano-siriaco a lui immediatamente precedente, in ordine al punto della riserva ereditaria, restando ignota solo la origine della speciale quota dei  $\frac{2}{3}$ . Ma, ecco il passo di BAR HERBRAEUS che fa cadere anche quest'ultima dubbio: alla stessa quota speciale dei  $\frac{2}{3}$  cioè si doveva essere giunti già prima del Profeta; ed il ragionamento, in base al testo ora citato, è molto semplice.

Cominciamo coll'eliminare subito la eventuale obiezione derivante dalla tarda epoca di questa fonte. Se questa obiezione venisse fatta, essa dimostrerebbe solo che si ignora quale sia il valore storico della collezione di BAR HERBRAEUS, come di quella

basta la filologia senza essere giuristi, per tradurre i testi giuridici orientali.

L'altro equivoco egualmente grave è quello per cui, in fondo al testo, ove si dice che può essere sanata l'eccedenza delle disposizioni, *se gli eredi consentono nelle elargizioni contenute nel testamento*, l'ASSEMANUS traduce il termine, che vuol dire "elargizioni", con "diritti", così: "*nisi illi fateantur se consentire iuribus quae scribit in testamento* (?). E il senso comune dove se ne va? Anche qui vi è la sua brava spiegazione filologica. Il termine usato "*zdqt*", viene dalla radice *sdaq*, che in origine esprime il concetto di *giusto, equo, conforme al diritto*. Può quindi significare anche *ius*, e tale spiegazione si trova pure nei vocabolari. Ma (come suole nelle lingue semitiche) da questo significato originario derivano altri consequenziali, tra cui quello di *pagamento dovuto* (cfr. l'identico nostro uso della parola "*retta*"), e finalmente anche *elemosina e dono, elargizione*. Ora ci vuol poco a capire quale sia il senso del testol

E potrei citare anche altri equivoci minori, come quello di aver tradotto *affini* invece di *coniunti*; ed altri!

Orbene, che razza di costrutto si sarebbe potuto trarre dal nostro testo sulla traduzione dell'ASSEMANUS? Dedichiamo questo bel caso a quelli, tra i giuristi, che credono ancora di poter contare sulle traduzioni dei non tecnici.

corrispondente di EBED JESU: questi libri non rappresentano affatto, nè opere originali degli autori, nè lo specchio del puro diritto contemporaneo, ma sono lavori di raffazzonamento e di compilazione (Dio sa come condotti, per usare una frase che è tanto comune proprio agli scrittori giuristi musulmani), e conservano la tradizione storica di parecchi secoli avanti alla loro redazione. Gli stessi difetti pertanto, relativi al merito intrinseco dell'opera, costituiscono d'altro lato il pregio storico di essa. Questo è indubbio, e non è il caso insistervi: ho dovuto solo accennarvi, per togliere un eventuale scrupolo in quelli che sono estranei a questi studi. Ciò posto adunque, noi possiamo e dobbiamo ragionevolmente indurre, in base alla notizia dello storico iacobita, che il sistema della riserva dei  $\frac{2}{3}$  era antico di secoli nel diritto cristiano siriano.

Ed allora, poichè noi troviamo lo stesso sistema introdotto nel diritto coranico, e *poichè sappiamo di sicuro, dalle concordi testimonianze e vivaci dichiarazioni di tutti gli scrittori cristiani, che giammai il diritto cristiano ha imitato il musulmano, mentre sono continue le imitazioni in senso inverso*, la ipotesi più verosimile è, che anche qui MAOMETTO prese dal diritto cristiano, insieme al concetto della riserva, pure la determinazione della quota. Che, se si trovasse non sufficientemente documentata questa recezione dal diritto cristiano nel musulmano, non resterebbe che l'altra ipotesi, la quale non sposta per nulla la sostanza della nostra dimostrazione, che cioè ambedue i diritti, il cristiano ed il musulmano, abbiano attinto riserva e quota dalla comune fonte di un diritto asiatico preesistente. In conclusione sempre, MAOMETTO non avrebbe inventato nulla nel suo responso famoso a *Sa'd ibn Abū Waḥḥās. Quod erat demonstrandum.*

Con questo, avremmo esaurito la disamina della origine della quota indisponibile nel diritto musulmano, il che ci ha spinti ad una digressione tanto lunga. Ma, poichè nel corso di essa abbiamo sottoposti al lettore tanti dati storici diversi, a seconda dello sviluppo del ragionamento ed in rapporto alle varie ipotesi che man mano ci si venivano presentando, sarà bene, ora che siamo giunti alla fine, di coordinare un po' tutti questi dati in un tentativo di esposizione prospettica, per evitare l'impressione di avere innanzi elementi sparsi, e magari parzialmente contraddittori. Ed è quello appunto che facciamo brevemente, come conclusione di questo discorso.



35. — Una ricostruzione precisa del processo storico non è possibile, allo stato delle nostre conoscenze; lo sarà solo quando altri documenti potranno illuminarci. Ma un prospetto di insieme si vede fin da ora.

Ed invero, di fronte alle testimonianze esaminate, non deve parlarsi di un processo unico, ma è necessario rappresentarsi lo sviluppo riconducendolo a due principi diversi, ora in contrasto ed ora in contatto tra loro; da un lato cioè, un principio che chiameremo di diritto orientale od asiatico, e dall'altro quello romano.

Il principio orientale è quello di *una riserva*, che dovette essere piuttosto *larga*, a favore almeno dei principali eredi chiamati per legge, e specialmente i figli; questa riserva a sua volta dovette forse costituire il necessario temperamento, nel passaggio da un precedente momento originario, che non conosceva assegnazioni di beni *post mortem*, ad un regime comprendente l'ammissione di simili disposizioni, perciò necessariamente limitate. All'incontro, il principio romano è quello ben noto ed arcaico della ampia *libertà di disposizioni*, nel quale regime pertanto *non è concepibile la riserva*. Essa fu soltanto ammessa in seguito, come rimedio estrinseco al pericolo della diserzione dall'*aditio*, e si consolidò nell'istituto della *Falcidia*, avente appunto questa funzione. Parallelamente, la quota legittima della cosiddetta successione necessaria sostanziale adempie ad un altro ufficio estrinseco, e cioè una sorta di provvedimento alimentare per i più prossimi parenti, ed essa è proprio una imitazione della *Falcidia*: infatti il quarto Falcidico sta all'intero asse, che spetterebbe all'erede istituito in mancanza delle disposizioni patrimoniali particolari, come la quarta legittima sta alla quota, che spetterebbe al legittimario in mancanza di testamento. In un diritto adunque (orientale), partendo dal concetto che l'erede è fatto dalla legge, si ammettono le disposizioni volontarie in una sfera limitata del patrimonio; nell'altro (il romano), partendo dal concetto opposto che la successione è regolata dalla volontà, si apportano alla libertà di questa le limitazioni richieste da esigenze concorrenti, come quelle di assicurare l'adizione dell'eredità ed il sostentamento dei prossimi congiunti.

Ora, questi due sistemi giuridici vennero in contatto in Asia, e si influenzarono reciprocamente, sviluppando un doppio pro-

dotto. Da un lato cioè, il diritto cristiano siriano-persiano, che è il risultato del diritto locale permeato dalle correnti romane; dall'altro, il diritto bizantino, che è, nel senso inverso, la trasformazione del diritto romano sotto la pressione delle influenze orientali.

Ebbene, rappresentandoci così il quadro, possiamo mettere a posto le varie testimonianze esaminate sopra, in ordine al particolare oggetto che ci occupa.

Noi constatiamo, da un lato, una serie di tentativi di coordinamento dei principi opposti in una risultante media; e dall'altro, situazioni confuse e contraddittorie. Nel primo ordine di idee, la più antica testimonianza è la recezione brusca del diritto romano, come ci si presenta nella compilazione siriana pregiustiniana, che ci pone di fronte addirittura ad una riserva identica alla *Falcidia*. Ma questa forma di recezione dovette apparire troppo stridente con la tradizione locale, e far nascere il bisogno di elevare la quota della riserva oltre il quarto. Ed a questo bisogno corrispose; prima, la legislazione giustiniana delle Novelle, ove la cosa traspare sotto le verbose dichiarazioni del magniloquente imperatore, che porta la quota a  $\frac{1}{3}$  e ad  $\frac{1}{2}$ ; e poi, la prassi relativa alla notizia contenuta in *BAR-HEBRAEUS*, che ci parla addirittura dei  $\frac{2}{3}$ , mettendosi chiaramente in rilievo il distacco dalla *Falcidia* romana.

Di contro a questi tentativi di coordinamento, sta, come in tante altre materie, la situazione caotica del diritto bizantino nel suo insieme (1). Ivi infatti, come abbiamo visto sopra, si riscontrano

(1) Se coloro, che non hanno pratica del diritto orientale, trovano esagerato che io parli, a proposito della materia ereditaria, di uno stato caotico, sono invitati a leggere quello che ne scrive EBED JESU, nella sua "Collezione dei canoni Sinodali", alla introduzione del libro III, ove tratta appunto della eredità. (Cfr. la citata pubbl.<sup>ne</sup> del MAI, a p. 55).

E lo stesso EBED JESU, che pur si esprime così vivamente in ordine alla confusione della legislazione e della letteratura in proposito, presenta gli stessi difetti nella sua esposizione, che trasse dal Patriarca MAR ELIA; tanto che io mi son ben guardato dal citare il capitolo speciale, che dovrebbe essere relativo alla legittima (XII), essendo addirittura in uno stato inadatto a potersene cavare qualsiasi costruito.

Ed accanto a questo richiamo, metto pure tutta la letteratura araba.

Le meraviglie dello ZACHARIAE pertanto, a proposito di ARMENOPULO, nei luoghi sopra citati, dimostrano soltanto l'errore profondo in cui fin qui

questi tre segni di confusionismo, e cioè: l'abbinamento del nome e del concetto della Falcidia e della legittima; la comune quota concepita come riserva; ed infine anche il ricordo dell'antico.

In questo modo, ci sembra di aver portato, nel materiale delle fonti sopra esaminate, tutta quella luce che era possibile.

Ma, prima di chiudere definitivamente questo argomento della riserva, vogliamo solo aggiungere alcune osservazioni complementari, relative alla esposizione contenuta nel passo di BAR-HEBRAEUS; le quali corroborano in diversa guisa il prospetto storico, che abbiamo or ora tracciato.

La prima osservazione riguarda la motivazione della elevata quota indisponibile, consistente nel diritto che i più stretti congiunti hanno sui nostri beni, in conformità dei precetti divini. Come è chiaro, siamo appunto nell'ordine di idee orientale originario, che i beni sono in sostanza della famiglia, ed in primo luogo dei figli; di nuovo ci è solo il richiamo alla nuova religione (il testo si riferisce anche a S. PAOLO, nel passo che abbiamo ommesso), ma il concetto è quello stesso p. e. del diritto ebraico. La volontà è considerata in sottordine, solo per le briciole, come si esprime lo stile colorito dell'Autore.

Un'altra osservazione attiene al consueto motivo, che anche qui ricompare, di una distinzione cioè tra figli buoni ed obbedienti, e figli cattivi e ribelli e quindi indegni, come base discreta di un diverso trattamento nella successione. Abbiamo visto che lo stesso concetto si trova nella collezione siriana e nelle novelle Giustinianee; in genere, è comune a tutta la letteratura orientale e bizantina; il che significa adunque che costituisce un punto di vista fondamentale. Del resto, ciò è consentaneo alla idea dei beni familiari. Soltanto è notevole, nel nostro passo, che, nel caso di figli cattivi, pare che si tolga ogni limite alla volontà del padre, mentre vedemmo che, negli altri testi, e specialmente nella collezione siriana, il limite minimo è dichiarato espressamente comune ad ogni sorta di figli; qual'è la spiegazione di questa notevole differenza? Allo stato delle nostre cono-

si è caduti, di staccare cioè la letteratura bizantina dall'ambiente orientale, al quale appartiene, per accostarla a quello romano, cui invece è estranea. Torniamo sempre al concetto della necessaria unità di studio del diritto orientale. ARMENOPULO vale EBED JESU; *arcades ambo!*

scenze non si può dare; deve essere avvenuto un mutamento nel diritto ultimo, perchè il concetto riappare anche in altri testi che noi abbiamo qui ommesso per brevità (Cfr. TIMOTHEOS § 93, e JESUBARNUM §§ 106 e 111; in SACHAU, S. R. II). Comunque, questa ultima circostanza è irrilevante per la nostra dimostrazione; ma ci è sembrato opportuno il notarla.

Resta a dare qualche spiegazione, relativa alle fonti di diritto citate da BAR-HEBRAEUS con la semplice designazione numerica di leggi V e XI. Qual'è il valore di questa designazione, ed a quali testi essa si riferisce? Sappiamo che BAR-HEBRAEUS, come egli spiega nella introduzione, e come del resto fecero EBED JESU e gli altri scrittori di cose giuridiche (1), in materia di diritto civile aveva innanzi a sè una redazione di quello che noi chiamiamo « libro di diritto siro-romano »; ma, poichè il nostro autore cita per numeri ed a senso, e poichè le varie redazioni che noi possediamo non concordano (2) tra di loro, e nessuna di esse concorda con tutte le citazioni dello storico siro, non è possibile indicare con precisione il riferimento dei numeri sopra citati. Il SACHAU, che ha studiato il problema in generale, ha cambiato opinione. Infatti, nell'edizione insieme al BRUNS (3), propendeva a riaccostare le citazioni di BAR-HEBRAEUS al nostro ms. arabo (V corrisponderrebbe al § 4 del ms. ar. = L. 9 sulla legittima, da noi comentato sopra; e XI al § 10 del ms. ar. = L. 27 sulla Falcidia, da noi citato); mentre, nella seguente edizione dei mss. romani, tende a ritenere che si dovesse trattare di una redazione diversa da tutte quelle che noi conosciamo (4). Ma, studiando meglio la cosa, io ho identificato la prima citazione, cioè il n. V; esso corrisponde proprio al § 5 di R. II, che è equivalente a L. 9 ed ar. 4. Quanto invece all'altra citazione, n. XI, abbiamo che il § XI di R. II tratta di tutt'altro argomento, mentre il § 10 dello stesso manoscritto tratta della Falcidia e corrisponde proprio a L. 27, in conformità del ms. arabo. Da ciò segue che BAR-HEBRAEUS doveva avere sott'occhio una redazione molto vicina

(1) Cfr. SACHAU, nella edizione BS. a p. 175 sgg.; e nella edizione dei mss. romani a p. XVII sg. della prefazione.

(2) Cfr. il citato mio scritto: « *Sul fr. L. 38 del libro di dir. siro-romano* », a note 1 e 2.

(3) a p. 178.

(4) a p. XVIII della prefazione.



alla nostra R. II, se non addirittura questa, con qualche suddivisione in uno dei paragrafi da 6 a 9 (1). Tale computo ha per noi una sola importanza, quella cioè che, secondo dunque ogni verosimiglianza, il tardo scrittore siro al pari del bizantino confondono insieme legittima e Falcidia nel diritto romano, mentre nella compilazione siriana antegustiniana le due cose, come vedemmo, erano tenute ancora distinte. Il che corrisponde allo svolgimento accennato.

E così resta chiusa definitivamente questa larga digressione, sull'origine del principio coranico della riserva di due terzi. Ed ora riprendiamo l'esame delle altre norme regolatrici della *waṣījah*, riattaccandoci pertanto al filo del discorso in fine del n. 30 del presente capo (2).

(1) Fino a che punto potrebbero illuminarci in proposito ulteriori accurate ricerche, intorno all'importante richiamo contenuto nei due compilatori copti, IBN AL 'ASSAL e MACARIUS (Cfr. BS. p. 179), da cui risulterebbe che il nostro libro siro-romano non sarebbe che una parte di una più generale collezione di *canoni regi*?

Io credo che vi siano elementi, per spingere la investigazione su questo importantissimo argomento, assai più in là di quello che ha fatto il SACHAU; ed è uno dei tanti temi che avrei in animo di trattare, se ne avrò il tempo.

È certo che una indagine simile potrebbe essere di un valore straordinario, per mettere nella debita luce il diritto civile cristiano orientale; e solo da giuristi può essere compiuta. Non so quindi accontentarmi di quel che scrive il SACHAU a p. XIX della sua prefazione ai manoscritti romani, a proposito delle due versioni arabe della Vaticana. Ecco ad ogni modo un bellissimo tema di studio, tra mille, per i futuri giuristi orientalisti, che mi lusingo ancora di veder fiorire in epoca non troppo lontana, in seguito a questo mio incessante incitamento.

(2) Prima di lasciare l'argomento della riserva, notiamo incidentalmente una inesattezza di traduzione, che è sfuggita a p. 162; la quale va rilevata, perchè muta completamente il senso del passo. Ivi si leggono, a proposito della riserva, queste parole: « *La dottrina sciafeita raccomanda « persino di non disporre di più d'un intero terzo dei suoi beni per testamento, se gli eredi non sono ricchi »*. Il passo tedesco corrispondente dice così: « *Die schafiitische Lehre empfiehlt sogar, nicht über ein volles « Drittes des Nachlasses testamentarisch zu verfügen, wenn die Erben nicht « etwa reich sind »*. Ora, evidentemente, esso vuol dire: « *La dottrina « sciafeita raccomanda perfino, di non arrivare nemmeno a disporre per « testamento fino ad un intero terzo del patrimonio, se gli eredi non sono « ricchi »*. Così infatti si ha un senso; altrimenti no.

## XI.

## Segue: Disposizioni di ultima volontà.

- D -

36. — Nei numeri precedenti abbiamo esaminato le due caratteristiche più importanti della *waṣījah*; e cioè, il consistere di essa in disposizioni particolari, e l'essere queste limitate nell'ambito di un terzo dell'asse ereditario, al netto di tutti gli oneri volontari e legali, come abbiamo accennato nel capo dell'eredità.

Brevemente diamo ora notizia delle altre norme fondamentali, seguendo l'ordine del libro in esame:

a) Connessa alla regola della porzione disponibile, è l'altra, che le disposizioni eccedenti il limite legale possono essere convalidate dal consentimento degli eredi, i quali sarebbero lesi.

b) Altra norma, collegata alla dottrina della riserva, è l'estensione del limite del terzo patrimoniale ad altri negozi giuridici, al di fuori delle vere e proprie disposizioni della *waṣījah*, come già accennammo incidentalmente sopra. Ossia, in una parola, questo limite vale per ogni sorta di attribuzioni a titolo gratuito, le quali avvengano in un momento in cui vi è pericolo di morte vicina (malattia grave, condanna a morte, traversata del mare in tempesta, prigionia presso nemici che uccidono i prigionieri, residenza in paese infetto o in zona di guerra, e simili). Queste disposizioni però resterebbero convalidate superandosi il pericolo, o, nel caso contrario, sopravvenendo il consenso da parte degli eredi, in conformità della regola precedente.

Abbiamo, come si vede, una specie di *donatio mortis causa* rovesciata. Cioè, in luogo di un atto convalidato dalla morte ed annullato dalla sua mancanza, si tratta tutt'al contrario di un atto annullato dalla morte e convalidato dalla mancanza di essa. Coordineremo questo importante rilievo, insieme agli altri elementi elencati, nell'esame generale del contenuto della *waṣījah*, or ora dopo esaurito l'elenco.

c) Segue nel testo un sobrio accenno alle condizioni riguardanti i due soggetti relativi alle disposizioni, e cioè il disponente (*al-Mūṣī*) ed il beneficiario (*al-Mūṣā lahu*); e l'oggetto (*al-Muṣā bihi*). A questo proposito in verità, trattandosi di materia stret-

tamente giuridica e delicata, sarebbe stato desiderabile un po' meno di concisione. Tanto più che la concisione non è qui davvero sinonimo di esattezza. Torna il difetto che già avemmo a notare nel cap. VI al n. 23, di confondere sempre tra incapacità giuridica ed incapacità di agire, e di usare in un modo tanto improprio il termine ed il concetto di tutela (cfr. la nota (1) a p. 163 della traduzione) (1).

d) È vietato disporre a favore degli eredi chiamati dalla legge. Si nota come questa disposizione sia di pretta natura coranica, in seguito all'introduzione delle quote fisse (*farḍ*) operata da MAOMETTO, mentre nel diritto precoranico sarebbe anzi stato consuetudinario il beneficiare i più prossimi membri della famiglia.

L'intento fu evidentemente quello, di non fare alterare dalla volontà individuale le proporzioni fisse stabilite dal diritto divino.

e) La disposizione deve essere accettata dal beneficiario, e questa accettazione (*ḳabūl*) deve esser fatta quando si è aperta la successione, cioè dopo la morte del disponente.

f) Le disposizioni sono sempre revocabili fino alla morte.

g) La *waṣījah* è un negozio amorfo, salvo la prova della effettiva volontà per mezzo di testimoni, secondo il sistema generale in diritto musulmano.

h) Possono, oltre le disposizioni patrimoniali, contenersi nella *waṣījah* anche nomine di tutori, e di esecutori testamentari (istituto comune del diritto orientale, e comprovato oggi largamente dai papiri greco-egizi), e manumissioni di schiavi.

(1) Per vedere fino a che punto arrivi la preterizione di ogni riguardo ad una terminologia, non dico rigorosa ma soltanto tollerabile, si osservi per es. la nota (2) a p. 125 della traduzione, ove si riferisce, senz'alcuna spiegazione, la dottrina musulmana di ricollegare sotto lo istituto dello *ḥadīr* anche il limite di disposizione di chi è in pericolo di vita, come notammo in fine del n. 23 di questo nostro scritto.

Orbene l'A., oltre a prospettare nuda e cruda questa stranezza al lettore giurista europeo, parla di incapacità di agire degli schiavi, in una forma assai curiosa. Ma lo schiavo non ha affatto incapacità di agire, tanto è vero che compie negozi pel suo padrone; sibbene ha incapacità giuridica. La distinzione tra i due concetti è altrettanto fondamentale quanto elementare. (Cfr. BONFANTE, *Isl.*<sup>5</sup> § 24 p. 72). In diritto musulmano poi la stessa incapacità giuridica non è assoluta; basterebbe l'istituto della *ḳilābah*. Eh via! Bisogna smettere di parlare di diritto in questo modo; ed ogni indulgenza in proposito è da condannare.

Ciò posto, veniamo ora ad alcune brevi osservazioni riassuntive sull'istituto della *waṣījah*.

- E -

37. — Passando a queste conclusioni, ripeto ancora una volta che la natura del lavoro mi obbliga a limitarmi a fugaci accenni, ad indici di problemi e di soluzioni, mentre la materia è piena di gravissime ed attraenti quistioni storiche: vi ritornerò sopra altrove.

Le mie brevi osservazioni conclusive riguarderanno tre punti: il concetto; il nome; la situazione di insieme in diritto comparato.

a) — Sul concetto, ci pare che gli elementi forniti autorizzino omai a ritenere come certo il parallelo tra queste disposizioni del diritto musulmano e l'istituto romano della *donatio m. causa*, parallelo accennato fin dal principio del precedente capitolo.

Parlare di *testamento* è erroneo, così nel senso rigoroso romano della *heredis institutio*, come anche in quello moderno in quanto si riferisca alla *chiamata nei beni a titolo universale*. Abbiamo visto infatti che nè l'una cosa nè l'altra sono possibili nella *waṣījah*; che anzi sono espressamente escluse. Ciò che solo si può fare in essa sono singole disposizioni particolari, a persone estranee all'eredità, di beni determinati, entro i limiti di una quota patrimoniale disponibile. E ciò esclude del tutto il concetto di un vero testamento.

Dall'altra parte, le norme fondamentali, che reggono simili disposizioni, concordano appunto, nella sostanza, con la natura delle d. m. c. Ed è facile persuadersene.

Anzitutto dunque, il carattere di disposizioni particolari da valere solo dopo la morte, e disposte in contemplazione di essa. L'elemento della contemplazione della morte è tanto essenziale e costitutivo, che si considera in certo modo come di carattere obiettivo anzichè intenzionale, in maniera da arrivare a presumerlo in base ad opportune condizioni di fatto; e questo è appunto il fondamento della strana equiparazione che abbiamo visto, rispetto al limite del terzo, per tutta una serie di atti, che, formalmente almeno, non appartengono alla *waṣījah*.

Ed è così, che questa equiparazione finisce quindi per diventare, come sopra accennammo, essa stessa l'argomento quasi



più importante per la nostra costruzione giuridica. In apparenza, la regola, che annulla simili disposizioni eccedenti la disponibile sopravvenendo la morte e le convalida nel caso contrario, sembra piuttosto accennare al concetto inverso; ma basta riflettere un momento per persuadersi della verità. Invero, quando sopravvenga la morte, si verifica nel fatto quella che era semplice presunzione di riguardo a tale evento, e la disposizione, dovendosi considerare in realtà *mortis causa*, si annulla come eccessiva. Quando invece il pericolo della morte sia scongiurato, viene in certo modo a mancare nel fatto la base della *praesumptio iuris tantum*, diremo col linguaggio del diritto comune; e la disposizione, non potendosi più considerare *mortis causa*, ma costituendo invece una vera e propria donazione *inter vivos*, non può essere più soggetta al limite della *waṣījah*, e deve considerarsi valida.

Ma anche altri coefficienti inducono sempre in questa direzione. Consideriamo p. es. la riassunzione della necessaria accettazione della elargizione, da parte del beneficiato, nell'istituto generale del *ḵabūl*. Come accennammo incidentalmente anche sopra, abbiamo qui da fare con una costruzione giuridica caratteristica del diritto musulmano, che riguarda la teorica generale dei negozi giuridici contrattuali, usando questa parola nel senso moderno. E cioè, la validità del negozio dipende da una valida offerta (*idjāb*) e da una corrispondente valida accettazione (appunto *ḵābul*). Ora, il ricomparire qui la cosa ed il nome, tale e quale come nelle donazioni *inter vivos*, significa appunto che la struttura giuridica è la stessa, salvo le modificazioni che derivano dal carattere particolare, di essere l'atto compiuto in contemplazione della morte (*mortis causa*).

Anche la esclusione degli eredi dalla normale direzione di questa liberalità, pur avendo la sua spiegazione nel concetto sopraccennato, ed anzi in certo modo proprio per questo, conferma il nostro punto di vista. Infatti, poichè tra gli eredi, oltre quelli a quota fissa, vi sono quelli *per universitatem*, la separazione da loro, dei beneficiati nella *waṣījah*, dà a questi uno spicco cattere particolaristico insieme e non ereditario.

In questo senso, il non applicarsi ad essi il termine *warith* ha anche il suo valore. Ciò significa che vi è una netta separazione di concetto tra le due categorie di persone, quelle beneficiarie sul terzo disponibile, e quelle aventi diritto *ex lege* sui

due terzi rimanenti, che costituiscono il vero asse ereditario. La stessa possibilità di convalidazione dell'eccedenza sul terzo, da parte degli eredi, rientra in questo concetto, inquantochè la convalidazione è considerata come implicante trapasso dall'erede al beneficiato, e non dal *de cuius* ad esso. Ciò significa dunque che le disposizioni contenute nella *waṣījah* vanno intese come un distacco, un accantonamento dal patrimonio ereditario, una diminuzione di questo, ad analogia appunto di quanto avviene con gli atti di trasferimento *inter vivos*; con la sola differenza che, eccezionalmente ed entro i limiti di quantità fissati dalla legge, quelle sortiscono effetto giuridico solo in occasione della morte.

E basterà su questo primo punto.

b) — Che cosa ci dice il nome dell'atto, di cui ci occupiamo, in relazione al suo concetto?

La domanda che io qui formulo è troppo grave, per ammettere una risposta sicura, allo stato addirittura rudimentale in cui si trovano gli studi tecnici (che sono i soli degni di considerazione), non soltanto di diritto musulmano, ma di diritto orientale in genere. E perciò dobbiamo limitarci in proposito a fare dei semplici rilievi, ma non senza il loro peso. In questa parte anche, come sopra del resto, *rem novam et insolitam aggredimur*, dirò capovolgendo una celebre espressione.

Il nome arabo è *waṣījah* come abbiamo tante volte accennato. Questa denominazione si richiama ad una radice fondamentale *waṣā*, che esprime il concetto di *congiungere*. Da essa deriva una forma secondaria *waṣṣā*, che significa insieme *raccomandare*, *affidare* da un lato, e *disporre*, *ordinare* dall'altro. È propriamente questa forma che si usa come espressione verbale corrispondente al sostantivo *waṣījah*, che perciò si collega direttamente ad essa; e alla medesima si riconnette il nome *wasj*, che esprime insieme, quella specie di tutore che può essere nominato nella *waṣījah*, e colui che fu tradotto con la designazione europea di « esecutore testamentario ».

Orbene, da questi dati linguistici risulterebbero proprio gli elementi, che ci riportano in qualche modo alla designazione romana di *legare* e di *legatum*. E, tenendo presente la diversità di termini per i chiamati dalla legge e per il relativo asse (*warith*, *wirātaht*), che corrispondono appunto ai latini *heres*, *hereditas*, il parallelo è degno di attenzione

Con questa conseguenza dunque, che nel diritto musulmano verrebbe a sparire il concetto di *erede testamentario*, e quindi di *testamento* come diretto alla designazione di quello. A differenza però del legato giustiniano, la disposizione di cui trattasi non è concepita come un onere dell'erede, ma opera in una sfera giuridica separata dalla eredità, in modo da attuare un rapporto diretto tra disponente e beneficiario, la cui effettuazione, ricadendo dopo la morte del primo, rientra perciò nel largo compito del *wašij* (esecutore), il quale impersona in sé l'efficacia dell'azione espressa dal verbo *waššā*, donde trae il nome. Ed allora, dal concetto di *legatum* passiamo senz'altro a quello affine di *donatio mortis causa*. L'analisi linguistica corrisponde così a quella dommatica. Inoltre, questa interpretazione della terminologia di diritto musulmano è mirabilmente confermata dalla situazione parallela terminologica nei diritti affini mediterranei che meglio conosciamo, e cioè il greco, il cristiano siro-persiano, e lo stesso ebraico.

Infatti, la greca designazione *διαθήκη* vale proprio in tutto e per tutto l'araba *wašijah*, e si riferisce anch'essa al concetto originario di disporre, ordinare le singole cose (*διατίθημι*), con riaccostamento alla manifestazione di volontà contrattuale. Tant'è vero che il nome, come notò il BONFANTE (1), servì ai Settanta per tradurre l'ebraico *brīt* nel luogo celebre dell'Esodo ed in altri passi della Bibbia, dove vuol dire *pattuizione*, ed in conseguenza la legge data da Dio ed accettata dal popolo d'Israele. Ed è solo per l'erronea equivalenza, che si fece poi tra la *διαθήκη* greca ed il latino *testamentum*, che ne venne fuori l'assurda denominazione del *vetus* e del *novum testamentum*, con tutte le altre stranezze messe in luce appunto dallo stesso BONFANTE nel luogo citato.

Analoga terminologia noi troviamo nelle fonti siro-persiane, dove è appunto adottato il termine greco *διαθήκη*, con spiegazione che esso equivale a « disposizione delle singole cose che ci appartengono ». In proposito, basterà citare proprio lo stesso luogo di BAR-HEBRAEUS sopra riferito, dove, in principio del capitolo, si fornisce appunto questa illustrazione. Ivi infatti

(1) Cfr. Vol. I degli *Scritti giuridici vari*, (St. Tip. ed. Tor., 1916), a p. 423 sgg. E gli autori ivi citati.

si legge: « hi dn'bd brnscia ditqa awkit pwqda wnprns hlin « dilh qdm mwth... »; e cioè: « può alcuno fare la *διαθήκη*, ossia « provvedere a disporre delle cose che gli appartengono, in pre- « visione della morte ».

Ed in questo senso è sempre usato e ripetuto in quella letteratura. Del resto, a prova che, per gli scrittori caldei, non vi era altra differenza tra la donazione ordinaria e la *διαθήκη*, se non che quella produceva i suoi effetti *inter vivos*, e questa invece era diretta a valere dopo la morte, ossia dunque va considerata come una pura e semplice *donatio m. causa*, basterebbe citare il caratteristico luogo del Patriarca CHENÂNISCHÔ (XXI. § 8) (1) del seguente tenore:

« rchia datihbt mn fln lfln-an bktba dmnh wlh azddqt la scia- « liṭ dncschlp lktba dchda zbn at'bd - an din bktba dditqa rscima « ihibwth drchia scialiṭ dncschlp ditqa din kma dchi hw hw d'b- « dh lit bh chschw 'i mita hw blchwd msctrra »

E cioè:

« Un mulino fu dato da un tale ad un tal altro. Se soltanto « in base ad una scrittura fu donato, non è lecito di mutare lo « scritto una volta fatto. Se invece fu scritta in una *διαθήκη* la « concessione del mulino, è lecito di mutarla, perchè la *διαθήκη* « durante la vita di colui che la fece non ha effetto, ma solo « dopo la morte acquista efficacia ».

Si può essere più espliciti di così? Tra donazione e *διαθήκη* non ci è altra differenza, che l'una è negozio *inter vivos* e l'altra *mortis causa*.

Infine, nel diritto ebraico si ripete la stessa situazione. Abbiamo già notato sopra come esso serva, col riaccostamento di *διαθήκη* a *brīt*, ad illuminare il significato del termine greco: ma qui intendiamo di esaminare la cosa sotto un altro aspetto, quello cioè della terminologia tecnica in uso, per indicare l'atto contenente le disposizioni *mortis causa*. Ed in questo campo ci troviamo nella fortunata condizione di poter fare il collegamento coi vari diritti che stiamo esaminando.

Infatti, il termine tecnico originario ebraico è *šwh*, la cui radice esprime proprio, come la corrispondente araba *wāṣa*, insieme i concetti di *disporre* e di *comandare*, e rappresenta dunque il

(1) Cfr. cit. SACHAU. S. R. II, p. 41.



vero parallelo al termine tecnico di diritto musulmano. Anzi, con una delle solite espressioni miste ebraico-caldaiche, si trova congiunto al termine aramaico *sc̄tr*, che indica proprio il *documento contrattuale* (il greco *χαιρόγραφον*), nella formula: *sc̄tr šwh*, che è la fotografia del concetto che stiamo illustrando. In seguito poi, quando nelle scuole misniche si fusero, nel crogiuolo della dottrina giuridica ebraica, i vari elementi storici dell'ambiente, fu presto adottato il termine greco *διαθήκη* anche nell'uso corrente rabbinico, e lo si trova di frequente così nella *Miscnā* che nel *Talmud*; non occorre citare esempi. Cosicché noi vediamo ricongiunti il diritto greco, il siriano, l'ebraico e il musulmano (1).

La terminologia adunque è assai eloquente a favore della nostra tesi.

38. — c) — Resta ora di fare qualche rilievo sulla situazione complessiva in diritto comparato.

Da tale punto di vista, il compito sarebbe assai lungo, ed implicante troppo sottili e complicate controversie, per poterlo assolvere di scorcio in questo luogo. Nostro intento invece è soltanto di indicare il largo campo di simili ricerche, le quali servono ad integrare e illuminare insieme quelle, che finora si sono svolte con molta vivacità limitatamente ad un lato solo dell'ampio quesito storico, e per avventura non il più importante, vale a dire la nota controversia del rapporto tra il testamento romano ed il greco. Orbene, le nostre indicazioni e ricerche mettono in evidenza per lo meno due punti: a) l'uno, che il quesito storico deve allargarsi a tutto il campo dei diritti mediterranei; b) l'altro, che, allo stato delle cognizioni, appaiono sempre più fondate le idee direttive della dottrina del BONFANTE in questo argomento. E, poichè questa dottrina è più che altro una intuizione sulla base dell'esame strutturale degli istituti, la conferma

(1) Si può qui anche rilevare la congettura, che nel passo del *Talmud* babilonese, *Sanhedrin 91a*, ove si legge la designazione oscura di *agaṭin* per le disposizioni *mortis causa*, si debba sostituire alla prima lettera *alef* (a) il *lamed* (l), e così avremmo la prova della recezione del termine romano *legatum*, a similitudine di quanto compare nei documenti siriani contemporanei. (Cfr. *op. cit.* del MAYER, vol. 2, p. 498 nota 1). Del resto, come osserva il GOLDSCHMIDT, nel VII volume della sua traduzione del *Talmud* babilonese (Berlino, Calvary, 903, a p. 386, n. 44), in ARUCK si trova appunto *lḡṭin*.

che essa riceve dall'indagine su ulteriori elementi storici, testimonia anche della bontà del metodo di investigazione.

Guardando nel loro complesso i dati, dei quali sopra abbiamo fatto parola, una cosa salta subito agli occhi; e cioè la posizione del tutto singolare che prende il *testamento* romano, nel *quadro generale dei diritti mediterranei*; e ciò sia in ordine alla terminologia che al concetto.

Dal punto di vista terminologico, due rilievi sono degni di esame. L'uno, che, come abbiamo visto, in tutti i diritti osservati il vocabolo indicante l'atto delle disposizioni di ultima volontà *accenna a provvedimenti particolari patrimoniali, e si ricollega ai negozi contrattuali nel sistema del proprio diritto*. Ma ciò non vale davvero per il vocabolo romano *testamentum* (1), per quanto ignota sia la sua origine (si ricollega a *testari*?); laddove esistono altre designazioni per le disposizioni particolari patrimoniali (*legatum, donatio mortis causa*), mentre il *testamentum*, prescindendo ora dal suo concetto, è certo che può non contenere disposizioni di tal genere, indubbiamente non trae da esse la sua efficacia, ed infine lo si considera onninamente distinto dal negozio contrattuale.

L'altro rilievo è che, nei diritti semitici, dove pur appare il termine corrispondente al romano *heres* nel diritto successorio, esso è sempre usato per indicare la successione per legge, e non quella derivante dalla volontà del defunto; chè anzi a quest'ultima si contrappone (2). Mentre nel diritto romano, non solo la designazione di *heres* si estende alla successione testamentaria (3), ma anzi si dice che proprio questa designazione è

(1) Fuori delle fonti romane, la parola si trova nelle iscrizioni osche (ZVETAJEFF, *Syll. Inscr.* 63; MOMMSEN, *Unter. Dial.* 177, n. XIV; MITTEIS, *Röm Privatr.* I p. 9), nella forma di *tristamentom* o *tristamentud*.

(2) Nel diritto greco non vi è la radice corrispondente ad *heres*, ma vi sono egualmente due parole diverse relative alle due posizioni concettuali. E cioè, *κληρονόμος*, che ha significato patrimoniale, si riferisce alle disposizioni della *διαθήκη*; e *εὐδοχος*, che rappresenta il concetto della successione, della continuazione, della posterità, designa il successore legittimo (Cfr. BONFANTE, *op. cit.*, vol. I, p. 333 sg.).

(3) Il MITTEIS, (*Röm Priv.*, I, p. 104 n. 27), osserva che, nella legge agraria del 643 v. 23, *hereditas* sarebbe usata per indicare esclusivamente la successione intestata, in opposizione a *testamentum*; e suppone che questo forse potè essere l'uso primitivo della terminologia. In verità, non

*caput et fundamentum totius testamenti*. A questo rilievo di carattere terminologico sembra portare una eccezione il linguaggio del libro siro-romano, dove appunto si trova *heres* anche usato per gli onorati dalle disposizioni del *de cuius*, nel senso romano (cfr. p. e. il § 1 del ms. L. : « an din lit lh bnja scialit dnwrt lkl db'a » = « se non ha figli, può nominare erede chiunque vuole »; ma ciò non significa nulla, perchè vuol dire evidentemente che la collezione ha risentito, anche per questa parte, l'influenza del diritto romano, mentre noi dobbiamo ricercare la condizione genuina del diritto siriano nelle altre fonti.

Questa situazione terminologica corrisponde perfettamente a quella concettuale, per cui il diritto romano ci presenta la singolarissima e tipica *heredis institutio*, intesa in senso puramente formale e come costituente la sostanza stessa del testamento; cui contrappone ogni sorta di disposizioni patrimoniali determinate. Tutti i diritti esaminati invece fanno consistere proprio in queste disposizioni il contenuto dell'atto, sia pure che esse eventualmente esauriscano il patrimonio, ed ignorano il nome ed il concetto della *heredis institutio*. Mi richiamo qui alla minuta esauriente dimostrazione, che di questa condizione di cose ha ripetutamente fatto il BONFANTE nei rapporti del diritto greco, contro il continuo rinascente sconoscimento di idee, altrettanto semplici ed elementari, quanto fondamentali e tecniche per la scienza del diritto, il che spiega la non intelligenza di esse da parte dei filologi (1). Quello che ha detto il BONFANTE, per il diritto greco, si può ripetere per gli altri che noi qui abbiamo ricordato, come risulta dai dati sopra esposti; tanto più, come abbiamo visto, che la terminologia greca è stata ricevuta così nel diritto cristiano che in quello ebraico dei bassi tempi.

Il distacco adunque tra il diritto romano e gli altri è perspicuo all'occhio del giurista. Ma come si spiega questo fenomeno

è ben sicuro questo significato nella citata legge agraria, dove può anche il discorso non implicare la opposizione che è parso di vedere al MITTEIS. Ad ogni modo, se pure tale fosse l'uso antico, ciò non sarebbe in contrasto con la ipotesi di sviluppo che noi svolgiamo nel testo; poichè ammettiamo che il punto di partenza è sempre, anche in diritto romano, per la successione, la qualità di figlio.

(1) Cfr. i vari citati lavori, compresi nel I vol. dei suoi « *Scritti giuridici vari* ».

meno storico nel nostro argomento; mentre pure, in tanti altri campi, i contatti tra i vari componenti il gruppo dei diritti mediterranei, compreso in essi il romano, sono innegabili? In verità, una spiegazione vera e propria oggi non è possibile darla in modo assoluto, essendo troppo rudimentali questi studi, e insufficienti i documenti *specialmente pel diritto romano arcaico*. L'essenziale è notare e riconoscere il distacco, ed escludere intanto l'aberrante dottrina, che vorrebbe riattaccare il testamento romano alle disposizioni *mortis causa* del diritto orientale (si riattacca in verità al diritto greco dagli scrittori, per la buona ragione che solo questo finora è stato studiato; ma, dietro quanto abbiamo esposto, bisognerebbe dire in genere diritto orientale). Tuttavia, desidero a questo punto aggiungere alcune osservazioni suppletive, a proposito di un diritto del quale finora ho a bella posta taciuto; le quali osservazioni possono costituire un contributo, sia per la soluzione della questione in generale, sia per chiarire ancora meglio un equivoco indirizzo, che negli ultimi tempi *specialmente* hanno preso molti dei sostenitori della dottrina storica che noi qui combattiamo. Il diritto cui alludo è l'*arcaico babilonese-sumerico*, e l'indirizzo scientifico è quello di cercare il punto di contatto, tra il testamento romano e l'orientale, nel cosiddetto *testamento-adozione*, che rappresenterebbe il concetto originario.

Tutti i romanisti sanno in che consista questa dottrina, e quali siano i suoi argomenti; cose che io qui debbo presupporre note, non potendo deviare verso la illustrazione di esse.

Qui mi limito a riassumere, per venire a qualche conclusione mia. Orbene, lo strano collegamento di idee espresso dalla formula « *testamento-adozione* » deriva in sostanza dall'aver fatto due fondamentali confusioni, da cui sono derivate poi molte altre, e cioè: a) assimilare l'eventuale attribuzione dell'intero patrimonio, ossia una attribuzione di carattere universale, alla romana istituzione di erede; b) derivare dall'eventuale giustaposizione, nello stesso atto, di una adozione per dopo la morte con una disposizione dell'intero patrimonio (cioè la pseudo-istituzione di erede), un intimo rapporto di unità tra le due, da intendersi inscindibilmente connesse e costituenti un concetto organico. Ma la fallacia di queste due concezioni è troppo chiara. La prima è proprio la negazione delle idee romane, identificate



con le moderne (in dir. romano l'attribuzione *per universitatem* è compatibile col legato e col fedecommesso, ed indipendente dalla istituzione). La seconda costituisce un errore volgare di logica, oltre che sta contro anche al fatto, che le due cose si trovano pure separate. In tutto questo dibattito non vi è che un elemento vero, e cioè l'osservazione del valore particolare, che in origine doveva avere anche in diritto (perchè, nel fatto, ciò corrisponde anche allo stato di oggi), la qualità di figlio, rispetto alla successione. Ma il BONFANTE ha largamente illustrato anche questo punto, e mostrato che esso, mentre non può bastare a costituire il fondamento del testamento-adozione, viceversa non rappresenta un ostacolo alle idee da lui esposte (1).

Le quali si possono assommare, se non vado errato, in questi concetti: egli cioè ammette esser giustissimo, che il tipo primitivo della successione sia quello, che consiste nel considerare i figli come i naturali ed i soli continuatori della famiglia, nel nome, nella dignità e nel governo. Giustissimo, che sia inammissibile nelle origini, per qualunque diritto, la chiamata di estranei a questa spirituale funzione. Giustissimo, che l'esigenza originaria sia incompatibile con un sistema duplice di chiamata, ma lo voglia unico, e questo unico appaia, per i detti motivi, legato alla cerchia dei più stretti congiunti. Ma soggiunge che il problema, a cui si ricollega la natura del testamento romano primitivo, è un altro; e la soluzione, che egli ne presenta, non è affatto incompatibile con le verità elencate, ed anzi le presuppone. Il problema consisterebbe nel trovare un modo di fissare, in una determinata persona tra i chiamati (figli), la funzione della continuità. Ad una finalità di questo genere provvedeva in alcuni diritti orientali p. e. l'istituto della primogenitura. A tale finalità appunto provvede, secondo il BONFANTE, presso i Romani, il testamento, che consistette normalmente ed originariamente nella designazione di quello tra i figli che doveva compiere questa funzione con esclusione degli altri (*ex-heredes sunt*). Completamente distinta da questa finalità, egli soggiunge, deve considerarsi l'altra di una eventuale destinazione dei beni per

(1) Cfr. specialmente nel citato vol. I degli "scritti vari", a p. 330 sgg. di: "Il testamento nel diritto comparato", e a p. 476 sgg. di: "Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità".

dopo la morte, cui provvidero i due istituti del *legatum* e della *donatio m. causa*, che potevano anche esaurire il patrimonio. Qualsiasi atto pertanto (egli conclude) che sia destinazione di beni, sia pure nella totalità, o sia attribuzione della qualità di figlio (adozione), o tutte e due le cose insieme, resta per ciò fuori dell'orbita del concetto e della finalità del testamento romano; e, poichè solo disposizioni di questo genere si trovano nella *διαθήκη* ellenica, (e, noi aggiungeremo, negli atti similari, compresa la *wasijah*) è erroneo ricollegare ad essa il *testamentum*.

Ecco il succo della dottrina, ed il rapporto vero di essa con quelle del «testamento di legati» e del «testamento-adozione»; le quali non contengono, nei loro ragionamenti, elementi atti a combatterla, per la semplice ragione che la misconoscono, le girano attorno, e presuppongono proprio quelle confusioni di concetti, che essa tende ad escludere (1). Noi, nelle pagine che precedono, crediamo di aver illustrato come la dimostrazione, che il BONFANTE aveva data per il diritto ellenico, trovasse riscontro negli altri principali diritti orientali storici del mediterraneo, e cioè l'ebraico, il cristiano ed il maomettano, per quanto attiene al contenuto patrimoniale delle disposizioni. Qui veniamo ora, come sopra abbiamo detto, a chiarire l'altro punto, del rapporto del testamento primitivo con l'adozione, e ciò soprattutto in riguardo all'antichissimo diritto alto-babilonese e sumerico, il più adatto di tutti allo scopo, per presentarci proprio la situazione storica che, allo stato delle nostre conoscenze, si può dire la originaria.

(1) Questa osservazione di misconoscimento del valore, dell'ampiezza, e soprattutto dell'armonia della dottrina, sia pure coll'intento di combatterla e rigettarla, vale anche per libri di grandi scrittori. P. e. per quello del MITTEIS, *Röm. Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (Leipzig, 1908), p. 98 nota 11. Ivi tutto pare che si riduca a vedervi una generica concezione spiritualistica della eredità, di fronte alla stretta patrimoniale. Tant'è vero, che l'indirizzo della moderna romanistica italiana è messo in certo modo come in un fascio; e l'illustre Autore, che adduce la citazione nel senso delle proprie direttive, è proprio seguace del concetto del testamento-adozione! In vero, questa parte della esposizione dei *Grundbegriffe* del MITTEIS resta di molto lontana dalla larghezza e profondità di trattazione, che l'argomento ha avuto in tutti i sensi nella letteratura italiana recente.

39. — Ora, anche qui ci sembra, per quanto ciò è possibile con un esame rapido in materia tanto delicata, che, tra la intuizione del BONFANTE e la teoria contraria del testamento-adozione, piuttosto quella anzi che questa trovi corrispondenza nei vetustissimi documenti sumerici e caldaici recentissimamente studiati, sebbene già sia spuntata la tendenza a vedervi invece la tipica *adoptio in hereditatem* (1). Abbiamo visto come il BONFANTE, il quale trovava il dibattito limitato sostanzialmente al diritto ellenico, rispondesse rispetto alla διαθήκη: in essa vi saranno attribuzioni patrimoniali e adozioni, separatamente o congiuntamente, ma non vi è il testamento. Ora mostriamo come una situazione analoga, secondo me, ci presenti l'antichissimo diritto caldaico-sumerico; come anzi esso ci permetta di chiarire forse anche meglio le idee, e ci mostri la possibilità di un lontano ricollegamento ideale del sistema romano.

Dichiaro, a similitudine del KOSCHAKER (2), che queste osservazioni vogliono e debbono essere considerate, piuttosto come invito a studiare dei problemi, anziché risoluzioni di essi. Ed è veramente opportuno che la materia tanto complessa di questi documenti arcaici, in materia di disposizioni per dopo la morte, sia oggetto di uno studio particolare ed approfondito dei giuristi: il valoroso romanista lo promise, ed anche io sentirei la seduzione di farlo, se, in mezzo a tanti altri propositi, ne avrò il tempo.

Tali arcaicissimi documenti adunque ci presentano, in forme abbastanza varie e complesse, questi principali elementi di fatto come risultante:

a) disposizioni di beni singoli, in modo da esaurire o meno il patrimonio;

b) assunzione alla qualità di figlio di chi per natura non lo è, eventualmente congiunta con tali assegnazioni patrimoniali;

c) presupposto che il figlio, come tale, continui *naturaliter* la famiglia paterna (3);

(1) Cfr. CUQ, in "Nouv. Rev. hist.", 33, p. 249 sg., 253 sg. E specialmente il KOSCHAKER, nel suo interessante studio: *observations juridiques sur "Ibila-Ablam"*, in "Rev. d'Assyriologie", XI, 1914, p. 29 sgg.; nonché nell'altro citato: *Altbabylonische Rechtsurkunden*, in KVGR, XVI, 1914, p. 418 sgg.

(2) l. c. in KVGR p. 420.

(3) Per la illustrazione di questo concetto, rinvio il lettore al citato

d) revoca sempre possibile delle attribuzioni patrimoniali, specialmente per ingratitudine;

e) carattere contrattuale dell'assegnazione, con eventuali patti in corrispettivo;

f) doppio sistema di impossessamento dei beni, e cioè: per dopo la morte del disponente, od anche subito, con usufrutto vitalizio del disponente in quest'ultimo caso;

g) consenso dei figli veri nel caso di disposizioni a favore di estranei.

Or, prescindendo da altri minori dati, come si coordinano que-

studio del KOSCHAKER, in "Revue d'Assyriologie". L'idea sgorga limpida dalla spiegazione, che chiari assiriologi (POGNON e THUREAU-DANGIN) hanno dato dell'ideogramma esprimente il successore ereditario nella scrittura cuneiforme, accanto alla corrispondente scrittura fonetica di *ablām* in semitico e *ibila* in sumerico. L'ideogramma si decompone in due elementi (tur-us), di cui l'uno indica il concetto di figliolanza, progenie, generazione (fonetico *dumu*), e l'altro quello di proseguire, continuare (fonetico *rida*, cui noi ricollegammo la radice di *heres*, nel Cap. IX). Il pensiero è trasparente; e la testimonianza è preziosa.

Del resto, siamo qui di fronte ad una delle riprove di quella intuizione, che io ho considerato insieme come direzione e risultato degli studi di scienza del diritto (Cfr. lo sviluppo nel mio scritto: *Gli studi di diritto comparato*, negli "Atti della Soc. It. per progr. delle Scienze", Roma, 1917); e cioè, che i concetti giuridici primitivi si riducono probabilmente a semplici stati psicologici. Ora il nostro costituisce un caso tipico e luminoso.

Questa concezione inoltre è bene intonata a quel profondo spirito della continuità familiare, che è una delle caratteristiche dei popoli semitici in specie, ed in genere di quelli dell'Asia anteriore. Ad esso, come è noto, si ricollegano parecchi istituti del diritto ebraico, come il levirato e il concubinato, che ricompaiono anche nel diritto babilonese, ed appartenevano pure alla società araba primitiva. E forse le stesse aberrazioni del diritto zoroastriano possono, almeno sotto un certo punto di vista, ricondursi a questa fonte.

Questo concetto mi sembra risultare anche dalla letteratura giuridica cristiana, che lo ha appunto combattuto in base agli ideali della vita ultraterrena, i quali sono a fondamento dell'etica cristiana. Richiamo l'attenzione degli studiosi, a questo proposito, su quanto scrive JESUBOCHT nel II libro e nel § 5 del IV libro del suo trattato di diritto (in SACHAU, *Syr. Rechtsb.*, vol. III).

Infine, anche una curiosa caratteristica del linguaggio semitico io non sarei alieno dal considerare sotto questa luce, quella cioè della straordinaria tendenza alle espressioni composte sulla base della radice esprimente l'idea di figlio, per indicare le più diverse relazioni di connessione. Ma quest'argomento ci porterebbe troppo lontano.



sti in sistema? Il solo tentativo di coordinamento è quello tracciato dal KOSCHAKER negli scritti citati, ed ecco come esso si riassume:

Il sistema unico originario di successione sarebbe stato quello che noi diciamo legittimo, per cui i figli erano chiamati a proseguire la famiglia (in corrispondenza all'ideogramma *tur-us*, che abbiamo spiegato in nota, e a cui corrisponde nella scrittura fonetica il semitico *ablūm* ed il sumerico *ibīla*). Anzi erano chiamati solo i figli maschi, mentre le femmine sarebbero state ammesse in mancanza di maschi, *heredis loco* (1). Si passò in seguito agli estranei, mercè il ripiego dell'*adozione in figlio*. L'atto all'uopo era l'*ablūtum*, che appare, nei documenti semitici primitivi, come contenente una vera e propria *adoptio in hereditatem*, ossia dunque il preteso testamento primitivo. Codesta adozione sarebbe ben diversa dalla normale adozione, perchè, mentre quest'ultima fa partecipare l'adottato all'eredità solo in quanto diventa figlio, l'altra invece è chiamata direttamente e soltanto ad aprire l'adito alla eredità, e solo per questo determinato effetto l'erede è considerato come figlio. Una tale forma di eredità probabilmente fu ammessa in origine solo in mancanza di figli (2); od almeno, in presenza di essi, fu sottoposta a particolari condizioni restrittive. Questo erede entrerebbe in possesso dei beni normalmente alla morte del disponente, salvo revoca. Ma l'A. non si nasconde risultare anche la possibilità di un possesso immediato, in cambio di controprestazioni alimentari o riserva di usufrutto. In ogni caso egli riconosce essere certo

(1) Lo deduce dal fatto, che per la donna è usata una designazione diversa (*ridt warkali*) da quella pel maschio (*ablūm*). Vorrebbe dire, con frase romana, che la donna non è erede, ma *loco heredis*, cioè *succede (ridū) nel patrimonio* soltanto; e qui l'A. tenta un confronto anche con la diversa dizione delle XII tavole: *heres e familiam habeto*. Non si nasconde la difficoltà, che nell'ideogramma *tur-us* il primo componente accenna alla figliolanza senza distinzione di sesso; ma crede di superarla osservando, che la determinazione è data dal secondo membro (*us*), il quale specifica che si tratta dei figli atti a continuare (*ridū*) la famiglia, ossia i maschi. Ma questo, mi permetto di osservare, potrebbe anche fare un po' l'impressione di una petizione di principio. Tuttavia, si tratta di un dettaglio, che conviene qui lasciare da canto.

(2) Ciò si deduce soprattutto dalla circostanza, che la maggior parte dei documenti di *ablūtum* appartengono a sacerdotesse (*Sal-Me*) del Dio *Šamaš*, le quali erano votate a castità, sul tipo delle romane Vestali.

l'acquisto, da parte dell'onorato, di un diritto sul patrimonio, più o meno attuale ma reale, durante la vita del disponente, come risulterebbe dall'innegabile elemento contrattuale insito all'atto; e ciò in assoluta contraddizione con la eredità romana. Infine, questo erede estraneo (chiamiamolo così) si presenterebbe come normalmente chiamato all'intero patrimonio, a differenza degli eredi naturali chiamati alla quota.

Sono queste le idee del KOSCHAKER, alle quali, in verità, lo stesso Autore non attribuisce un valore assoluto, riconoscendo lealmente che il tema deve essere ancora con serietà studiato. Ed a noi sembra che la costruzione del valente giurista sia troppo affrettata, e risenta un po' della moda del momento, il desiderio cioè di trovare agli albori un tipo perfetto del disgraziato concetto del testamento-adozione, da servire poi come adentellato storico all'istituto romano. In tutto il sistema del KOSCHAKER un solo elemento ci sembra giusto ed accettabile; ed è la *fondamentale idea originaria della continuazione della famiglia in persona dei figli*; tutto il resto, come costruzione, è da respingere, salvo parecchie ottime indagini particolari di dettaglio. Il prospetto del sistema è travagliato da una fondamentale intrinseca contraddizione, che si manifesta in parecchie forme. La contraddizione fondamentale sta nell'intendere, da un lato, la successione come continuazione ideale di un istituto a contenuto spirituale (*famiglia*), continuazione legata ad una qualità personale (*figlio*); e nell'ammettere, contemporaneamente, non già l'attribuzione artificiale di questa qualità (*ordinaria adozione*), con tutte le sue logiche e naturali conseguenze, ma la possibilità di raggiungere diversamente *per sé* quel determinato scopo legato alla qualità, con il conferimento della qualità stessa *a questo solo fine*, e ciò anche in concorso ed opposizione di veri figli. Di qui una serie di contrasti, uno più grave dell'altro; un'adozione, che non è adozione, ma solo *iter* alla successione; una successione, che non è successione nel senso inteso da questo diritto primitivo, ossia continuazione spirituale, ma si riduce ad un puro istituto patrimoniale di acquisto di beni; la concezione di un diritto, che è insieme immanente e revocabile, come legato ad una qualità personale ma pure fondato sulla contrattazione; il trattamento patrimoniale eventualmente più favorevole, all'estraneo, di quello che sarebbe stato per il figlio vero, sebbene *potior in iure*.

Ciò non va. Ma è possibile, ci domandiamo, di fronte ai dati suesposti, pensare ad un diverso ordinamento di essi? Qualcosa ci pare possibile dire in proposito, pur facendo anche noi tutte le riserve per uno studio più approfondito; e questo qualcosa, soprattutto, ci pare utile a rischiarare un po' il problema tormentato della funzione storica di tale forma di adozione, almeno per il diritto in esame, e capace anche di alcune deduzioni per il problema comparativistico generale, e per quello romanistico in particolare. Ed ecco le nostre idee in succinto:

Concetto base, lo ripetiamo, è che *i figli siano i naturali successori, come continuatori della famiglia* (la continuazione è espressa dalla radice *ridū*, che noi abbiamo accostato sopra alle parole esprimenti il concetto di successore in tutte le lingue fondamentali del gruppo semitico, ed al latino *heres*). Questa continuazione ha carattere integrale, e perciò spirituale; l'elemento patrimoniale è naturalmente ricompreso in essa, ma non la esaurisce, e non ne forma, com'è chiaro, neanche il rilievo fondamentale, ma soltanto consequenziale. È grave argomento in proposito l'etimologia di *ablum* e *ibila*, indicata da THUREAU-DANGIN e POGNON, che ci riporta all'idea di *colui che fa il sacrificio*. Siamo proprio al concetto dei *sacra*, che ricompare pure nel diritto romano primitivo, ed in altri (1). Tale sistema sarebbe

(1) Già questo concetto risulterebbe chiaro dalla stessa osservazione del KOSCHAKER, circa la diversa espressione usata per le donne, dove si parla del puro e semplice lato patrimoniale (*ridit warkati*, cioè la *successione proprio nel patrimonio*); ci troviamo qui di fronte a quella tale idea del *ius seminis*, che è svolta nella compilazione siriana e nella letteratura relativa, e che serve a giustificare la speciale situazione delle donne in tutto il diritto asiatico (cfr. quello che abbiamo scritto sopra nell'ultima nota al capo IX).

Ora, questi dati ci sembrano costituiscano la migliore risposta contro il falsissimo punto di partenza, da cui muove la tesi del LENEL, intorno al preteso *Legatentestament* delle epoche originarie. Egli cioè nega alla mentalità primitiva il motivo ideologico, e vuole a forza, per restare nel verosimile, mettere a base del testamento una concezione materialistica, concretamente patrimoniale: si dovrebbe trattare di una trasmissione di cose, non di altro. Ebbene, *ecco qui il linguaggio che grida contro una simile falsità!* No, sono proprio le *ideologie, corrispondenti a un sentimento naturale*, che si trovano invece a fondo degli istituti giuridici primitivi, e così dunque della successione. Quello che il primitivo uomo vuole è la *continuazione mistica del suo io nel futuro*, ed a questo fine mette al mondo

integrato dall'istituto della primogenitura, di cui esistono tracce nei documenti (1). La destinazione dei beni dopo la morte resta perciò strettamente collegata, in questo sistema, alla costituzione dell'aggregato familiare, di cui il patrimonio domestico rappresenta il substrato economico (a questa idea si ricollega bene il concetto dell'indisponibilità, che vedemmo essere originario nel diritto orientale, con tutte le sue molteplici conseguenze di cui sopra parlammo). Tuttavia, fu ammessa la possibilità di scindere questo collegamento tra la famiglia e il patrimonio, data la funzione secondaria di quest'ultimo nel concetto della successione; ed a tal uopo si ammise che si potesse arrivare ad attribuzioni patrimoniali ad un estraneo, sulla finzione di *considerarlo a questo fine come figlio*, in analogia appunto dell'*istituto analogo della vera adozione*. Questa adozione a scartamento ridotto adunque (la immaginata ed esaltata *adoptio in hereditatem*) non sarebbe, in simile costruzione, altro che l'*iter per arrivare ad una donatio mortis causa a danno dei figli*, traducendo la cosa in termini romanistici. Insomma, mentre il figlio, come successore, è anche diciamo così, *per implicitum, il naturale donatario m. causa*, sarebbe ammesso di togliere parzialmente o totalmente ad esso, questa particolare conseguenza della sua qualità, non trattandosi di un elemento essenziale. Ciò significa appunto che, in tal caso, il donatario resta un puro e semplice onorato patrimoniale, *ad instar* del legatario romano e del vero donatario *m. causa* (così potrebbe pure spiegarsi quel senso di ripugnanza rimasto in Oriente, e che il dir. musulmano ci presenta sistematizzato, contro la possibilità di simili attribuzioni in persona degli eredi legittimi). Ma, una volta provveduto a questa funzione limitativa, nell'ordine patrimoniale, dell'integrale successione; l'istituto potè servire anche, in mancanza di figli, al trapasso complessivo del patrimonio; ed è notevole l'adibizione in questo caso del mezzo di attribuzione della qualità di figlio, ad illustrare la profondità

i figli. E questo sentimento in verità è così *umano*, che resta sempre in fondo all'animo di tutti gli uomini, in tutti gli stadi di civiltà, compreso l'odierno. È per questo che si crea il matrimonio legittimo, *filiorum procreandorum causa*, come dicevano i Romani!

(1) Cfr. KOHLER-UNGNAD, *Hammurabis Gesetz*, IV, p. 87, per le prove documentarie. Ci limiteremo a ricordare il documento riferito al n. 20, della citata collezione dello SCHORR.



del sentimento di dipendenza del problema economico da una situazione di carattere spirituale.

Con questa nostra costruzione si spiegano tutte le caratteristiche che accompagnano l'istituto, senza cadere nelle incongruenze logiche lamentate nella spiegazione precedente. Si spiega infatti il possibile concorso patrimoniale coi figli (SCHORR, 21), ed il provvedimento in mancanza di figli; si spiega la rinuncia dei figli a simili benefici patrimoniali concessi ad estranei, e la necessità di questa rinuncia (SCHORR, 230); si spiega la doppia forma del trapasso, o immediato con riserva di usufrutto o di prestazioni alimentari, o *post mortem*; si spiega la revoca per ingratitudine o per altri inadempimenti contrattuali; e si spiega soprattutto questo strano ed indiscutibile carattere contrattuale dell'atto, che vanamente il KOSCHAKER cerca di mettere nell'ombra (1), contro il giusto rilievo che ad esso dà il KOHLER. Insomma, si può abbracciare il sistema con uno sguardo complessivo come un insieme organico; il che costituisce la prima delle esigenze per siffatte spiegazioni storiche. Io non dico già che la ricostruzione da me fatta sia la vera, perfetta e definitiva; dico solo che essa è molto verosimile.

Giunti a questo punto, non è difficile, ed anzi appare assai piano, un qualche raffronto col sistema romano, in rapporto a quanto abbiamo esposto negli ultimi capitoli.

La novità del dir. romano non consisterebbe già nel negare il concetto, anzi, più che concetto, sentimento primitivo, della continuità ideale della famiglia nei figli. Il nome di *heres* anzi, secondo il riaccostamento etimologico che noi abbiamo proposto, starebbe proprio, e con la stessa radice, ad indicare appunto l'idea della continuità spirituale con un fondamentale *color* sacrale, e rispecchierebbe anche quel significato di dominio, che appare nei vari linguaggi semitici; è presumibile quindi, che tale qualità in origine fosse solo attribuita ai figli, e forse, in un secondo momento, ad estranei in mancanza di figli. Ma la novità del dir. romano starebbe in ciò, nell'aver cioè provveduto, mercè il congegno della attribuzione di questa qualità di *heres* in virtù di una dichiarazione di volontà del *paterfamilias*, alla scelta di una determinata persona per la continuità familiare,

(1) Cfr. citata recensione di SCHORR in KVGR (1914) a p. 418.

in origine tra i figli, ammesso l'estraneo soltanto in mancanza di figli, e dopo con completa libertà di designazione, collegata però alla *exhereditatio* espressa dei figli messi da canto. Un istituto simile in origine avrebbe dunque avuto funzione *integrativa* della successione naturale dei figli, analogamente alla primogenitura dei diritti antichi, che hanno comune col romano questo senso patriarcale ed ideale della famiglia. In seguito soltanto, e probabilmente con l'affievolirsi della rigidità dell'antica concezione in certo modo sacrale, la *heredis institutio* avrebbe acquistato l'aspetto agile di una assoluta libertà di scelta del proprio successore. In questo modo, si salva, della pretesa teoria dell'adozione, solo quel fondo che è giusto, e che ha condotto alla falsa dottrina per un errore di valutazione.

Una concezione simile della *heredis institutio* risponde logicamente alla identificazione che si fa di essa col testamento, e porta, come altrettanto logica e naturale conseguenza, la doppia esigenza apparentemente contraddittoria: dell'acquisto patrimoniale *virtualmente universo* da parte dell'erede; e della *perfetta indipendenza* dell'istituzione stessa *da ogni eventuale acquisto patrimoniale concreto*, fino al punto di poter questo anche del tutto mancare. Chi continua infatti continua in tutto ciò che trova, e che non è quindi per altra via uscito dal patrimonio (estinto nel senso giuridico). L'erede è pertanto il naturale e generale raccogliitore di tutti i beni, a meno che non siano altrimenti attribuiti (*donationes m. causa; legata*). L'erede, in sè e per sè, come tale, non ha che una funzione, non esprime che un'idea, quella racchiusa nella sua radice, cioè assicurare la *continuità*, ossia la *successione*: tutto il resto accede, se accede, e, se manca, *non relevat* alla sostanza ed alla finalità dell'istituto (1).

(1) Voglio ancora aggiungere, come semplici appunti, alcuni brevi rilievi, rispetto alla pura questione romanistica, diretti a porre sotto gli occhi del lettore, in sintesi, la possibile coordinazione, nella tesi che noi qui sosteniamo, di tutti i principali elementi di controversia nell'argomento, e di alcuni risultati cui son pervenute le indagini della dottrina italiana.

a) — *Heres*, abbiamo detto, esprimerebbe puramente e semplicemente il concetto di *continuare, seguire, succedere* dunque. Da qui deriva che *hereditas* e *successio* (e rispettivamente *heres* e *successor*) non sarebbero già l'uno nome di specie e l'altro di genere, ma *sinonimi*; per indicare l'eredità non occorre dunque alcun predicato od altra esplicazione alla

E con ciò chiudiamo le osservazioni di diritto comparato, che non hanno già la pretesa di risolvere dei problemi tanto complessi, ma soltanto lo scopo di presentare dei nuovi rilievi in un quadro più largo ed organico del consueto, e mostrare la necessità di un ulteriore esame approfondito della materia. Né si ripetano le solite declamazioni contro il diritto comparato.

parola *successio*, che in sè e per sè indica, in modo enfatico, l'eredità e soltanto quella. Or proprio le ricerche interpolazionistiche più recenti avrebbero condotto ad una siffatta conclusione, cui la nostra ipotesi etimologica direttamente ci porta.

b) — La situazione originaria sarebbe che i continuatori *naturali* sono i figli. Il testamento vi è, perchè il *paterfamilias* provveda all'ordinamento di questa funzione, concretandola in capo ad uno dei figli da lui scelto, ed escludendone gli altri (*exhereditio*), o magari trasportandola fuori dal campo naturale (forse con regolamento consuetudinario, in origine, che a noi sfugge).

Si noti che la *volontà* del *pater* è essa stessa in fondo un *elemento naturale*, analogo a quello che deriva dal rapporto della generazione. *Suus* esprimerebbe appunto questo vincolo, e sarebbe *predicato di heres*. In questo ordinamento, nulla si trova che tocchi il puro lato patrimoniale della successione. Tale sarebbe il diritto anteriore alle XII tavole, da queste presupposto.

Orbene, la legislazione decemvirale, non intendendo mutare, non parla di tutto ciò. Essa mira solo a legiferare su materia nuova, e cioè proprio in ordine al lato patrimoniale puro e semplice; ed al proposito si richiamerebbero i due famosissimi passaggi tanto tormentati.

L'uno, cioè l' "*uti legassit etc.* ", statuirebbe proprio la libertà di emanare provvedimenti di carattere patrimoniale, al di fuori della cerchia dell'eredità (Cfr. BONFANTE, *Scritti vari*, I, p. 493).

L'altro, "*si intestato etc.* ", provvederebbe alla sorte dei beni quando vengano a mancare l'una e l'altra via naturale di continuità familiare, cioè la designazione e la posizione familiare. Per questa sola ipotesi la legge doveva statuire, poichè, di fronte all'erede o scelto o per natura, la questione patrimoniale veniva assorbita (di qui anche la protasi riassuntiva della doppia condizione negativa). Ed inoltre, in questa ipotesi, non si poteva provvedere che al lato patrimoniale, dato il concetto che la successione era legata strettamente alla persona del *de cuius*, o per situazione familiare o per designazione. Ecco perchè nè l'*agnatus* nè i *gentilis* sono chiamati *heredes*; e perchè io propendo a ritenere che in origine non lo fossero, nel senso proprio e specifico in cui abbiamo inteso queste termine. Essi lo erano solo, se così si vuole, nel senso patrimoniale; e ciò deve avere avviato lo svolgimento verso la patrimonializzazione del concetto. In conclusione, le XII tavole non avrebbero che provveduto ai

Simili indagini sono vane, come tutte le indagini, quando sono fatte superficialmente e perciò vanamente, ma non già quando sono condotte con rigoroso metodo scientifico e con stretti criteri tecnici. Dirò anzi, richiamandomi a quanto altrove ho largamente dimostrato, che, in materia di origini e di diritti primitivi, la comparazione è *necessaria*, e costituisce il mezzo più adatto di investigazione, appunto perchè si va verso gli elementi *naturali*, le *costanti umane* (1). Soltanto, ripeto, è questione di modo, ed io credo di aver dato degli esempi di metodo in que-

beni; riconoscendone la speciale facoltà al *pater* nel caso di testamento, e con statuizioni legislative nel caso contrario, quando mancassero però i figli. Si toglie così ogni valore alla argomentazione del LENEL, tratta da questi testi, per la sua tesi della patrimonialità.

c) — *Testamentum, testari, testimonium*, devono essere tutte formazioni di una stessa radice, in diritto, sta a rappresentare il concetto di autenticità e di solennità insieme dell'atto giuridico, in una maniera ben naturale per un ordinamento che non conosce lo scritto. Il primitivo testamento vorrebbe dunque significare *la dichiarazione avanti testimoni* (e perciò solenne) *della scelta del successore*. Ciò sta in rapporto col *testamentum in calatis*, ed è la sola spiegazione possibile di quello *in procinctu* (cfr. BONFANTE, *Studi*, I, p. 501). Circa al *test. per aes et libram*, si noti che tutto il suo valore sta nella *nuncupatio*, e quivi si trova appunto esplicita la dichiarazione "*testor* ", e la invocazione correlativa di "*testimonium perhibere* ". Che vi siano anche le espressioni "*do* ", e "*lego* ", le quali si richiamano evidentemente ai legati, cioè alle disposizioni prettamente patrimoniali, ciò significa soltanto che la formula è *integrale*, relativa a tutta la possibile continenza dell'atto. Anzi, appunto per questo, "*testor* ", deve rappresentare un'altra cosa dalle disposizioni patrimoniali pure e semplici, e non può rappresentare che la "*heredis institutio* ". Le espressioni patrimoniali sono poste avanti, forse perchè si tratta di un atto formalmente patrimoniale, come è appunto la *mancipatio*.

E così cade anche l'altro argomento, che il LENEL ha voluto trarre dalla formula della *nuncupatio*, per la sua tesi del testamento patrimoniale; anzi l'argomento è ritorto contro la tesi stessa.

d) — La celebre dichiarazione contenuta nella Nov. 48 di Giustiniano, in ordine alla continuità della persona nell'erede, non sarebbe che una lontana eco dell'originario concetto orientale.

Come abbiamo detto, questi non pretendono di essere che semplici appunti; su i quali non possiamo dilungarci, dato il carattere del presente scritto, in cui forse abbiamo fatto una troppo lunga digressione sul proposito.

(1) Cfr. il mio scritto: "*Il problema del diritto comparato etc.* ", in "*Atti della soc. it. pel progresso delle scienze* ", (Roma 1917).



st'ordine di ricerche, qualunque possa essere il valore dei risultati (1) cui son pervenuto.

## XII.

### Diritto patrimoniale.

40. — La trattazione dei diritti patrimoniali, che è così importante, anzi *la più importante tra tutte* in materia di diritto privato, presenta, nel libro in esame, una situazione così singolare per la sua manchevolezza più assoluta, che merita di essere posta in rilievo, e serve ad illuminare ottimamente il falso punto di vista cui l'A. si ispira. Ad accrescere peso al nostro rilievo, che è fondamentale rispetto alla tesi che ci siamo prefissa nel presente scritto, si aggiunga una importante osservazione. E cioè, che il sistema di questi istituti patrimoniali presenta, nello stesso tempo, da un lato sorprendenti analogie col sistema romano, e dall'altro caratteristiche tutte particolari e degne di profonda analisi scientifica; mentre la esposizione è annegata, nei libri arabi, in un oceano di quisquilie e di confusioni. Rinunciare pertanto ad una trattazione, per quanto elementare e ristretta, ma completa ed ordinata della materia, significa *togliere al libro il carattere ed il contenuto di un'opera di diritto*. Ma ciò non basta. La esposizione non presenta solo il grave difetto di essere tanto lacunosa; ma, peggio, quel poco che si espone è proprio la negazione di una trattazione scientifica di diritto. I difetti di metodo e di forma, che sono in definitivo difetti di sostanza, sui quali noi ci siamo ripetutamente sopra intrattenuti, assurgono in questo luogo al grado più elevato, e debbono essere assolutamente riprovati. Ciò vale in modo speciale per il § 57, che è poi il fondamentale, dove la maniera di concepire, di esporre e di esprimersi è così vicina a quella che potrebbero adottare i profani di scienza giuridica, che proprio appare strano ne sia sfuggita tutta la gravità all'Autore. Rilevare tutto non è qui possibile; ci limiteremo a poche osservazioni, le quali serviranno a richiamare sull'oggetto l'attenzione dei giuristi, anche per tutto quello che resti omissis. E di nuovo ripetiamo anche

(1) Cfr. l'altro mio scritto, " *Su tre papiri giuridici arabi* ", negli " *studi offerti al Prof. Simoncelli* ", (Napoli, 1917).

qui, che *i nostri rilievi non hanno valore particolare per il libro in esame*, ma battono in breccia il sistema di esposizione di tutti i libri europei del genere.

Per chiarezza, procederemo prima ad esporre il sunto del capitolo; poi faremo qualche rilievo più importante sul suo contenuto; ed infine qualche accenno sulle gravi lacune.

Il capitolo si distingue in 4 paragrafi (57-60); di cui il primo comprende delle nozioni generali sui diritti patrimoniali; il secondo parla del voto e del giuramento; il terzo si riferisce al divieto del cosiddetto *ribā*, vale a dire del profitto nelle contrattazioni; ed il quarto è dedicato all'istituto del *wakf*, ossia una particolare forma di fondazione del diritto islamitico. E questo è tutto ciò che si trova nel trattato riguardo ai diritti patrimoniali, in quattordici paginette!

Ci pare che la estensione, e soprattutto la originale distribuzione del contenuto, parlino già di per sè troppo chiaro al giurista, per giustificare il giudizio che noi abbiamo fatto precedere. Ma procediamo con ordine.

Nel § 57, previo un accenno sulla ignoranza del diritto arcaico arabo preislamico, si dichiara che nulla può dirsi circa la eventuale influenza, dopo la morte del Profeta, del diritto dei popoli civili con cui i musulmani si trovarono a contatto; mentre, soggiunge l'Autore, fu indubbia e larga viceversa la influenza del diritto musulmano sul diritto commerciale europeo. Si fa in seguito una enunciazione generica, in modo alquanto originale, dei diritti di obbligazione e di quelli reali; notando, a proposito di questi ultimi, con un giro contorto di espressioni, come un fenomeno ultra-caratteristico e misterioso, ciò che non è altro che una semplice applicazione della notissima dottrina circa i diritti frazionari della proprietà. Dopo ciò, si torna a parlare di obbligazioni, e propriamente del concetto di contratto in genere (*'aḳd*), accennando in modo oscurissimo alla doppia designazione di *'ain* e *dain*. Ed, a proposito di contratti, si parla del passaggio della proprietà per consenso; e si fa un fugacissimo accenno alla teoria del *gharar*, ossia dell'inganno inerente ad ogni sorta di indeterminatezza negli oggetti, che è perciò vietata. Orbene, mentre questa dottrina costituisce la più caratteristica originalità del diritto musulmano nel sistema patrimoniale, ed è assai estesa, complicata e sottile, nel testo vi sono

dedicate non più di quattro righe! Infine, si accenna all'altra dottrina fondamentale dello schema del negozio giuridico, per offerta (*idjāb*) ed accettazione (*ḵabūl*), e si chiude il paragrafo con l'indicazione di alcune soltanto delle cose che potremmo dire, con linguaggio romano, *extra commercium*.

Nel § 58, si mette in rilievo l'importanza del voto (*naḍr*) e del giuramento (*jamīn*) presso gli arabi, sulla base di sentimenti religiosi. Si accenna quindi al principio, introdotto dall'islamismo, della possibilità di espiatione della violazione di giuramento (*kaffārah*), del quale si venne perciò ad inficiare praticamente il valore. Si distingue poscia, tra il giuramento in occasione di testimonianza, e quello confirmatorio di una promessa. E, rispetto a quest'ultimo infine, si esamina la sua differenza dal voto; il che ha tratto, oltre che alla natura dell'oggetto cui l'uno o l'altro si riferisce (il voto presuppone un oggetto raccomandabile, ma non obbligatorio), al criterio che la espiatione si applica solo al giuramento e non al voto.

Il § 59 riguarda, come abbiamo detto, il *ribā*. L'istituto è centrale nel diritto islamitico; e si riferisce ad ogni guadagno, che illecitamente provenga come conseguenza di un negozio giuridico, il che è rigorosamente vietato. L'A. accenna alla antichità del concetto, ed alle dispute circa la estensione di esso, rispetto agli oggetti detti perciò *māl ribāwīj*, in rapporto alle varie scuole ed alla interpretazione dei vari *'ahādīth*. Distingue le regole, secondo si tratti di negozio di scambio, o di mutuo. Nella prima ipotesi, si menziona la discrepanza intorno alla applicazione; e cioè la teoria che si restringe solo agli oggetti specialmente indicati negli *'ahādīth*, vale a dire oro, argento, datteri, orzo, frumento (anche uva e sale); o la teoria di considerare questi oggetti come semplici esempi; od infine la opinione intermedia di riferirsi alle due categorie di « oggetti di valore » e di « viveri »; con richiamo ad alcune tra le diverse combinazioni di baratto delle varie specie. Pel caso di mutuo, si insegna come il divieto sia assoluto e generale, ed, esemplificando, si accenna anche come vi fosse ricompresa la proibizione della lettera di cambio (*suftadjah*); infine si fa menzione degli artifizii escogitati dagli stessi giuristi per ovviare formalmente alla proibizione. In proposito, si indicano due contratti. L'uno è quello così noto in Europa nel diritto medioevale col nome arabizzante di *mohatra*

(*muchāṭarah*), che consisteva nel vendere a dilazione, e ricomprare a contanti per un prezzo inferiore, riuscendo così al mutuo del secondo prezzo, con gli interessi rappresentati dall'eccedenza su di esso del primo. L'altra combinazione consiste nella vendita simulata di una cosa, per un prezzo che è sostanzialmente la somma mutuata, in base alla relativa riserva di ricompra, con sostanziale funzione pignoratizia. Ciò ricorda tanto da vicino la romana *fiducia pignoris iure*, sebbene con notevoli diversità nella costruzione dommatica.

Il § 60 infine espone la complicata ed oscura dottrina del *wakf* in modo abbastanza semplicistico. Se ne dà il concetto, osservando che si tratta di « beni che vengono sottratti al commercio, disponendo che il loro uso o i loro prodotti « debbano andare a vantaggio di determinate persone o di determinati scopi ». Si fa la quistione dell'origine, si accenna alle dispute circa la liceità nei primi tempi islamitici, e si parla di quelli che sono indicati come i quattro elementi del negozio, e cioè: costituente (*wākif*), oggetto (*mawḵūf*), beneficiario (*mawḵūf 'alaihi*), la forma di costituzione (*sighah*). In ultimo, si enunciano alcune norme circa: le modalità di costituzione (esclusione di termine e di condizione); la pertinenza della cosa oggetto della immobilizzazione; l'amministrazione durante la vita del rapporto; la estinzione di esso.

41. — Ed ora, che abbiamo esposto fedelmente il contenuto del capitolo, passiamo a prospettare alcune nostre osservazioni, prima su quella poca materia che è presa in considerazione nel testo, e poi su quella molta che manca.

In ordine al primo punto, cioè la materia trattata, si possono fare dei rilievi di carattere generale, ed altri su punti particolari. Quanto ai primi, ci limitiamo a due soli di fondamentale importanza, e cioè circa l'ordinamento di questa materia, e intorno alla questione dei rapporti del diritto musulmano con i sistemi giuridici delle civiltà asiatiche e soprattutto col diritto romano.

Per quanto si attiene all'ordinamento, e mettendosi pure dal punto di vista dell'A., quello cioè di ridurre l'esposizione ad un minimo ultraristretto, ciò non toglie però che la scelta di questo minimo dovesse essere fatta in modo da mettere in chiara luce il posto delle dottrine illustrate nel sistema, ed insieme dare un concetto, sia pure schematico e per indice, del sistema



stesso. Tutto ciò è intuitivo, e non è il caso di insistervi. Aggiungerò solo che l'esigenza di soddisfare a questi requisiti; da un lato, era la conseguenza stessa del proposito di mantenersi in limiti ristretti (quando si fa una esposizione completa, si può essere più indulgenti circa l'ordinamento, perchè la completezza può in certa guisa sopperire al disordine); e dall'altro, veniva accresciuta dal carattere speciale del sistema musulmano, rispetto a cui le nozioni dell'ordinamento romanistico non solo non giovano ma possono condurre in errore. Orbene, l'esposizione del libro non risponde nè all'uno nè all'altro dei due requisiti accennati, ma anzi è gravemente in contraddizione di ambedue. Il giurista, che legge questo capitolo, non solo non riesce a farsi un concetto del sistema del diritto patrimoniale musulmano, nè intende il valore ed il significato degli istituti di cui in esso si fa cenno, ma per di più si trova completamente sconcertato di fronte alle categorie logiche a lui familiari, ricevendo una impressione del tutto disastrosa; e nulla dico circa quella che può riceverne il giovane studente, che ho giustamente preso come termine di riferimento per il valore didattico del libro. Io non domando altro che si legga; non è possibile scendere a dettagli, poichè è tutto che non va, nel suo insieme e nelle sue parti, nella sostanza e nella forma. Ma come si spiega il fenomeno? Esso, lo ripeto ancora una volta, non deve essere posto a carico speciale del dotto Autore, ma del metodo. La colpa dell'A. sta, se mai, nell'essersi adattato, ad occhi chiusi, a questo metodo, senza misurarne la gravità. Si parla disordinatamente delle cose più diverse, con un linguaggio in nessun modo tecnico, mescolando concetti generali e rilievi di dettaglio, ponendo sulla stessa linea generi e specie, e così via. In fondo, si discorre (e male) come presupponendo noto l'oggetto del discorso.

Alcuni rilievi specifici li faremo *exempli causa* in seguito; per l'ordinamento di insieme basterebbe riferirsi al quadro tracciato sopra, che parla chiaro di per sè. Specialmente va richiamata l'attenzione sul § 57, che condensa tutti i difetti rilevati.

Se si desidera però su questo punto dell'ordinamento qualche indicazione concreta, possiamo subito enunciarne tre; in relazione cioè alla esposizione del concetto generale di rapporto obbligatorio, del *ribā*, e del *wakf*.

Quanto al primo punto, è certo che il lettore non può so-

spettare in alcun modo, da quelli che chiamerò frettolosi accenni del libro; nè l'importanza fondamentale ed il carattere centrale che, nel sistema del diritto patrimoniale musulmano, ha quel tipo di rapporto giuridico che, nel linguaggio romanistico, noi chiamiamo di obbligazione; nè la situazione tutta speciale, in cui si trova il diritto islamitico di fronte alla nostra tradizionale distinzione tra diritti reali e personali, posizione del resto abbastanza analoga a quella del diritto comune e dello stesso diritto bizantino. Parlare, come nel testo si fa su questo argomento, quasi che il diritto islamitico fosse il diritto romano classico, significa proprio implicarsi in una di quelle straordinarie confusioni, nelle quali è strano che cadano appunto coloro, che poi mostrano in qualche modo come di scandalizzarsi, se si dice che il diritto musulmano è una degenerazione ed una trasformazione del diritto romano. Del resto questa stessa contraddizione si spiega: essa deriva dal fatto che, da un lato si scambia la deformazione con originalità, e dall'altro si continua inavvertitamente nella terminologia tradizionale.

E, come per il concetto generale del rapporto obbligatorio, analoghe osservazioni possono farsi circa quelli del *ribā* e del *wakf*, che formano rispettivamente l'oggetto dei §§ 59 e 60. Si tratta di due dottrine basilari del sistema, collegate a tante altre, specialmente la prima; di modo che non si capisce come e perchè abbiano avuto l'onore di una trattazione « a parte », così a caso, nell'abbondante materia del diritto patrimoniale. In conclusione, il lettore non arriva affatto ad afferrare la natura e l'importanza di esse.

La dottrina del *ribā* non si può esporre come si fa nel testo, scissa dagli istituti di cui costituisce un elemento caratteristico. È come se, in un trattato di diritto romano, senza parlare affatto dei negozi giuridici, si facesse una esposizione sull'argomento della *bona fides*.

Il posto che il *ribā* ha, nella dottrina generale del negozio giuridico in diritto musulmano (1), non è stato ancora

(1) La prova di quanto io qui asserisco risulta da tutta la letteratura relativa al *ribā*, ed ai negozi cui esso si riferisce. In vero, la radice di tutte le confusioni e dubbiezze in questa materia sta proprio nei libri arabi; ma, in sostanza, l'esposizione di questi non è, *in subiecta materia*, peggiore di quella usata per tutte le altre parti del sistema. Soltanto, essa

apprezzato appieno dagli scrittori, per quella tale mancanza di elaborazione scientifica, che in questo argomento ultra-tecnico può solo portar luce. Si tratta di una concezione finissima ed

ha sconcertato di più i trattatisti europei non giuristi, per la incidenza del parallelismo di una delle più appariscenti applicazioni della dottrina stessa con quella di diritto intermedio, specialmente canonico, della usura. Di qui, è derivata l'abitudine di tradurre molto inesattamente il termine arabo con quello canonistico di "usura"; ma, all'occhio del giurista, si rivela subito l'errore; e si vede come l'applicazione agli interessi del mutuo non costituisce che un caso molto particolare di un principio assai più largo e generale. Tutto ciò è abbastanza chiaro allo stato stesso degli studi e delle conoscenze: ed io ne ho già pronta da qualche tempo la esposizione elementare, nel libro in preparazione, sui lineamenti generali del diritto musulmano, a cui mi sono più volte riferito nel corso del presente scritto.

Di fronte a tale situazione di cose, si capisce di leggieri il mio giudizio su quanto scrive, in proposito a tale argomento, l'AMEDROZ nel "Journal of the R. A. Society of G. Britain and Ireland", 1916, p. 299 sgg., nel suo studio "The Hisba jurisdiction in the Ahkam al Sultaniyya of Mawardi", intorno a cui, con grande cortesia, richiamò la mia attenzione con lettera privata l'insigne Prof. SNOUCK-HURGRONJE. In fondo, l'AMEDROZ (sebbene non risulti così netta la tesi nel suo scritto) tende a dimostrare l'inesattezza di concepire il divieto del *ribā* come un puro e semplice divieto degli interessi del mutuo, mentre esso avrebbe una portata molto più generale, relativa ad ogni profitto ingiustificato; e, per quanto attiene al mutuo, non si tratterebbe se mai che di una particolare applicazione. Ciò, come si vede, corrisponde proprio alla mia tesi; ma non è certo col metodo dell'AMEDROZ che si può arrivare alla costruzione della teoria del *ribā*, nè di alcuna altra dottrina giuridica islamitica. È inutile andar dietro alla selva delle tradizioni contraddittorie, ed agli pseudo-ragionamenti degli scrittori arabi. Occorre invece guardare il risultato delle applicazioni nelle varie scuole, coordinare questi risultati agli altri elementi del sistema, e di qui trarre la costruzione dommatica; facendo quello che non ha fatto mai la dottrina musulmana, nè qui nè in nessun altro argomento, perchè non sapeva farlo. I vaniloqui dei libri arabi non servono proprio a nulla.

Or ecco un punto che i filologi ed i non-giuristi in genere non possono intendere; anzi son certo che rimarranno scandalizzati di questa mia asserzione. Questo appunto avviene sempre, quando si vuole entrare nel campo della scienza altrui. Insomma, noi abbiamo i nostri metodi ed i nostri criteri scientifici, che sono quello che sono. Lo SNOUCK-HURGRONJE mi scriveva, a proposito del citato lavoro, come esso mostri che la storia del *ribā* è ancora da fare. E ciò è vero, riferendosi al dettaglio dello sviluppo delle dispute e delle applicazioni ai vari casi concreti nelle varie scuole; ma questa è fatica da lasciare agli eruditi, i quali del resto difficilmente ne potranno venire a capo, perchè gli scrittori arabi, essi

elegantissima, forse la più elegante costruzione della giurisprudenza islamitica, di cui non è possibile dare un'idea qui con due parole a chi non conosce il sistema. Non senza ragione io ho fatto or ora richiamo alla *bona fides*; si può dire all'ingrosso che il *ribā* compie, nel sistema musulmano, una funzione molto analoga a quella della buona fede nel dir. bizantino, nel senso che rappresenta un punto di riferimento normale per la misura della liceità del negozio. Con questa differenza sostanziale però che, mentre la buona fede costituisce un elemento soggettivo, il *ribā* invece ha carattere obbiettivo, una specie direi di obiettivazione della buona fede, consistente nella mancanza di ogni profitto nelle negoziazioni, ossia di ogni acquisto cui non corrisponda un esito, ossia ancora nella esigenza di una semplicistica eguaglianza aritmetica nella posizione economica dei due contraenti. La dottrina del divieto del *ribā* è strettamente collegata pertanto con l'altra del cosiddetto *gharar*, ossia di quella sorta di presunzione di inganno che *inest* nella indeterminatezza dell'oggetto delle contrattazioni, intesa questa indeterminatezza in senso rigoroso e veramente eccessivo. Orbene, tutto questo costituisce una complicata, delicata costruzione dommatica (il solo caso, parmi, di *elegantia iuris* nelle costruzioni islamitiche), che non è possibile preterire anche nella più modesta, elementare e ridottissima esposizione del sistema, a meno di rinunciare a farne intendere le basi. Ma, di tutto ciò, nulla nel libro. Il paragrafo 59 relativo al *ribā* è scardinato da tutte le sue colleganze logiche; del *gharar* si pronuncia appena il nome, in un periodo di due righe per incidente, a p. 167 nel paragrafo 57, quello generico, insieme a tanti altri mezzi accenni di mezze cose; così, in conclusione, per chi legge è molto peggio che non se ne parlasse affatto.

Quanto al *wakf*, al solito non è possibile che il lettore si faccia un concetto esatto di questo istituto tanto caratteristico e complesso, di fronte alla esposizione che se ne trova nel libro,

stessi dei teologi anzichè dei giuristi, non hanno avuto affatto una chiara visione delle costruzioni dommatiche del loro sistema di diritto. Ma creda pure l'illustre arabista, che per noi giuristi ciò è indifferente; quale sia il sistema e quali le relazioni tra i vari dommi noi non abbiamo bisogno di andarlo a ricercare nei libri arabi, dove non lo troveremo, ma lo desumiamo dall'esame dell'insieme della materia, sottoposta ai metodi dell'analisi tecnica.



separata da tutti gli indispensabili collegamenti dogmatici e storici. La dottrina del *wakf* è davvero ancora da scrivere, e le difficoltà insormontabili che si sono incontrate dipendono appunto dal non aver visto chiaro il rapporto, che essa ha con dottrine del diritto romano provinciale e del diritto bizantino. Le *piae causae* ed il *fideicommissum familiae* sono le due fonti, alle quali si riconnettono le due forme indiscutibilmente diverse che essa può assumere, le quali possono anche combinarsi insieme. Ed anche qui non è certo nella letteratura araba che si troverà la teoria, ma solo gli elementi su cui costruirla; costruzione, cui avrebbe potuto e dovuto contribuire l'abbondantissima giurisprudenza che vi si è svolta attorno, con relativa elaborazione pseudo dottrinale, se l'una e l'altra non avessero purtroppo del tutto mancato al loro compito (1).

Per quanto riguarda il libro in esame, indipendentemente dal rilevato difetto di coordinamento, è da notare come tutta la esposizione è fatta secondo il consueto metodo, ad imitazione precisa dei libri arabi. Ivi si confondono elementi e requisiti caratteristici dell'istituto con requisiti generici di ogni negozio giuridico. Si parla di « destinazione di beni ad un dato fine », quale contenuto del rapporto, come se questa fosse qualche cosa di più di una semplice ed oscura frase convenzionale, che ha bisogno di essere tradotta in una concreta costruzione per avere senso, in un libro di scienza giuridica. Si espongono le dispute sulla pertinenza della cosa *wakf* con un linguaggio tra il semplicistico e il teologico; che significa infatti dire che la cosa appartiene ad Allah, come pure scrivono gli autori arabi? Bisogna pur tradurre queste parole in una costruzione giuridica.

E ciò basti per il primo dei due rilievi di carattere generale sopra enunciati, relativo all'*ordinamento*.

Resta l'altro sui *rapporti storici* del sistema giuridico musulmano, con gli altri delle preesistenti civiltà orientali, ed in specie col diritto romano. A questo proposito l'A. si limita, come dicemmo, in due righe a principio del § 57 (p. 165 della traduzione), ad accennare in modo del tutto incidentale e dubitativo che il que-

(1) Cfr. sopra al n. 18. Ed inoltre, quello che ne ho scritto nella mia dissertazione: « *sui rapporti tra dir. rom. e dir. musulm.* », III, 5 (in « *Atti Soc. it. pr. Sc.* », Roma, 1914); e nell'altra: « *Il problema del diritto comparato* », § 15, p. 98 dell'estratto (in « *Atti soc. pr. sc.* », Roma, 1917).

sito « bleibt eine Frage, die noch nicht hinreichend beantwortet ist »; mentre lo stesso A. si affretta a soggiungere, come pur notammo, l'indiscutibile influenza di usi arabi sul diritto commerciale europeo. E la esposizione può essere considerata esatta, se si tien conto dello stato odierno della letteratura. Questa letteratura invero, quale risulta dalle indicazioni stesse contenute nella nota apposta dall'Autore alle sue asserzioni, si riduce alle indagini che su tale argomento hanno rivolto, *per incidens*, dei filologi, eminentissimi quanto si vuole, ma pur sempre filologi. Si cita anche un lavoro su argomento speciale (la *occupatio*), dello SCHMIDT che credo sia un magistrato, ma non è certo un lavoro più giuridico. Orbene, io domando ad ogni persona di buon senso, se è serio pretendere che, per via di ricerche filologiche, si possa arrivare, non dico a risolvere, ma soltanto a sfiorare un problema così arduo, come i rapporti tra un diritto ed un altro, ed in genere tra i vari diritti che io ho chiamato mediterranei. Queste quistioni di relazione tra sistema e sistema giuridico sono per loro natura *le più difficili tra tutte le quistioni tecniche* della scienza giuridica, ed occorre una ben specifica competenza ed una attitudine tutta particolare, per poter tentare l'ardua impresa. Gli illustri filologi però hanno il grande merito di aver visto il problema, tanta è l'evidenza con cui esso traspare anche agli occhi di un profano. Per poter trattare invece in concreto un simile argomento, occorre addentrarsi nell'esame tecnico dei sistemi da comparare e dei singoli istituti, e tenere il debito conto di tutti e singoli gli elementi storici.

Il problema diventa oltremodo difficile nel nostro caso, per le particolari condizioni dei diritti, oggetto della comparazione. E cioè; da un lato il diritto romano, il più organico di tutti ed il più perfezionato tecnicamente, ma insieme anche il più movimentato nella sua evoluzione, nei vari tempi e nei vari luoghi. Dall'altro, il diritto musulmano, il più disorganico e farraginoso immaginabile, affogato in una letteratura teologica, che può paragonarsi ad un oceano di parole vaganti, da cui il sistema giuridico aspetta ancora di essere tratto a riva. Ed infine, gli altri sistemi orientali (siriaco, ebraico, babilonese; principalmente), di cui solo ora si comincia a conoscere l'esistenza ed apprezzare l'importanza (babilonese, siriano), o che ancora la scienza giuridica europea non ha sottoposto alle proprie investigazioni

(ebraico). In questo stato di cose, si capisce che è tutto da fare. Ma si può anche affermare indubbiamente, che la connessione intima del diritto musulmano col diritto bizantino è una verità al disopra di ogni dubbio possibile, e salta subito agli occhi del giurista, che conosca l'uno e l'altro sistema, salvo le indagini di dettaglio per i singoli istituti e le singole questioni particolari.

Or io credo di poter affermare che, in questo argomento, mi spetta il merito di aver posto coi miei vari lavori (1), in maniera concreta, il problema innanzi alla scienza giuridica, di averne precisato i termini, chiarito il contenuto, e cominciato a illustrarne delle applicazioni su temi speciali. Sono lieto anzi di avere avuto, in questa mia opera, il conforto dell'approvazione di tutti coloro che amano il progresso della scienza, così nel campo giuridico che in quello filologico; e tra questi ultimi consensi sono ben onorato di poter annoverare, prima tra tutte, la parola altissima dello SNOUCK-HURGRONJE, nonché quella dello stesso autore del presente libro, il IUYNBOLL. Il traduttore ha avuto la bontà di aggiungere in nota la citazione del primo dei miei lavori, ma dopo di esso io ho sviluppato ed integrato la tesi ed iniziate le applicazioni. Questo stesso mio scritto rientra nel ciclo, e desidero che sia giudicato sotto tal punto di vista. Io qui non faccio una sterile ipercritica, per il piacere molto grossolano di farla, compiendo un'opera, che può solo a chi non conosce lo stato degli studi in diritto musulmano sembrar facile. Invece, mi ispiro all'altissimo e nobile fine scientifico, di mostrare che la trattazione dei diritti orientali, ed in ispecie del musulmano, va impiantata e condotta in tutt'altra maniera da quella fin qui usata, come scienza giuridica cioè e non più come indagine letteraria. Ed è solo allora che si vedrà in chiara luce ciò che ora appare obnubilato, vale a dire la continuità storica sostanziale tra diritto bizantino e diritto musulmano. Questo mio scritto critico

(1) Agli scritti di carattere generale, di cui alla nota precedente, è da aggiungere l'altro: " *Gli studi dei diritti orientali mediterranei* ", (in " *Atti soc. pr. sc.* ", Roma, 1916).

Vi sono poi i due lavori storico-esegetici: " *Su tre papiri giuridici arabi* ", (negli " *scritti offerti a V. Simoncelli* ", Roma, 1917); e " *Sul fr. L. 38 del libro di diritto siro-romano* ", in " *Bull. Ist. Dir. Rom.* ", Roma, 1916.

serva come introduzione e prefazione, in certo modo, all'altro che sto preparando, contenente un prospetto generale del sistema giuridico islamitico. Ed in esso si vedrà trasparente quella conclusione storica, cui ho qui accennato; poichè già, ripeto, allo stato delle attuali conoscenze, ce ne è abbastanza per giustificare l'affermazione di massima.

Il problema storico molto complesso è sostanzialmente duplice; ossia si tratta di due problemi diversi, di cui l'uno costituisce un caso particolare dell'altro più generale. Il primo è relativo ai rapporti tra diritto romano e diritto musulmano; problema determinato, concreto, interessante, la cui soluzione si intreccia necessariamente nel lavoro di costruzione del sistema islamitico. L'altro problema è assai più ampio, ed abbraccia lo studio complessivo del gruppo dei diritti orientali mediterranei, attraverso parecchi millenni, comprendente il sistema babilonese e l'ebraico, il siriano (persiano, armeno), il bizantino e il musulmano, l'egiziano e l'etiopico, e le legislazioni elleniche, in un fascio grandioso ed unitario, in mezzo e sopra a cui il diritto romano compie insieme opera di coordinamento, di riassunzione e di propulsione. Tutto ciò, come io lo intenda, ho sviluppato nei miei lavori, cui mi riferisco. Solo così si apprezza, al suo giusto valore, il posto che compete nella storia al diritto musulmano, e se ne può intendere lo spirito.

Codesto largo fenomeno di recezione operatosi nel corpo del diritto musulmano è veramente grave ed importante; di fronte ad esso, ha un valore infinitamente più ristretto e relativo quello inverso, dell'influenza di alcuni istituti commerciali arabi nel diritto medievale di Europa. Questo secondo avvenimento, di portata assai ristretta, non è che un episodio della storia del commercio di levante e della vita marinaresca, soprattutto delle nostre città italiane; ma è saltato subito agli occhi dei filologi, per il semplice fatto che si è operato, attraverso di esso, una vera e propria recezione linguistica di termini arabi commerciali.

La situazione dunque, dal punto di vista della storia del diritto, è proprio l'inversa di quella che è indicata nel libro; dove si mette in luce l'avvenimento piccolo, e si lascia nell'ombra quello veramente grande (1).

(1) Quanto molti scrittori siano fuori di strada in questo argomento, risulta dalla letteratura relativa. Mi limiterò qui a citare un passo carat-



Ed ora, illustrati i rilievi di carattere generale, passiamo ad alcuni punti particolari dell'esposizione, in prova del giudizio espresso.

42. — Per questa parte dei rilievi speciali, dobbiamo premettere una osservazione, affinché la nostra critica non possa avere neanche l'apparenza di eccessiva. In fondo, i difetti che andiamo ad enunciare, e quegli altri di cui non facciamo menzione, non sono che l'indice del sistema adottato e la conseguenza logica di esso, il sistema cioè di non voler fare una esposizione scientifica del diritto. Dato il sistema ed il carattere del libro, non è il caso di meraviglie. Le nostre osservazioni mirano soltanto a dar la prova di quanto abbiamo asserito, e a far toccare con mano la necessità di cambiare completamente indirizzo. Ciò vale soprattutto per i libri destinati ai giovani studenti. Ecco dunque alcuni rilievi:

a) — Riferisco il modo con cui si parla (p. 166 della traduzione) della esposizione delle obbligazioni nei trattati di *fiqh*. E questo, si badi, è tutto ciò che in proposito si trova nel libro:

« Nei libri di *Fikh*, i più usati negozi giuridici, come la compra e la vendita, il pegno, la locazione, la donazione, il comodatato, l'associazione in partecipazione, la fideiussione, ecc. vengono trattati separatamente (per lo più diffusamente e con precisione). Invece, negli stessi libri di *Fikh* musulmani, si nota la mancanza di una dottrina generale sulla responsabilità, sul rischio, sull'obbligo del risarcimento del danno, ecc. nelle « obbligazioni ».

Sono necessari forse i commenti per un giurista?

b) — Subito dopo si accenna in genere ai diritti reali in questa maniera:

« Diritti reali riconosciuti dalla legge sono, tra gli altri: proprietà, diverse specie di servitù, pegno e altri. La differenza

teristico di uno scritto recente, dove si fa con sicurezza assoluta l'asserzione più falsa. Si guardi ciò che scrive E. AMAR in "Revue du monde musulman", XV (1911) a p. 183:

« Alors que la philosophie, les sciences dites arabes ne sont en réalité que des traductions ou des commentaires des ouvrages grecs, le droit musulman, le *fiqh* est une des rares productions qui APPARTIENNENT EN PROPRE à l'Islam, du moins tant qu'on n'aura pas démontré la proche parenté de ce droit avec celui du Bas Empire ». I miseri parolai arabi avrebbero dunque digradato i giureconsulti romani, che impiegarono tanto tempo a costruire ed elaborare il sistema!

« tra il diritto reale del possesso e la *detentio* di fatto del possessore non è conosciuta nella legge musulmana. Inoltre, la concezione della natura dei diritti reali, presso i giuristi islamici, è assolutamente diversa, da quella che si ha presso di noi. Se per es. qualcuno ha l'usufrutto di una casa e un'altro solo la semplice proprietà, i *Fakih* non scorgono in ciò due distinti diritti reali (proprietà e usufrutto) su un' unica cosa, ma invece due diritti eguali (cioè diritti di proprietà) su due cose diverse. Essi riguardano cioè, l'uno come proprietario della cosa medesima (o, siccome usano esprimersi, proprietario della *Rakabah*, vale a dire propriamente del 'collo' della cosa), e l'altro proprietario dei vantaggi che la cosa apporta. Quando qualcuno per es. stipula una servitù, si dice presso i *Fakih* che 'compra un diritto di utilità'. Il compratore diviene 'proprietario' del diritto per es. di passare sul fondo di un altro, o di fabbricarvi sopra, o di servirsi del muro del suo vicino « per appoggiarvi la trave del proprio edificio, ecc. ».

Ora, la prima cosa, che salta agli occhi, è la constatazione di un linguaggio così sciatto che in verità non potrebbe essere maggiore; occorre forse specificare? Nella sostanza poi, per quello che attiene alla costruzione della proprietà e dei *iura in re aliena*, l'A. non ha visto che tutto si riduce, nel sistema musulmano, come abbiamo sopra osservato, a quella concezione del frazionamento del dominio, che è la base della dottrina di diritto comune romano, di cui il dir. musulmano viene a costituire un interessante parallelo storico, per evidenti motivi sociali uniformi. Storicamente, il fenomeno si riconnette alla profonda crisi, che il concetto di proprietà ha subito dal diritto romano al diritto bizantino. Per le servitù poi, è soprattutto da osservare che, in diritto musulmano, esse costituiscono in larga misura piuttosto delle vere e proprie limitazioni della proprietà (come le cosiddette servitù legali dei nostri pratici), ad analogia del diritto bizantino. Il difetto fondamentale pertanto è quello già altrove notato, di riferirsi troppo alle categorie romanistiche classiche, dimenticando tutte le grandi trasformazioni sopravvenute, e confondendo quindi le cose più diverse. In altri termini, proprio coloro (anche qui), che sono più restii ad ammettere l'influenza romanistica (quella intesa con giusto criterio, di fronte alla storia ed alla scienza), operano poi inconsciamente ed erroneamente coi motivi roma-

nistici. E questo valga anche per ciò che nel testo si dice a proposito del possesso. La preoccupazione errata è sempre la stessa; e cioè partire dal presupposto che anche nel diritto musulmano si debbano trovare le categorie romanistiche. Dalle brevi e oscure parole riferite, non si capisce quale sia il pensiero dell'A. sull'argomento; ma parrebbe che egli conceda alla dottrina del possesso una posizione, in dir. islamitico, molto inferiore a quella che l'istituto ha in dir. romano, e molto secondaria di fronte alla dottrina della proprietà. Orbene, se è così, la verità invece è proprio tutto l'opposto! In dir. musulmano, come già e più che in dir. bizantino, non abbiamo nulla che rassomigli alla romana proprietà; non si ha da fare invece che con gradazioni di possessi qualificati, per esprimerci con la nostra terminologia.

Orbene, se le nostre osservazioni sono giuste, non si può negare che il laconico quadro, compreso nel passo sopra riferito, non potrebbe essere nè più manchevole nè più inesatto.

c) — Appresso ancora si legge il seguente periodo, relativo a materia di obbligazioni:

«Un contratto si dice 'Akd (cioè legare), e l'obbligo che ne sorge Dain (cioè debito). Quest'ultimo termine si trova però applicato nella legge soltanto a quelle obbligazioni, per cui il debitore deve prestare un lavoro determinato, o personalmente o per mezzo di altri, e non a tutte le altre, in cui deve consegnare cose individualmente (1) determinate. L'oggetto di simili obbligazioni si chiama mā f'l-Dhimmah, vale a dire ciò a cui si è legati. Le obbligazioni invece, che si riferiscono alla prestazione di una cosa individualmente determinata e non sostituibile ('Ain), per lo più sottostanno nella legge musulmana a regole speciali, e non cadono sotto il concetto generale di «Dain».

Senza recare offesa a nessuno dei lettori, io credo di poter affermare che essi, se sono giuristi, non devono capirci nulla in questo breve periodo: non parlo neanche del mio ipotetico studente, il quale, se esiste, a questo punto avrà certo abbandono

(1) Ho sostituito qui l'avverbio "individualmente", all'altro "indirettamente", che si trova, per una svista, nella traduzione. Il testo tedesco ha, come deve essere, appunto "individuell".

nata l'impresa di continuare a studiare un diritto così pieno di misteri.

Che del resto sia legittimo il non averci capito nulla, risulterà chiaro appena io abbia detto di che cosa si tratta.

La cosa è abbastanza semplice, sebbene nei libri arabi, al solito, non si trovi affatto spiegata chiaramente, per il più volte ripetuto motivo, che anche qui si tratta di una recezione inconscia dal diritto romano-ellenico, non riassunta in costruzione netta nè coordinata al sistema, per la ingenua incapacità dei giuristi musulmani. La ricostruzione che presento è completamente di mia fattura; è inutile neanche provare a cercar qualcosa di simile negli autori europei, poichè essi non hanno fatto mai altro che ripetere (peggiorandole, se mai) le oscurità dei libri arabi.

In arabo vi è una radice *dāna*, che sta ad esprimere l'idea di quella relazione che corre tra debitore e creditore, che noi diciamo con termine romano *obligatio*, ma guardando il rapporto dal punto di vista del soggetto passivo; ed, in senso largo, indica il concetto in genere di assoggettamento, e quindi anche quello di religione. Di qui deriva il sostantivo *dain*, che costituisce il nome astratto relativo, e corrisponde all'ingrosso alla romana *obligatio*, ma con speciale tendenza ad indicare il rapporto obbligatorio contrattuale. Il nome e la cosa richiamano troppo alla mente il greco δάνειον; del quale termine contrattuale i recenti studi papirologici hanno dimostrato il carattere completamente astratto, destinato a fare della dichiarazione scritta di debito il veicolo per la costituzione di rapporti obbligatori relativi alle cause più svariate, proprio ad analogia della romana *stipulatio*, che poi, come si sa, aveva finito anch'essa per diventare, in quel mondo, una clausola scritta di stile. Orbene, io credo proprio che questa apparenza sia una realtà, e le due designazioni debbano ricongiungersi. Infatti, indubbiamente δάνειον e δάνος (donum) si ricollegano alla radice Δα, δο, ed ordinariamente dai filologi sono ambedue le parole accostate al senso originario della radice, che esprime il concetto di *dazione* (cfr. BAILLY, *Dict. etym.*, alla voce; e VANICEK, *Griech. lat. etym. W.*, eod.). Ma io penso che ciò sia vero per δάνος, non per δάνειον. Questa seconda voce va ricollegata all'altra accezione della stessa radice Δα nel senso di *legare, obligare* (cfr. VANICEK, l. c., nn. 331,



332), onde  $\delta\acute{\epsilon}\omega$  e  $\delta\epsilon$ -F ( $\delta\epsilon$ -F $\epsilon\iota$ ),  $\delta\epsilon\tau$ ; il che ci presenta dunque una sorprendente situazione parallela a quella sopra indicata nel campo semitico. Ed il *parallelismo* è addirittura *perfetto*, tenendo presente l'altra circostanza del riavvicinamento, ammesso dallo stesso VANICEK l. c., del termine  $\delta\omicron\delta\lambda\omicron\varsigma$ , alla radice  $\delta\alpha, \delta\alpha$ - $\varsigma$  (sanscrito *dāsa* = *famulus*);  $\delta\omicron\delta\lambda\omicron\varsigma$  a *dando, porrigendo* (cfr. il tedesco *dienen*). Ecco qui, se io non prendo un grosso abbaglio, un magnifico esempio, in cui gli elementi forniti dalla scienza giuridica possono illuminare sulle ricerche etimologiche, ed apprestare una bella prova dei contatti fra il mondo semitico e l'ariano, nel linguaggio e nel diritto. Comunque, indubbiamente il *dāin* arabo, nel diritto musulmano, sta ad indicare appunto la designazione astratta di rapporto obbligatorio, specialmente contrattuale (1).

Vi è poi un'altra radice, *'aiiana*, che esprime l'idea della *determinazione*, della specificazione, della designazione; cui corrisponde il sostantivo *'ain*, che significa insieme *l'occhio* e *l'assenza delle cose, il loro elemento discretivo ed individualizzante*.

Dalla combinazione di questi dati lessicali con le infiltrazioni romanistiche, si è tratta (sebbene un po' confusamente), nel sistema del diritto musulmano, la terminologia di una classificazione, così nel campo dei rapporti obbligatori, come in quello più generale delle categorie delle cose. E cioè, con *dain* ed *'ain*

(1) Alla radice araba riaccosta il GESENIUS quella aramaica *dnn* (alla voce), nel senso di assoggettamento. E, d'altra parte, alla radice *da* di  $\delta\acute{\alpha}\nu\epsilon\iota\omicron\nu$  e *dare* si ricollega anche il latino *creditor* (Cfr. il BAILLY ed il VANICEK citati), in composizione col prefisso *cred* (cuore, cor-d,  $\kappa\alpha\rho\delta\acute{\iota}\alpha$ ), onde anche il sanscrito *grad-dadhāmi*, *dare sul cuore*. Nel fondo di questo concetto, vi è proprio quel senso intimo di *credito*, che ancora permane nel nostro linguaggio moderno, vale a dire di affidamento, di fiducia, di considerazione: senso che parrebbe traslato, e che invece dunque è *l'originario*! E qui si affaccia alla mia mente subito un raffronto, di cui intenderà appieno l'importanza chi conosce un poco gli antichissimi documenti giuridici sumerico-babilonesi ed egiziani. In questi ritorna sempre come clausola contrattuale, per indicare che l'altra parte ha adempiuto perfettamente la prestazione, una formula, più o meno varia nelle espressioni, in cui sostanzialmente si esprime il concetto: *" il mio cuore è soddisfatto! "*. Or è innegabile la colleganza di questa clausola di stile con la etimologia qui spiegata. Ed ecco un'altra prova di quel doppio rapporto, cui abbiamo alluso nel testo, tra mondo semitico e mondo ariano, tra glottologia e giurisprudenza!

si è principalmente designata la differenza che, in diritto romano e moderno, noi esprimiamo parlando di *obbligazioni di genere (dain)* e *obbligazioni di specie ('ain)*; ed, in senso più generale, si sono adottati gli stessi termini per indicare, nel campo delle cose, l'opposizione che in diritto romano si traduce nel binomio *genus* e *species*. Da ciò deriva adunque che *dain*, in materia di obbligazioni, ha due sensi; l'uno, per esprimere in generale il rapporto obbligatorio; e l'altro, per esprimere esso in quanto avente un oggetto indeterminato, in opposizione al caso in cui l'oggetto sia invece determinato (1). *L'oggetto poi del rapporto obbligatorio* è espresso con una frase analoga alla nostra: *mā fi'l - Dhimmah = quod est in obligatione = obiectum obligationis*, poichè la radice *dhamma* esprime appunto, tra gli altri, il concetto di protezione, di fiducia, soggezione (2); ma, più propriamente, questa designazione è limitata al caso dell'og-

(1) Per arrecare un altro esempio delle aberrazioni contenute nella letteratura europea di diritto musulmano, si veda ciò che scrive il VAN DEN BERG, nel più volte citato trattato (Tr. fr. parte II cap. III, Sect. I, p. 109 nota 1). Egli, per spiegare il *dain*, dice che si potrebbe mutuare questa espressione dal diritto romano, e cioè: *" res quae in obligatione tantum sunt "*! Che cosa lo scrittore avrà creduto di esprimere con questa frase, che giuridicamente non ha alcun senso?

Il più strano poi è che egli si richiama ad un luogo del PUCHTA, che non vi ha nulla a vedere (cfr. nella 10<sup>a</sup> ed., II, § 259, p. 302; anche la citazione è inesatta nel testo), foggandosi una cervelotica distinzione tra *Sachindividuum* e *Sachwert*! Il vero è che, in quel passo, l'illustre romanista si abbandonava ad una delle solite elucubrazioni di dubbio gusto, tanto care ai giuristi tedeschi, per significare il suo modo di rappresentarsi il rapporto tra *diritto reale* e *obbligazione*, nel senso che, sebbene alla cosa miri sempre così il diritto reale che l'obbligazione, tuttavia nel primo quella è contemplata come tale (*Sachindividuum*), mentre nella seconda si considera per il suo valore (*Sachwert*). Orbene, tale concetto è falso; ma che ha da fare, domando io, col nostro argomento? Questo significa proprio buttar giù delle parole a caso!

(2) La radice *dhamma* esprime insieme i concetti di vituperio e di protezione, ossia presenta uno di quei fenomeni di antifrasi che sono tanto frequenti in glottologia. Da questa radice derivano i sostantivi *dhimam* e *dhimmah*, che hanno un valore molto ondeggiante, fra clientela, *fides*, *securitas*, protezione, garanzia, ed anche patto, ed *obbligazione*. Quest'ultimo significato richiama un po' al pensiero il concetto della *Haftung*, mentre *dain* ricorda il *debitum (Schuld)*.

getto indeterminato, adibendosi per quello determinato il senso concreto di 'ain come abbiamo spiegato.

Orbene, mi si riconoscerà che le poche parole contenute nel testo e da noi sopra riferite, sull'argomento in discorso, non sono le più adatte per dare un'idea anche lontana di quello che dovrebbero esprimere.

d) — È anche da segnalare il luogo che immediatamente segue, relativo al passaggio della proprietà. Esso dice:

« Il principio fondamentale del nostro diritto civile, che per mezzo del contratto sorgono soltanto obbligazioni, e che i diritti reali in generale si possono costituire soltanto con la tradizione, non vale nel *Fikḥ*. Così per es., il diritto di proprietà su una cosa sorge subito con il contratto, se si è avuto di mira la tradizione della proprietà. Il rischio rimane allora, fino alla consegna, all'attuale proprietario (per es. il venditore); cosicché per es. il compratore non deve sborsare il prezzo, se la cosa comprata sia perita presso il venditore prima della consegna ».

Ora, francamente, in questo passo sono condensate troppe cose diverse, e nella forma e nella sostanza così errate, da generare la massima confusione in chi legge. Qui si parla con un accenno fugace di due grosse questioni; l'una, relativa al passaggio della proprietà in base ad un negozio giuridico; e l'altra, concernente il relativo trapasso del *periculum rei*, come si dice con la tecnica frase romana. Sul primo argomento, è bensì vero, come in fondo si dice nel testo, che per diritto musulmano vale il principio del passaggio del dominio in base al semplice consenso; ma è assolutamente errato di presentare questo principio come in aperto contrasto col diritto moderno, senza aggiungere verbo. Non è possibile qui addentrarsi, per *incidens*, nello sviluppo di un argomento così complesso e spinoso, ma è ben necessario richiamare i punti fondamentali. Il principio della necessità della tradizione è romano, come si sa. Ma io ho avuto occasione di occuparmi *expressim* del tema in altro lavoro (1); e lì ho dimostrato che, entro la storia del diritto orientale, dal bizantino al musulmano, si produsse uno svolgimento analogo a quello veri-

(1) Cfr. il mio scritto citato "Su tre papiri giuridici arabi", n. XXVI e XXVII.

ficatosi in Europa nel diritto intermedio; per cui, nel diritto islamitico da un lato ed in quello francese dall'altro, si è finito col rovesciare il principio romano, arrivando al passaggio per mero consenso, ed il principio francese è diventato il dominante nel diritto moderno. E perciò il diritto musulmano, lungi dall'essere in contrasto, è anzi all'unisono col diritto moderno europeo, in base ad uno sviluppo storico presso che identico. Il diritto neerlandese, a cui l'A. evidentemente allude quando parla di « *nostro diritto civile* », rappresenta una delle poche deviazioni del diritto moderno (1), con tendenza al ritorno verso il diritto romano, e non può essere presentato come indice del diritto moderno. Ciò è tanto più vero, inquantochè la deviazione del codice civile neerlandese è più apparente che reale; tutto infatti si riduce ad esigere per gli immobili, che costituiscono il caso essenziale, la trascrizione (art. 671). Or qui è chiaro che ciò che si richiede non è già un modo speciale di trasmissione del diritto reale, in esecuzione ed in aggiunta della convenzione, ma piuttosto una forma speciale e solenne di *confirmatio* di essa. Insomma non è proprio che si neghi la efficacia traslativa del consenso; soltanto si vuole che la sua manifestazione si rivesta di certe forme atte ad assicurare insieme la certezza e la pubblicità dell'atto; il che è ben diverso dal concetto romano, come viene espresso nel testo. Comunque, prescindendo pure da questa mia speciale interpretazione del diritto olandese, che ritengo del resto esatta, certo è che non è conforme ad una esposizione scientifica il presentare l'opposizione come qui è presentata.

Quanto poi all'altro punto, in ordine cioè al passaggio del pericolo, dobbiamo fare delle osservazioni ancora più importanti intorno al modo come è esposta la cosa.

Ed invero, sebbene nel luogo del trattato *Minḥādj al - Tālibīn*, I, 383 (citato alla nota 3, a p. 167 della traduzione) appaia (non molto organicamente, invero) la dottrina esposta nel testo, e sebbene il suddetto trattato sia uno dei principali della scuola

(1) Analogamente al neerlandese, dispone il codice spagnolo (art. 1462-1464), ma anche per esso valgono le osservazioni che facciamo nel testo a quello olandese.

Cfr., per la succinta storia del principio in diritto europeo, il trattato di dir. civile del PLANIOL I.



sciafeita, e fondamentale senza dubbio nell'uso delle Indie neerlandesi; tuttavia, la pura dottrina musulmana, rappresentata indubbiamente almeno dalla scuola malekita, è proprio la contraria di quella indicata, e cioè il passaggio del pericolo nell'acquirente *ante traditionem*, proprio conforme al controverso principio di diritto romano, e ciò nel modo più completo anche per i dettagli, p. e. con la importante eccezione nel caso di vendita condizionale (1).

Ora, la regola romana costituisce, come tutti i romanisti sanno, uno dei punti più oscuri della dommatica, che si è proposto anche di spiegare, così un po' a caso, con un riferimento generico all'influenza orientale (ellenica, secondo la terminologia corrente dei nostri romanisti). A questa ipotesi potrebbe conferire in certo modo un ulteriore elemento di probabilità la circostanza di ritrovare la norma nel diritto musulmano, il quale però, conoscendo il principio del passaggio della proprietà per consenso, si sarebbe allontanato, sul punto della efficienza del contratto, dal modello romanistico. Sicché la regola del passaggio del pericolo *ante traditionem*, che contrastava col sistema romano del trapasso del dominio, verrebbe invece ad armonizzare col contrario sistema musulmano del trapasso consensuale, manifestandosi qui un'applicazione normale e logica del principio « *casum sentit dominus* ». La parziale deviazione quindi da questo sistema, come è rappresentata dalla dottrina del *Minhādī al-Talībīn* esposta nel libro dell'A., riprodurrebbe, in diritto musulmano, le difficoltà romanistiche, in senso inverso, aggravate anzi dal fatto che già il diritto musulmano aveva raggiunto il coordinamento. Come si spiega questo fenomeno? È forse anch'esso un caso di confusionaria recezione? O cela altri motivi storici che a noi sfuggono? E quali?

Un giurista, che scrive su questi argomenti e ne scrive per giuristi, non deve prescindere dal prospettare simili problemi. Soprattutto poi non capisco come si possa esporre la contraddittoria dottrina indicata nel testo, non solo senza rilevare la

(1) Mi limito a citare, prescindendo da tutte le altre fonti, soltanto IBN ASEM, *Tohfah*, n. 693, 695, e relativa nota 581 nella edizione con traduzione francese di HOUDAS e MARTEL (Alger, Gavault, 1888).

Per edificazione poi, si può leggere come parla dell'argomento lo ZEVS, nel citato trattato, ai §§ 214, 225!

cosa, ma addirittura come la più naturale del mondo. Certo, se trattare di diritto si intende buttar giù delle norme nude e crude, come tanti dommi religiosi (a prescindere che giudicare le norme in questo modo è un concetto falso in tutti i sistemi di diritto di questo mondo), il che appunto intendono i profani, allora sta bene; ma questo è pretto empirismo, non già scienza del diritto.

e) — Come si vede, ogni riga della esposizione di questa materia si presta a gravi e molteplici rilievi. E si potrebbe seguire ancora; ma ci pare che bastino, a titolo di esemplificazione, i rilievi già fatti. Solo aggiungiamo la semplice indicazione, senza sviluppo, di alcuni altri punti, e cioè:

Si allude, subito dopo ai luoghi discussi, in due righe, al paradigma fondamentale del negozio giuridico musulmano, consistente in una offerta (*idjāb*) ed in una accettazione (*ḵabūl*), come cosa di tutta semplicità e naturalezza. Orbene, i giuristi intendono la grande importanza di questo schematismo (le dispute che vi fanno sopra gli scrittori arabi sono molteplici e le più strane), in quanto presenta un'assoluta applicazione generale, che fa correre il pensiero ad un riaccostamento con la *stipulatio* romana, e soprattutto con la sua curiosa deformazione orientale, che i papiri ci hanno rivelato.

In seguito, si accenna ad alcune distinzioni delle cose, come oggetto di diritti; ma l'esposizione non potrebbe essere più manchevole. Si tratta di un argomento, che in diritto musulmano ha uno sviluppo abbastanza complesso, ed è fondamentale per intendere la dommatica del diritto patrimoniale. E si noti che è ben possibile ricostruirne un quadro abbastanza organico, anche allo stato odierno degli studi.

Ed ancora, a proposito dei rapporti tra voto (*naḍr*) e giuramento (*jamīn*) con relativa *kaffārah*, la esposizione del testo, conforme all'uso arabo, riesce confusa e slegata e puramente arbitraria, senza essere sottoposta neanche ad un tentativo di costruzione, lasciando così sempre l'impressione che il diritto musulmano sia proprio una massa disordinata di norme. Invece, si può benissimo organizzare la materia, nelle sue linee generali almeno, intorno al concetto che, mentre il voto è una forma speciale di obbligazione, il giuramento invece non lo è affatto. Esso rappresenta una intromissione del sentimento religioso nei

rapporti della vita sociale, ed assurge a valore giuridico soltanto in materia di prove, rimanendo in tutto il resto a rappresentare le interferenze continue, nel mondo islamitico, tra diritto e religione. È appunto con queste elaborazioni della materia, fornita dalle fonti teologiche, che è possibile parlare di trattazione giuridica; altrimenti no.

E così potrei anche continuare l'elenco ma me ne astengo, per non prolungare di più questa già lunga esposizione.

43. — Ed ora, dopo aver fatto la critica di quel pochissimo che è esposto nel testo, a proposito del diritto patrimoniale, dobbiamo dire qualcosa di quel molto che manca.

In verità il discorso potrebbe essere molto breve, osservando che manca *tutto*, tutto in modo assoluto, ridotte pure le esigenze al minimo possibile, per farsi una idea, sia pure elementare, del sistema di diritto musulmano. E questa assenza così completa dimostra che essa non è già una manchevolezza nell'esecuzione del piano, ma costituisce proprio il piano prestabilito dall'Autore. Il vero difetto adunque non sta tanto nel contenuto o nella forma di esposizione, ma bensì nel titolo del libro. Non si tratta di un trattato di istituzioni giuridiche, ma bensì di istituzioni teologiche relative alla vita sociale. Noi ci limiteremo soltanto a qualche breve accenno, per far intravedere il largo campo sottratto allo sguardo dello studioso; semplici appunti schematici.

a) — Se mancasse altro a provare che non si è voluto scrivere un vero trattato di diritto, basterebbe solo il fatto che non vi si trova neanche un breve capitolo dedicato alla dottrina del *bai'*. Questa dottrina è addirittura la fondamentale, la più rilevante e di carattere assolutamente centrale nel sistema del diritto patrimoniale islamitico, in certo modo come la dottrina della stipulazione nel sistema delle obbligazioni in diritto romano. Per esprimere la sua funzione, mutuerò una delle solite frasi colorite dai giuristi arabi. Essi dicono, a proposito dell'importanza del diritto ereditario, come vedemmo a suo luogo, che la dottrina relativa costituisce la metà di tutta la scienza del diritto. Questo è del tutto esagerato; ma sarebbe invece abbastanza vero il dire che la dottrina del *bai'* rappresenta più della metà di tutto il diritto patrimoniale. Orbene, di esso *ne verbum quidem*; se ne cita appena due sole volte il nome a proposito del

*ribā* (p. 171 della traduzione), che trova appunto nel negozio di *bai'* la sua principale applicazione, ma senza l'ombra di spiegazione, ed anzi identificandolo con la vendita, come del resto è l'uso corrente. Così il lettore, se non sa di che si tratta, non può capirne nulla, ed anzi è fuorviato; e, se lo sa, non ha che a deplorare il trattamento della cosa.

Quale sia il concetto del *bai'* e quale la sua importanza nel sistema non è possibile spiegare in breve. Noi ne abbiamo dato un piccolo cenno al § 10, ed ivi abbiamo citato in nota anche i luoghi di altri nostri scritti, dove ci siamo pure occupati dell'argomento; ad esso rimandiamo il lettore, aggiungendo solo qualche ulteriore rilievo.

È da tener presente come il carattere centrale di questa dottrina si manifesti soprattutto per due fatti, di capitale importanza dal punto di vista sistematico. L'uno è che, *per occasionem* di essa, i giuristi musulmani hanno trattato di molte delle teoriche aventi carattere generale per tutti i negozi giuridici, come abbiamo accennato al § 41 circa il *ribā* e il *gharar*. Solo pertanto nella luce dell'istituto del *bai'*, si può apprezzare il valore di queste dottrine generali e caratteristiche del sistema. L'altro fatto non meno importante è, che il negozio di *bai'* forma come il punto di riferimento degli altri negozi contrattuali, in modo che questi si sogliono, non inopportunamente, dividere in due categorie, secondo che sono ricompresi o meno nella sfera giuridica del *bai'*. La permuta, il mutuo, la locazione, la transazione, il contratto di matrimonio sono i tipi principali che rientrano nella sfera del *bai'*.

Vi è poi tutta una serie molto ricca di particolari atteggiamenti del *bai'*, in funzione di vera vendita, in cui si devia dalle esigenze rigorose del sistema, per soddisfare ai bisogni del commercio; qui appunto si trova l'addentellato di alcuni istituti odierni del diritto commerciale. La più importante di queste forme speciali è quella detta *salam*, che consiste nella compra anticipata a contanti di una merce futura, ordinariamente della raccolta da venire di un determinato campo; istituto caratteristico per la sua costruzione dommatica, e come precedente storico di consuetudini moderne nel nostro stesso diritto volgare.

Aggiungiamo che, in tutti libri arabi di *fiqh*, la trattazione dei *bai'* (cioè delle varie forme di *bai'*) costituisce una delle parti



fondamentali della esposizione. Una omissione simile è quindi troppo grave.

b) — Tra le dottrine generali relative ai negozi giuridici contrattuali, e che sono una caratteristica del diritto musulmano, accanto a quelle di cui abbiamo fatto cenno nel § 41, è da mettersi la teoria del *kijār*, parola alquanto equivoca, che ricorre continuamente, in varie accezioni, nella esposizione dei libri arabi, e di cui il nostro libro non fa menzione.

Sotto questo nome, che un uso introdotto, credo, dai Francesi traduce falsamente per *opzione*, i giuristi musulmani hanno cumulato, secondo la loro tendenza empirica e volgare dei riaccostamenti estrinseci, le cose più diverse. L'ordinamento di queste applicazioni varie e confuse non è certo fatto nei libri di *fiqh*, e tanto meno negli europei, ma si può tentare, come mostrerò nel mio libro sul sistema. Intanto dò qui lo schema della mia ricostruzione.

Il vocabolo per sè esprime l'idea di scelta, di preferenza, e comprende un complesso ordinamento di due accezioni del tutto diverse, cioè: a) la facoltà di dare o meno seguito ad un rapporto giuridico già costituito e perfetto, ossia un vero e proprio *ius poenitendi*; b) un complesso sistema di rescissione.

Solo in un senso non tecnico e molto generale, si usa anche per vari casi di scelta tra differenti possibilità, in un momento anteriore alla fissazione dello stato giuridico, e come atto preparatorio a questo fine; e solo qui esso corrisponde alla romana *optio* (alternatività nell'obbligazione, nei legati, nelle azioni). Ma questo significato è, come abbiamo detto, non tecnico o meno tecnico.

Da questo che abbiamo esposto risulta già la larga applicazione e l'importanza sistematica dell'istituto. E esso poi, nel primo dei sensi elencati (*ius poenitendi*) che è anche il principale, costituisce una caratteristica dei diritti orientali, ai quali, per questo tratto, aderisce il musulmano, allontanandosi invece dal diritto romano, ispirato proprio al concetto contrario, e cioè la irretrattabile obbligatorietà del consenso validamente emesso. Ma, come io ho dimostrato in altri miei scritti (1),

(1) È il tema fondamentale, che io sto svolgendo nello studio destinato alla interpretazione del controverso frammento L. 38 del cosiddetto

sul terreno di oriente il principio del *ius poenitendi* è penetrato in qualche modo anche nel diritto romano, e nella stessa compilazione giustiniana. Ciò dà un risalto speciale alla dottrina musulmana del *chijār*, che non può non avere perciò un posto eminente nella esposizione del diritto patrimoniale islamitico. Grave dunque la lacuna del nostro libro intorno a questo punto.

c) — Vogliamo anche accennare ad una speciale categoria tra quei rapporti giuridici che non rientrano nella sfera del *bai'*, la cui omissione costituisce pure un difetto considerevole del nostro libro. Vi sono cioè alcuni istituti, tra questi, che hanno una particolare importanza, sotto il punto di vista di costituire gli addentellati storici di uno svolgimento, che ha avuto il suo seguito nel diritto nuovo moderno europeo, specialmente quello commerciale, ma non il solo. Alcuni di questi tipi sono anzi addirittura le fonti di istituti moderni. Altri meriterebbero di essere presi in considerazione per situazioni sociali, specialmente della economica agricola, che sono oggi all'ordine del giorno. Indico semplicemente.

Tra i primi ricorderò le varie forme del contratto di « società » (*scirkat*); e soprattutto la « commenda » (*Kirad*), i cui rapporti con la « *commanda* o *commendacio* » del nostro antico diritto commerciale italiano del M. Evo sono indubitabili, sebbene il problema specifico non sia stato ancora studiato competentemente, per quanto non manchi una discreta letteratura relativa (1). È che problemi simili vanno impostati e risolti proprio in questo campo di studi giuridici orientalistici, che deve ancora nascere. Restano invece perfettamente oziose tutte le dispute condotte dai filologi, o sia pure dai giuristi, che conoscono bensì il diritto moderno europeo ma non quello orientale. Appartiene anche a questo luogo di ricordare la « lettera di cambio » (*suftadjah*), menzionata *per incidens* anche dall'A. alla nota 2 a p. 166 della traduzione. Ora, il problema, di cui fan parte i casi particolari citati, è molto ampio ed importante,

libro di diritto siro-romano (in B. I. D. R., 1916 sgg.). Cfr. anche il commento sui papiri arabi già citato (negli studi offerti a V. Simoncelli, Napoli, 1917) § XVII.

(1) Cfr. p. e. GOLDSCHMIDT (trad. it. di A. SCIALOJA e POUCHAIN): « Storia del diritto commerciale », Torino, Un. tip. ed., 1913; a p. 82 e 202, e note con richiami bibliografici.

e consiste nella ricerca in generale, fino a che punto le nostre Repubbliche marinare possano aver attinto dal Levante, ed in ispecie dal diritto musulmano, le loro costruzioni giuridiche. Larga, attraente e suggestiva ricerca, che aspetta di essere affrontata e risolta una buona volta con mezzi adeguati e da uomini adatti.

Nominerò, a proposito dell'altro gruppo di istituti, quelli che potremo chiamare « *i contratti agrari* », i cui tipi fondamentali sono tre, riguardanti rispettivamente la *irrigazione*, la *piantagione* e la *seminazione*. Essi hanno in comune il carattere, molto interessante, di rappresentare un complesso sistema di compartecipazione del capitale e del lavoro allo sfruttamento e godimento della terra. Al qual fine, i vari schemi contrattuali si allontanano tutti quanti, qual più e qual meno, nel loro ordinamento dommatico, dai criteri caratteristici del diritto musulmano in materia di rapporti patrimoniali, di alcuni dei quali abbiamo per *occasione* fatto cenno, come p. e. il divieto dell'elemento aleatorio, il quale invece è inseparabile da codesti contratti agrari. E ciò costituisce il grande significato storico del fenomeno; si è cioè coscientemente voluto far opera del tutto eccezionale, ubbidendo a specifiche esigenze sociali.

Il contratto relativo alla irrigazione è quello chiamato *mu-sākhāh*, come esprime appunto la parola; ed importa in sostanza la partecipazione ad una quota dei frutti, in corrispettivo della cultura delle piante. L'esistenza di un contratto speciale simile, e la minuta cura con cui esso è regolato, con le varie dispute relative, ci induce subito a mettere in rilievo il rapporto di questo fatto col generale problema delle acque, quale esigenza della economia orientale, che ha esercitato il suo peso anche nella storia del diritto romano (Cfr. le moderne conclusioni della scienza romanistica, sul regime dell'*actio aquae pluviae arcendae* nella compilazione giustiniana. E potrei anche richiamare delle altre tracce, p. e. in materia di fedecommissi: L. 14 § 3 D. 34. 1).

Relativo alla piantagione è invece il contratto detto perciò di *mughārasah*, il quale ci trasporta per analogia nella sfera della bizantina enfiteusi, ma di molto rafforzata. Invero, qui la piantagione di alberi in un terreno nudo e la cura del loro sviluppo costituiscono titolo, per l'acquisto del condominio della terra e degli alberi. Evidentemente, vi è un valore sociale del contratto,

ed esso consiste nella tendenza di favorire il regime di economia arborea di fronte a quello puro fondiario, al fine di sostituire il primo al secondo. Ottimo provvedimento, a cui si ricollegano forse delle forme, alquanto attenuate bensì, del diritto volgare nell'Italia meridionale, le quali hanno fatto la loro apparizione nel diritto intermedio, e sarebbe facile collegare all'influenza arabobizantina (1). Giuridicamente, il tipo arabo puro presenta, rispetto ai principi romani, come rovesciato il concetto dell'accessione per *implantatio*. D'altro canto, esso appare come un aspetto particolare di quel caratteristico principio del diritto musulmano, veramente pieno di valore economico e sociale, conosciuto sotto il nome di « *vivificazione delle terre morte (ihjā al mawāt)* », che costituisce un regime, per cui la cultura di terre lasciate incolte può condurre all'acquisto della proprietà. Questo principio ha avuto una eco nella stessa compilazione giustiniana (Cfr. C. *Iust.* XI. 59. 8, cui corrisponde *Cod. Theod.* V. 15, 12, in ordine alla famosa dottrina degli *agri deserti*) (2). È in fondo l'affermazione di una prevalenza assoluta dell'elemento lavoro sull'elemento capitale nell'economia rustica; combinata al grande valore che gli arabi riconoscevano all'albero. Un regime cioè che oggi può magari apparire come discretamente futurista! Sono gli scherzi della storia.

La terza forma di contratto è quello di « *seminazione* » (*muzāra'ah*). Questo contratto è uno dei più controversi nella sua costruzione; in fondo, rappresenta un'associazione del capitale (terra) col lavoro, al fine di dividersi il prodotto del seme. Poichè, in diritto musulmano, a differenza della concezione romana, il raccolto è collegato piuttosto all'elemento maschile (seme) che a quello femminile (terra). Di qui il principio fondamentale e normale, che, mentre i due apporti del capitale e del lavoro sono a carico rispettivamente dei due contraenti, in modo da pareggiare in certo modo così la loro condizione, il seme si contribuisce da ambedue, in proporzione della ragione di divisione del prodotto.

Bastino questi pochi cenni, per mostrare l'importanza sto-

(1) P. e. il cosiddetto contratto di vignatico.

(2) Cfr. quello che ho scritto in proposito, nel citato mio lavoro « *Sui rapporti tra dir. rom. e dir. mus.* », a p. 24 sg. dell'estratto.



rica e dommatica di questi istituti, della cui esistenza non può avere alcun sospetto chi legga il libro in esame.

d) — Per quanto attiene a quelli che noi sogliamo indicare colla designazione di « diritti reali », abbiamo già per incidente accennato sopra, in occasione delle critiche alla parte esposta nel testo, a due punti. E cioè, da un lato il fatto dello sviluppo delle così dette servitù legali nel diritto islamitico, e dall'altro la concezione di un completo sistema di diritti frazionari del dominio. Questi fenomeni si profilano nel diritto musulmano assai più chiaramente che nel diritto comune europeo. Intanto, è molto interessante questa analogia tra il diritto comune musulmano ed il diritto comune europeo, affermantesi sincronosticamente nelle dottrine rispettive; il che costituisce una delle manifestazioni non ultime di quella comunanza intellettuale euroasiatica, cui una serie di fattori politici, militari e commerciali dettero vita ed alimento.

Coordinato a tale situazione dottrinale è, in ambedue i diritti, ma con più spiccato rilievo in quello islamitico (come accennammo sopra al n. 41), l'ordinamento del sistema giuridico patrimoniale intorno al concetto della « convenzione » od in genere del « negozio giuridico » come fulcro; per cui il diritto patrimoniale, presso i giuristi musulmani, si riduce alla dottrina delle *mu'amalāt*, come abbiamo visto al Capo III di questo scritto. La manifestazione della volontà, ecco l'oggetto precipuo della indagine giuridica; e la delineazione del tipo di rapporto, cui essa dà luogo, non si guarda che come il risultato ed il prodotto del suo contenuto (1). Ecco il motivo per cui, a chi percorra i libri di *fiqh* con la mente volta al preordinato schematismo romanistico, si profida l'impressione che in diritto musulmano non esista una dottrina relativa ai diritti reali. Non si tratta in fondo che di una questione di punto di vista; ma purtroppo è

(1) È in fondo il concetto bizantino, come risulta p. e. dalla celebre costituzione Zenoniana relativa all'enfiteusi (L. 1 C. 4. 66): « ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam... ». Dove è chiara la confusione tra il rapporto giuridico e l'atto di sua costituzione (Cfr. le osservazioni del BONFANTE, *Istituzioni*<sup>15</sup>, p. 328 e nota 2).

tale la influenza degli schematismi logici prestabiliti che spesso, troppo spesso, essi costituiscono il maggiore degli impedimenti per la ricerca scientifica.

Orbene, anche di tutto quanto abbiamo ricordato sotto questa lettera d), nessun sentore traspare dal libro.

E qui credo di poter fermare l'elenco delle omissioni, sembrandomi essere più che sufficiente quel che abbiamo detto, a mostrare il proposito evidente che ha presieduto alla redazione del libro, nel senso cioè di non voler scrivere un vero e proprio trattato di diritto.

### XIII.

#### Diritto pubblico.

44. — Nei capitoli X e XI sono riunite alcune notizie sopra argomenti diversi, che io ho compreso sotto la denominazione comune di « diritto pubblico ». Più particolarmente ecco di che si tratta. E cioè, nel capitolo X si danno delle nozioni sul diritto penale e sopra argomenti di procedura giudiziale; e nel cap. XI si trovano, insieme, accenni di carattere costituzionale intorno alla dottrina dell'imanato, ed altri di ordine religioso-sociale sulla guerra santa (*djihad*) e sulla condizione degli infedeli sottoposti all'Islām.

Come si vede già da questa semplice enunciazione delle materie, anche qui siamo di fronte al solito sistema della trattazione di argomenti *disjecti*; in modo del tutto disorganico, e senza essere coordinati nè ad un disegno, nè ad un fine. Oltre di ciò, materie assai differenti sono svolte talora confusamente insieme, come è il caso del cap. X, dove non si trovano ben separate le nozioni che riguardano il diritto penale da quelle relative alla procedura, e contemporaneamente si parla di giudizi penali e civili: in verità, su questo punto almeno, un poco più di ordine era proprio desiderabile.

Ad ogni modo, per questa parte, meno strettamente giuridica, ci limiteremo ad un semplice riassunto della esposizione, con qualche piccolo rilievo quà e là seguendo l'ordine del libro, salvo, pel cap. X, a presentare separatamente le nozioni penalistiche e quelle procedurali. E cominciamo da esso.

A) — In ordine al diritto penale, si espongono prima al-

cuni cenni storici e concetti generali; e quindi si tratta delle tre categorie di azioni punibili e relative pene.

Ecco il contenuto sostanziale della prima parte: Si comincia col richiamare il principio arcaico preislamico (comune del resto a tutti i popoli primitivi) del regime della vendetta, come difesa privata contro l'offesa patita; questa vendetta si intendeva nel senso di implicare un duplice vincolo di solidarietà tra i componenti lo stesso gruppo, sia cioè rispetto agli aventi diritto ad esercitarla, sia rispetto a coloro contro cui dirigerla. Non era esclusa in questi primi tempi la composizione, ma poco in uso e non regolata da norme fisse. Il vincolo poi della solidarietà poteva portare per conseguenza l'eventuale espulsione dal gruppo, di chi riuscisse troppo gravoso per la sua condotta; ma l'espulso era facilmente raccolto in un altro gruppo, per il profondo sentimento di ospitalità degli antichi Arabi. La novità fondamentale introdotta dall'Islām fu quella dell'avocazione di regola allo Stato della funzione giudiziaria, per mezzo dei *ḥādī* (cioè decidenti). Per quanto si attiene alle pene, solo per pochi casi eccezionali il Profeta introdusse disposizioni precise e fisse (1), mentre non fu possibile abolire l'antico uso del taglione, pur affermandosi energicamente la massima della moderazione e della giusta proporzione nell'esercizio di esso.

Nella seconda parte, il campo di applicazione del diritto penale si divide in tre gruppi, secondo si tratti: α) di delitti che danno diritto al taglione (*ḥiṣas*) contro il corpo del colpevole, o alla composizione (*dijah*); β) di delitti soggetti a pena fissa

(1) A proposito di quanto si legge nella nota (a) a p. 181 della traduzione, trovo, secondo il solito, che il meglio è di non tradurre l'arabo *zinā*, che qui è un termine tecnico. Ma in sé la parola (da radice semitica comune) accenna genericamente al concetto di cosa contraria alla purità, di libidine, di fornicazione, e corrisponde proprio al tedesco *unzucht* usato nel testo. In italiano, *fornicazione* esprime egualmente il concetto generico, che ricomprende anche il caso dell'adulterio, secondo la nostra terminologia europea, ma che "non esiste come ente giuridico", in diritto musulmano, perchè il concetto del matrimonio non implica il dovere della fedeltà nel nostro senso.

Quanto poi al contenuto specifico di quello che è diventato *terminus technicus* in base al passo del Corano 24, 1-5, è pericoloso usare qualsiasi designazione perifrastica, e quella stessa indicata nel testo (che del resto corrisponde a quanto dice l'A. al § 64 n. 1) non è scevra di difetto.

(*hadd*) introdotta nel Corano; γ) di altre trasgressioni, o espia-bili con una multa (*kaffārah*), o punibili liberamente dal giudice mediante il cosiddetto *ta'zir*. Ed ecco le norme principali relative ai tre gruppi:

α) — Il *ḥiṣas* compete per l'omicidio ingiusto e volontario, e per lesioni corporali specificate nella casistica, di cui qui non occorre far parola; condizioni essenziali sono, che il colpevole sia adulto e *compos sui*, ed il soggetto passivo di condizione giuridica eguale al delinquente.

La *dijah*, secondo che è per uccisione o per ferita, appartiene rispettivamente al più prossimo parente o al ferito.

La prima è grave o lieve, secondochè si tratti di omicidio volontario o meno; e nei libri di *fikh* è minutamente discusso, in ambo i casi, così la quantità e la qualità del suo ammontare (capi di bestiame variamente determinati, e denaro), come il modo del pagamento. Qui, *per incidens*, notiamo come trova una nuova applicazione quella generale equazione ( $1m=2f$ ), per cui una donna è trattata come la metà di un uomo, del quale principio abbiamo discorso a lungo alla fine del cap. IX di questo scritto, in ordine all'eredità.

Congiunta a questa forma di *dijah* va la espiazione (*kaffārah*).

La *dijah* per ferite può comprendere un importo fisso (*arsch*), o più generalmente è rimessa per la determinazione al giudice. Essa costituisce sempre una percentuale dell'intera *dijah* legale, ed il computo di questa percentuale si chiama *ḥukūmah*.

Per uno schiavo, non trova applicazione nè *ḥiṣas* nè *dijah*, ma solo è dovuto il risarcimento del danno al padrone. All'inverso, questi risponde per la *dijah* nel caso di delitto del servo, ma può liberarsi da tale obbligazione con l'abbandono dello schiavo. Ecco un richiamo trasparente della romana *noxae deditio*.

β) — I delitti sottoposti a pena *hadd* sono cinque; vi è dubbio per un sesto.

Il primo è il delitto di *zinā*, che esprime in genere il concetto di libidine, e qui indica i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio. L'antica pena (dal dr. giudaico?) era la lapidazione; poi si introdusse la fustigazione; ed infine queste due pene si ordinarono intorno a due categorie di colpevoli, sulla



base del rientrare o meno nel controverso concetto di *muhṣan*, che corrisponde all'idea di custodito o di casto, e che nel diritto penale presenta delle accezioni del tutto particolari. Il delitto è difficilmente raggiungibile, perchè deve essere provato da testimoni che depongano sui minimi particolari. La quantità della pena della fustigazione è di 100 frustate per i liberi, e metà per gli schiavi.

Il secondo delitto è quello di *ḥadf*, cioè l'accusa infondata di libidine. La pena relativa è di 50 frustate, con la solita riduzione della metà per gli schiavi.

Terzo delitto è quello di *ubbriachezza*. Competono 40 o 80 colpi al libero, e rispettivamente la metà alla schiavo.

Quarto delitto è il *furto*. La pena consiste in ciò che, per la prima volta è troncata la mano destra, per il secondo furto il piede sinistro, per il terzo la mano sinistra, per il quarto il piede destro, ed in seguito si applica il *ta'zīr*.

Vi sono varie norme relativamente a questo istituto, come p. e. la condizione che l'oggetto raggiunga un determinato valore minimo, e che si trovasse in custodia del derubato. Al quale compete sempre il diritto alla restituzione della cosa rubata; in proposito è ricordato l'uso antico di condannare alla restituzione del doppio del valore della cosa rubata, che si osserva (nota 2 a p. 192 della traduzione) costituire un regime comune a molti popoli (1).

Viene infine il delitto di *brigantaggio*, di cui vi sono quattro gradazioni diversamente punite, e cioè: per aver semplicemente reso malsicure le vie, la prigione; per rapina, i tagli delle membra in conformità del furto; per uccisione volontaria, la morte; ed infine, nel caso di rapina ed uccisione congiunta, il cadavere restava appeso per qualche tempo, come oltraggio, sulla croce od altrove.

Il caso dubbio poi di pena *ḥadd* è quello dell'*apostasia* (*irtidād*).

γ) — Col *ta'zīr* sono puniti svariati atti illeciti. La natura

(1) Prescindendo dal modo inesatto come si accenna a questo punto nel libro; richiamo, per la possibilità di una connessione forse non inverosimile, quello che io ho scritto a proposito della prestazione al doppio nella responsabilità per evizione, nel mio lavoro citato " *su tre papiri giuridici arabi* ", al n. XXXIV di esso.

e la graduazione della pena sono rimesse completamente all'arbitrio del giudice; ma la pena applicata come *ta'zīr* deve rimanere sempre al di sotto della corrispondente pena *ḥadd*.

B) — Quanto alla materia procedurale, accenno alla sostanza delle notizie contenute nel libro. Possiamo dividere la breve esposizione in quattro parti, e cioè: alcuni concetti generali, la funzione del giudice, lo svolgimento del giudizio, la dottrina delle prove.

α) — Sul primo argomento sono da notare due punti. L'uno consiste nel fatto che ha continuato, anche dopo creata la funzione pubblica della giustizia, a sussistere il sistema della ragion fattasi, pur nel campo civile. L'altro attiene alla nota distinzione tra *ḥakk ādamī* (diritto umano) e *ḥakk allāh* (diritto divino), nei riguardi della materia penale. Questa distinzione esprime il concetto, per cui alcuni rapporti attengono all'interesse particolare dei singoli, ed altri a quello generale della comunità dei credenti e della fede religiosa (1). Orbene, nel

(1) Contro il riaccostamento, che io avevo fatto di questa distinzione islamica con l'altra romana di *ius privatum* e *ius publicum*, nel mio scritto citato " *sui rapporti tra dr. rom. e dr. musulmano* ", (cfr. p. 17 dell'estratto), ha creduto di dichiararsi il HARTMANN, in una recensione del resto molto gentile del mio lavoro, della quale prendo qui occasione per ringraziarlo (in " *Die Welt des Islams* ", II, 1, 1914).

Egli osserva in sostanza che il diritto musulmano è essenzialmente individualistico, e non conosce il concetto di Stato. Ma l'osservazione cade subito, ove si pensi che la comparazione va intesa, soltanto nel senso del contrasto tra individuo ed ente collettivo generale, tra interessi particolari ed interessi della generalità. Ora questo ente collettivo è per i musulmani la " comunità dei credenti ", che, nel sistema giuridico, tiene appunto il posto che nel nostro rappresenta lo Stato. Perchè la società musulmana è organizzata in base alla religione, ed i rapporti di diritto pubblico rivestono tutti il carattere religioso. Non vale dunque distinguere tra una organizzazione politica ed una religiosa, poichè lì si confondono. Che perciò la *ṣadakat* (cioè la tassa per i poveri) appartenga alla categoria delle *'ibadat*, cioè dei doveri religiosi, come *exempli causa* mi oppone il HARTMANN, non solo non costituisce argomento a suo favore, ma conferma il mio modo di vedere.

L'equivoco, in cui incorre il critico, deriva appunto dalla sua qualità di non tecnico, che, sotto l'apparenza esteriore, non può vedere la sostanza della materia giuridica. Ed è ben originale che egli faccia proprio a noi giuristi il rimprovero opposto, quello cioè di essere dei tecnici (*Fachjuristen*)! Certo; ed è la condizione necessaria per parlare di diritto!

testo si nota come, per quanto riguarda il *ḥaḳḳ Allāh* in materia penale, questa è dominata dal principio della massima indulgenza, fino al punto che il colpevole può anche revocare la confessione fatta.

β) — Il giudice musulmano si chiama *ḥāḍī* come abbiamo visto. Egli deve, in teoria almeno, riunire alcune qualità morali (attinenti alla sua onoratezza) ed intellettuali (attinenti alla competenza giuridica) specificate nel testo, ed essere esente da alcuni difetti fisici, specialmente menzionati nei libri di *fiḳḥ*, che diminuirebbero la sua attitudine ad amministrare la giustizia (p. e. sordità, cecità). Come l'A. osserva poi, soprattutto per quello che ha tratto alle qualità intellettuali, e non escluse anche le morali, in linea di fatto già da molti secoli le cose si presentano assai diversamente dalla teoria; come del resto in tutti i paesi del mondo ed in tutti gli ordinamenti giurisdizionali. La degenerazione dell'istituto nel campo musulmano avrebbe fatto presto sorgere una grande avversione ad assumere l'ufficio da parte di uomini veramente eminenti, come p. e. si racconta del celebre giurista ABŪ ḤANĪFAH. Si danno infine delle notizie, circa la nomina del *ḥāḍī*, fatta dall'autorità secondo lo schema consueto del negozio giuridico contrattuale islamitico già visto, ossia per offerta (*idjāb*) ed accettazione (*ḥabūl*) innanzi a testimoni; circa gli obblighi intorno all'accettazione, al luogo dell'esercizio, ed al divieto di rapporti di interessi con gli amministrati; circa infine il diritto alla nomina di sostituti ed alla consultazione di giureconsulti.

Accanto al normale giudice che è il *ḥāḍī*, vi è anche la possibilità che le parti rimettano la decisione ad un arbitro (*ḥakam*) di loro scelta, con determinate norme.

γ) — Quanto al procedimento, si accenna come il diritto musulmano non tracci norme precise di svolgimento, rimettendo tutto al prudente arbitrio ed alla iniziativa del giudice. Il principio fondamentale, che regola questa libertà, è però quello di un eguale trattamento delle due parti in causa, attore (*al Mud-da'ī*) e convenuto (*al Mudda'ā 'alaihi*), rispetto a far valere le proprie ragioni.

δ) — L'ultimo argomento trattato è quello delle prove, che in diritto musulmano ha un certo sviluppo.

Naturalmente, anche qui la prova principe è la confessione (*ikrār*).

Ma il mezzo normale di prova nel diritto islamitico è rappresentato dalla testimonianza (*schahādat*), per compiere la quale bisogna essere 'adl, cioè irreprensibile dal punto di vista dell'onore e della moralità, in un senso molto rigoroso spiegato nel testo, ma al solito interpretato con certa larghezza nella vita pratica (contrario ad 'adl è il *fāsik*). In proposito, si parla dell'obbligo di ricerca delle qualità legali nei testimoni, e del connesso curioso istituto di una specie di *testimoni di ufficio*, che si trovano ancora in alcune regioni in funzione come di notai (1). Si accenna infine ai casi di incapacità a testimoniare ed al numero richiesto; e qui ritorna ancora, come osservammo già sopra, una nuova applicazione del principio che due donne valgono per un uomo.

Accanto alla testimonianza, si parla nel testo della prova per giuramento (*jamīn*), che è appunto coordinata in diritto musulmano a quella per testimoni, spesso in funzione complementare di quest'ultima. Esso può essere *decisorio* e *suppletorio*; costituisce poi una specialità del diritto islamitico la cosiddetta *kasāmah*, che è il ripetuto giuramento per 50 volte di seguito, atto a confermare in determinate circostanze l'imputazione di omicidio, altrimenti improbabile. La importanza del giuramento nel diritto musulmano si ricollega alla concezione del giudizio divino, concetto arcaico ma non ancora scomparso in tutti i luoghi.

Infine si tratta anche del principio teorico della irrilevanza della prova per iscritto in diritto musulmano, e della relativa infirmazione pratica per necessità sociali.

ε) — Dopo queste nozioni sulle prove, l'A. accenna alla possibilità che il giudice musulmano, in mancanza di altro, decida « *ex informata conscientia* », come io dirò, mutuando la celebre frase dal nostro diritto comune.

In ultimo, proprio in fondo a questa esposizione (§ 67 i. f.) si trova accennato, in mezzo ad irregolarità di forma e confusioni di sostanza, il concetto molto discutibile, che per diritto musulmano si possa considerare come una sorta di « *praesum-*

(1) Sarebbe interessante studiare l'eventuale rapporto di questo istituto con quello ellenico degli *μνήμενες*, su cui cfr. MITTEIS, *Reichs. und Volks.* p. 171 sgg.



*ptio iuris et de iure* » di infondatezza del diritto il fatto di aver procrastinato l'esercizio dell'azione per un lungo periodo di tempo, riducendo a ciò la prescrizione estintiva, e negando l'esistenza dell'acquisitiva.

Or, quanto all'argomento della prescrizione delle azioni, esso ha bisogno di essere studiato, e messo in rapporto con i recenti dati forniti per il diritto orientale dai papiri egizi; l'istituto è proprio orientale, e di lì deve essere penetrato nel diritto romano. Mi verrebbe quasi la tentazione di trattarne qui, ma vi resisto per non oberare questo scritto di soverchi problemi speciali, e non ritardarne troppo la conclusione. Poichè mi è avvenuto che, nello scriverlo, esso abbia assunto uno sviluppo di molto superiore al disegno primitivo; tanti sono i quesiti storici nuovi ed attraenti, che ad ogni passo si presentano e chiedono di essere risolti. Si ha il senso di muoversi in una vera foresta vergine! Ad ogni modo e qualunque cosa possano dire i libri arabi, è un pò troppo... ardito far rientrare la costruzione dell'istituto nella teoria delle prove!

Ho poi l'impressione di poter quasi asserire, dall'insieme degli elementi sparsi e confusi delle fonti, sebbene contro la *communis opinio*, che, nello spirito del diritto musulmano, vi è proprio il concetto della *usucapio* nel senso romanissimo della parola, allo stato in cui essa si trovava nel diritto giustiniano, e come dovette trovarsi nel diritto provinciale e nel posteriore bizantino, sebbene su questo punto noi siamo ancora in discreta oscurità. Questo concetto però, nella mente di quei terribili scrittori islamitici, si è intorbidato maledettamente, in modo da non avere più una perfetta coscienza della dottrina, di cui enunciavano qua e là le norme di dettaglio, con tutte le quisquilie e le varianti locali. Il resto poi lo hanno fatto, con la consueta buona volontà, i trattatisti europei, e sopra tutto ha coronato l'edificio quella spaventosa giurisprudenza coloniale, che ha avuto il vanto di lasciarsi indietro di gran lunga, in tutti i campi, gli scrittori musulmani, per confusionismo il più inverosimile e per (diciamolo pure) una discreta ignoranza di qualsiasi diritto! (1).

(1) Qui in nota non vogliamo tralasciare intanto di fornire qualche dato e appunto, per mostrare come la questione meriti di essere appro-

45. — Passiamo ora a dar conto delle nozioni di carattere politico-religioso accennate, e cioè dell'imamato, della guerra santa, e della condizione degli infedeli.

A) — La dottrina dell'*imāmato* costituisce la spina dor-

fondita. Semplici appunti, ripeto, non essendo il luogo opportuno per una trattazione adeguata.

Cominciamo col rilevare, come nel testo si mescolano insieme l'istituto della usucapione con quello della prescrizione delle azioni (p. 201 della traduzione). Lo so che confusioni di questo genere vi sono anche nei codici, p. e. il nostro: ma qui si tratta di un libro di scienza, e questo dovrebbe valere qualche cosa.

Per un'idea d'insieme poi sullo stato della questione, nella dottrina e nella giurisprudenza, il lettore può consultare lo scritto del Prof. MORAND, dal titolo appunto "*La prescription*", inserito nel volume più volte ricordato degli "*Etudes de dr. mus. alg.*" (Alger, 1910); dove opinioni e riferimenti si trovano esposti con la desiderabile chiarezza. Orbene, questa lettura confermerà appunto, nel giurista, l'impressione che io ho sopra riassunto. In particolare aggiungerò, tra tanti possibili, alcuni rilievi che mi pare abbiano bene il loro peso, per mostrare la serietà del problema.

a) — Cominciamo dalle fonti arabe. Si dice che non vi è l'usucapione. Ma io domando come si fa p. e. a saltare il grave ostacolo che nasce dall'esposizione di IBN AŞİM (al cap. LXXXVII della trad. di HOUDAS e MARTEL Alger, 1890). Il § 1227 è esplicito nell'affermare che con 10 anni di possesso di un immobile in base a giusto titolo *se ne acquista la proprietà* (wa-l-idjnabij in iahuzz 'aşlan bihaqq 'asr sin'in faltamalluk istahaqq).

Il MORAND ricorre al commentario, che vorrebbe spiegare come "*cette acquisition ne résulte pas de la prescription, c'est à dire de la prolongation de la possession, mais d'une renonciation tacite à son droit de propriété, consentie par le propriétaire au profit du possesseur!*" (p. 365).

Ora io mi permetto di domandare in che differisce la usucapione da quest'altra cosa che l'ottimo glossatore ha voluto metter fuori.

Si ricordi il romano: *vix est ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (D. 50, 16, 28 pr.)! E si dica lo stesso dell'altro passo, che in seguito lo stesso MORAND riferisce dalla traduzione del noto libro di SCIĀRĀNI fatta dal PERRON (*Balance de la loi musulmane*, p. 444, Alger, 1898), ispirato allo stesso concetto. Io ometto di riportare il passo della traduzione, che è un insieme di parole poco sensate, perchè, non avendo sott'occhio il testo di SCIĀRĀNI, non so quanta parte del... merito di esso spetti all'autore musulmano e quanta al traduttore europeo. Del resto tutti intendono che l'opera del mistico SCIĀRĀNI, rimaneggiata dal... chirurgo Dott. PERRON, non potrebbe certo mai costituire un'autorità seria in una questione di interpretazione giuridica.

La verità è che gli arabi non hanno ben capito il significato e lo spirito dell'usucapione del diritto romano, che è pure penetrata nel loro diritto. Basterebbe citare la distinzione fondamentale tra "*presenti*", e

sale del diritto pubblico musulmano. Intorno ad essa l'A. si intrattiene nei §§ 68 e 69 del libro in esame, di cui qui indichiamo sommariamente il contenuto. Questo può riassumersi dicendo, che si comincia col dare il concetto di *imām*; poi si ri-

"assenti", comune ai due diritti, che gli autori musulmani non hanno mancato, secondo il solito, di aggrovigliare.

b) — E lo stesso KHALIL io son ben lontano dall'interpretarlo in senso contrario all'usucapione, come fa il MORAND. Data la strana redazione del suo libro, non si può certo pretendere da lui che dica le cose chiare; ma bisogna cercare di indovinarne il pensiero. Orbene, io confesso di non vedere il motivo, perchè il suo modo di esprimersi debba escludere la usucapione. Appunto perchè egli usa una frase molto generale a salvaguardia del diritto del possessore, io direi invece che bisogna intendere che alluda senz'altro all'acquisto della proprietà. Se voleva costringere il senso, vi sarebbe almeno l'accento a qualcuna di quelle restrizioni verbali che non sono rare nel suo stile. Ma lo stesso MORAND cita il commento di EL KHARCHI nel senso della nostra interpretazione. Nè vale il notare, come fa il chiaro professore di Algeri, che nessun scrittore, a sua conoscenza, è netto e formale su questo punto. Dove mai, domando io, gli scrittori musulmani sono netti e formali in questioni giuridiche? Vi è poi un altro grave argomento, a sostegno della mia interpretazione del KHALIL, che i romanisti intendono. Che cosa altro potrebbe significare la condizione di un "*contrarius usus*", richiesta per l'edificio comune (§ 1699 della nota trad. SEGNETTE cui si riferisce il MORAND), se non una deformata applicazione della romana *usucapio libertatis* appunto in materia di edifici? (D. 8-6-2; GAIUS, VII *ad edictum provinciale*). L'applicazione stravagante, nella ipotesi della recezione del principio romano, non è aliena dalla mentalità araba; in fondo, tutto si riduce ad equiparare la liberazione dal condominio alla liberazione dalla servitù, al che si potè arrivare col concetto del frazionamento del dominio, fondamentale, come vedemmo, per diritto musulmano. Comunque, una condizione, relativa alla manifestazione dominicale del possesso del convenuto, può solo intendersi per l'ipotesi che questo possesso serva a costituire la base di un acquisto di proprietà, ma non si capirebbe più se si trattasse solo di tutelare il possesso come tale.

c) — Quanto ai punti particolari di contatto col diritto romano, se ne possono citare più d'uno. P. e. il termine dei dieci anni e dei trenta. Così ancora la ricordata distinzione tra presenti ed assenti. Ed egualmente la richiesta del giusto titolo. E si può anche indicare quella distinzione tra scienza ed ignoranza del proprietario, di cui parla il MORAND a p. 371 o. c., e che richiama a capello il disposto nel cap. VII della novella Giustiniana 119, ove si fa analoga distinzione (Cfr. RITTERSHUT, *expositio novellarum*, pars XI, cap. II-Florentiae, 1839). Oltre al pur citato ricordo della *usucapio libertatis*.

Del resto, le indagini moderne nel campo papirologico, che riacco-

cordano alcune notizie storiche sull'istituto; ed infine si enunciano alcune regole intorno al suo ordinamento.

a) — Quanto al concetto, tutto si riduce a queste poche parole: « *La comunità musulmana deve essere guidata da un Imām (1) il quale conta come sostituto postumo (Chalifah) del*

stano lo svolgimento della romana "*praescriptio l. temporis*", e della postclassica prescrizione delle azioni e correlativa prescrizione straordinaria giustiniana al diritto provinciale (cfr. il n. II del mio riassunto del FRESE "*aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben*", inserito in "*Studi storici per l'antichità classica*", vol. III, fasc. IV, 1910), illuminano bene la verosimile piattaforma comune anche per il diritto musulmano. Così si ha un'altra conferma della bontà del mio sistema di ricerche storiche parallele, nel campo dei diritti mediterranei.

Ed, in questa ipotesi, la presenza di qualche peculiare caratteristica del diritto musulmano, come p. e. quella della distinzione tra "*estranei*", e "*non estranei*", ci fa pensare che esse facciano capo ad altri elementi del diritto provinciale, non penetrati nel sistema romano; la cui identificazione ed elaborazione potrebbe essere molto interessante, per una storia completa e precisa di questo importante istituto del mondo orientale. Ma tale storia è ancora ben lontana dall'essere, nonchè avviata, neanche compresa in tutta la sua ampiezza e complessità.

d) — E qui faccio grazia al lettore della ... elegante giurisprudenza. Chi ne vuole avere una idea consulti lo scritto citato del MORAND. Vedrà come essa possa servire per tutti i gusti; e quindi anche la opinione da me difesa (per l'usucapione) è rappresentata, ma, così, come *una inter omnes!* Poichè sono state enunciate tutte le tesi possibili, ed anche ... impossibili. P. es., raccomando all'attenzione del collezionista questa massima riportata dal MORAND (l. c. p. 367) del Tribunale di Tunisi, 11 giugno 1894: "*une action non poursuivie pendant un certain temps ne peut plus être reçue en justice . . . ; que c'est dans cette règle qu'on peut reconnaître quelque chose que soit assimilable à la prescription du droit français, mais que les applications qui en ont été faites et les deductions qui en ont été tirées font, de cette prescription du droit musulman, une conception légale tout a fait différente de celle du droit français . . . ; et, qu'en droit musulman, la prescription n'est pas autre chose qu'une sorte de paralysation de l'action, qui la rend irrecevable et sans force, par cela seul qu'elle n'a pas été exercée pendant un certain délai*".

È aperta la gara alla ricerca di questa cosa strana, misteriosa specialità del diritto musulmano!

E con la giurisprudenza, lasciamo stare gli autori (cfr. citato scritto). E non soltanto i francesi!

(1) *Imām*, come si è visto a proposito della *ṣalāt*, è colui che dirige in essa la parte meccanica, dalla radice '*amma*', che esprime appunto l'idea di precedenza e di direzione. Di qui si è applicato il termine per in-



*Profeta* (1). Ed in verità, tutti mi riconosceranno facilmente che questo... è un po' troppo poco! Siamo in un libro giuridico, dove per giunta si è voluto costringere l'intera esposizione al diritto pubblico-culturale, come si è visto, ed occorreva in modo as-

dicare anche il sovrano, di cui si seguono in genere tutti gli ordini, ma che insieme è anche *imam* nel senso ristretto originario.

Abbiamo che fare, come si vede, proprio con una applicazione analogica a quella del romano *praetor*.

(1) Io non so perchè l'amico Prof. BAVIERA si è lasciato trascinare a questa scontorta dizione, e giuridicamente scorretta, di "sostituto postumo", per tradurre il tedesco "stellvertreter", che è nel testo, invece di voltarlo *tout-bonnement* per "rappresentante", come andava tradotto, e come lo ha effettivamente tradotto subito dopo nella nota (1) della stessa pag. 202, dimenticando la preziosità terminologica usata sopra.

Nè io ho rilevato tutto ciò per far l'arte per l'arte, ma perchè mi fornisce un'altra buona occasione di riaffermare alcune delle mie idee direttive, che ho avuto occasione di chiarire nel corso di questo scritto.

La verità è che, sotto questo innocente *changement de mot* si nascondono le tracce di certi scrupoli teologico-filologici, di cui si trova una debole eco nella citata nota (1) della pag. 202, ma che in buona coscienza non credo poter riferire al traduttore, il quale, ch'io sappia, è *sceleris purus* di fronte a questo genere di peccati. Per capire ad ogni modo la genesi di questa espressione, prego il lettore di leggere la nota I. a p. 159 del vol. I della traduzione OSTROROG (Paris, Leroux, 1901) del classico trattato di diritto pubblico musulmano del giurista AL-MĀWARDĪ, dal titolo "Al-ahkām es soultāniya", = *dottrina della sovranità*. La riferisco intera: "Le mot *chālifāh* est assez difficile à traduire. Il exprime la double idée de venir après quelqu'un, de lui succéder dans le temps, et d'être substitué dans ses droits, de lui succéder au sens juridique du mot. Le mot "successeur", paraît donc, au premier abord, en constituer une traduction de tout point exacte. Mais le seul fait que des docteurs musulmans, bien qu'en minorité, aient qualifié de permise la locution, "*chālifāh allāh*", démontre péremptoirement qu'il faut rejeter cette traduction, "puisque l'expression, O successeur de Dieu "constituerait, au point de vue du dogme, un effroyable blasphème, qu'aucun docteur musulman n'aurait imaginé d'approuver. Le mot "lieutenant", pris dans l'acception étymologique, offrirait une traduction apparemment satisfaisante. Elle ne l'est point cependant, et c'est ce que démontre la phrase "*chālifā man iaghāb aw iamāt*", où l'emploi du terme "lieutenant", ferait dire un non-sens. Nous nous sommes donc arrêté au mot "remplacant", faute d'un meilleur, et bien qu'il ne rende que fort mal la portée du terme arabe *chālifāh*".

Orbene, la lettura delle prime parole della nota sopra riferita spiega l'origine del misterioso binomio "sostituto postumo", con cui si son volute rendere le due idee ivi espresse. Però gli imbarazzi, che travagliano

soluto che *il massimo concetto di diritto pubblico* musulmano fosse un poco analizzato nel suo contenuto giuridico, ed esposto e coordinato in una trattazione scientifica di diritto, anzichè ripetere le solite quisquillie teologiche o preziosità filologiche. Per essere completamente esatti, a questa laconica enunciazione del concetto dell'Imamato o Califfato si possono riaccostare, nel

l'OSTROROG e gli altri con lui, espressi in questa nota, sono da un lato una montatura filologico-teologica, e dall'altro degli errori veri e propri. Lasciamo stare la descrizione del concetto in principio, per cui un giurista correrebbe dritto dritto al pensiero di *heres*, nel senso romanistico, e sarebbe errore! Quanto a scartare la traduzione "successeur", per la frase *chālifāh allāh* (= *chālifāh di Dio*), può andare; ma non può andare invece che la parola "lieutenant", o *quid simile* farebbe dire un non-senso all'altra frase araba in seguito riferita. Essa significa semplicemente che "si nomina un *chālifāh* in caso di assenza o di morte"; dove starebbe dunque il non-senso? I dottori musulmani, è vero (cfr. la citata traduzione di OSTROROG del libro di MĀWARDĪ a p. 160 del Vol. I), si servono di questo argomento lessicale per escludere che possa parlarsi di *chālifāh di Allah*, essendo *Allah* nè morto nè assente, e debba perciò parlarsi di *chālifāh dell'apostolo di Allah*. Ma questa trovata teologica, che è in fondo una sciocchezza (perchè si capisce che, dato il concetto tutto speciale della onnipresenza di Allah, è appunto in un senso egualmente speciale che può parlarsi di un suo rappresentante), non deve estendersi al di fuori del campo per cui è stata inventata; servirà dunque a che i teologi riferiscano la rappresentanza all'apostolo anzichè ad Allah, ma non ha alcuna influenza circa il significato di *chālifāh*, che resta quello che è. Ma a che tutti questi contorcimenti? Noi abbiamo una parola latina, che già in diritto romano, e soprattutto poi per l'uso consacrato dalla terminologia del diritto canonico in una situazione analoga, rende proprio a capello il concetto di *chālifāh*, nell'applicazione che qui ci riguarda. Essa è la parola *vicarius*. *Chālifāh* sta appunto ad indicare il *vicario del Profeta o di Allah*, secondo i gusti teologici, nient'altro che questo. E quindi, come abbiamo sopra osservato, si potrebbe anche innocentemente dire "rappresentante", come ha fatto bene il IUYNBOLL usando il tedesco "Stellvertreter".

Ma, meglio che "rappresentante", "vicario", o simile, anche qui vale la regola che io ho sopra dato in più occasioni, quella cioè di *non tradurre i termini tecnici!* Questo poi deve valere soprattutto, ed in modo assoluto, in diritto pubblico, e specialissimamente laddove essi servono a designare, come nel nostro caso, uffici e potestà. *Rex, imperator, consul, tribunus* si traducono forse in qualche modo? Orbene, come *rex* si dice *rex*; *imperator* si dice *imperator*; *papa* si dice *papa*; *chālifāh* si dirà *chālifāh* e basta, sia di Allah o del suo Profeta, il che a noi giuristi non interessa proprio nulla, con buona pace di tutti i teologi d'oriente e filologi di occidente!

libro in esame, due periodi del seguente § 69 (a pp. 209 e 211), dove si indicano sommariamente i compiti del Califfo, la cui autorità è presentata insieme come la suprema nel campo spirituale (*das geistliche Oberhaupt der Muslime*) ed in quello politico (*die höchste weltliche Obrigkeit im Gebiete des Islams*), e così si delinea l'istituto. Riferiamo per esteso ambedue questi passi, perchè essi ci servono di occasione ad un altro dei nostri consueti rilievi, relativi alla falsa mentalità dominante nella letteratura europea di diritto musulmano. Ecco i due luoghi:

A pag. 209 della traduzione si legge:

« L'Imām non solo è il supremo potere spirituale dei Musulmani, come spesso si assume a torto, ma nello stesso tempo anche la più alta autorità civile nel territorio dell'Islām. Nell'esplicazione del suo ufficio, egli deve uniformarsi per quanto è possibile all'esempio dei Califfi che seguirono la retta via. Come questi, egli deve guidare la guerra santa a difesa ed espansione della vera fede, appianare le controversie in seno alla comunità musulmana, deve curare che la zakāt sia riscossa, la legge eseguita, e la sua trasgressione punita: in breve egli ha da rappresentare con grande vigore in ogni rapporto gli interessi della comunità musulmana. Così egli deve intervenire anche contro eretici ed innovazioni, cercare di rimettere nella giusta strada gli erranti. Non si può parlare dunque, secondo la legge, di una distinzione tra autorità temporale e spirituale, nella suprema direzione dei Musulmani ».

Ed a pag. 211:

« Ai tentativi intrapresi in tempo più recente da parte turca, di guadagnare influenza sui Musulmani soggetti a stati europei, tornò favorevole fin troppo spesso quella errata opinione già menzionata, ma quasi generalmente dominante tra gli Europei, che il Califfo incorpori solo l'autorità spirituale nell'Islām ».

Orbene, contro una simile rappresentazione concettuale, si legge a p. 209 della traduzione una nota, dovuta al chiaro filologo che ha collaborato col traduttore, del tenore seguente: « Juynboll si esprime qui due volte, in modo che il lettore deve arguirne l'esistenza d'un qualche potere spirituale nel Califfo od Imām; ma quelle due frasi dell'autore non sono

« che un tenue residuo dell'erroneo concetto dominante da un secolo la diplomazia europea, che il Califfo sia il Papa, cioè il capo spirituale dei Musulmani. Ciò è affatto contrario, non solo alla teoria pacifica dei teologi e giuristi musulmani sunniti, ma anche alla realtà storica; basta pensare p. es. che la dogmatica è il fiqh si sono formati e svolti nella più completa indipendenza dai Califfi, il cui ufficio consiste nella sovranità universale sul mondo islāmico. Tale sovranità, puramente temporale o politica, implica il dovere di difendere la fede e perseguire gli eretici; appunto come, nel campo della cristianità, era fatto lo stesso obbligo p. es. ai re di Francia e di Spagna o agli imperatori d'Austria. In materia di dogma e di fiqh, il Califfo è, come gli altri semplici credenti, obbligato ad accogliere ed a seguire la dottrina formatasi in seno ai dottori (teologi e giuristi). Insomma, per i musulmani il Califfo od Imām è all'incirca quello che era per Dante il monarca universale della cristianità. Solo va notato che, nella teoria islāmica sunnita, l'autorità dei singoli Califfi nasce da un presunto patto o contratto, intercedente fra la comunità musulmana e la persona del nuovo Califfo, ed in virtù del quale questi diventa il delegatario della comunità intera ».

Ho voluto riportare al completo i passi, per la maggiore chiarezza del ragionamento.

Cominciamo intanto coll'osservare che la tesi, esposta nella nota or ora riferita, non è nè una novità nè una singolarità nella dottrina, come del resto è rilevato dal chiaro autore di essa.

Per fare una sola citazione, ricorderemo come la tesi della nota sia proprio quella stessa dello SNOUCK-HURGRONJE, il quale la riconfermò, tra l'altro, largamente e rigorosamente nelle sue conferenze sulla politica musulmana, tenute all'Accademia degli Amministratori per le Indie Neerlandesi nel 1911 (1). Ebbene, questa tesi, così come è impostata ed intesa, è giuridicamente falsa, in quanto si fonda su un grosso equivoco, per quello che sostiene, mentre è giusta in quanto combatte la tesi avversa; l'errore di essa dipende appunto dal provenire da persone dottissime bensì, ma estranee alle scienze giuridiche. È

(1) La traduzione francese di esse (il testo è olandese) si trova nella "Revue du monde Musulman", 1911; ed è dovuta ad A. LE CHATELIER.



appunto per questa singolarità, che io qui l'ho rilevata; ed appunto per questo non mi lusingo troppo di essere appieno compreso dai dotti filologi, cui il mio discorso sembrerà forse assai strano e magari paradossale.

Vero dunque che sia errata la concezione di credere l'Imamato un puro e semplice potere religioso, *privo di ogni contenuto politico*, appunto come noi sogliamo opporre questi due termini l'uno all'altro nel linguaggio europeo. E certamente, questa falsa concezione, che lo SNOUCK HURGRONJE rimprovera all'Inghilterra in modo speciale, ed il NALLINO in genere alla diplomazia europea, è la conseguenza di un doppio fattore; e cioè, da un lato, la ignoranza del sistema giuridico islamitico, e dall'altro, la tendenza antiscientifica, che consiste nel giudicare dei fatti storici con i modi di vedere che sono familiari a colui che giudica. Ma è anche vero bensì che la tesi perfettamente opposta, sostenuta dai due arabisti, e cioè che l'*Imamāto non è che un potere politico*, è anch'essa falsa; e deriva a sua volta dallo scambiare, che fanno i loro autori, alcuni concetti volgari con concetti giuridici.

Ed infatti, che cosa intendono essi di dire, quando parlano di puro potere politico, ed escludono ogni potestà spirituale? Vogliono dire in sostanza che il Califfo non è affatto qualecosa di simile ad un Papa, nel senso che non rappresenta il culmine di una gerarchia sacerdotale; nè è fonte di diritto (*fiqh*), il quale è nelle mani dei dottori; ma soltanto il sovrano della società dei fedeli, col mandato di difenderla come tale, e quindi di difendere anche la fede. E noi siamo perfettamente di accordo con queste giuste affermazioni, le quali del resto appaiono subito a chi abbia una elementare conoscenza della dottrina islamitica, anche senza essere dei consumati arabisti, come i due illustri filologi. Ma, dove comincia l'errore, è nella valutazione giuridica di questi dati di fatto indiscutibili; ossia fuori del campo della competenza dei due scrittori.

Il diritto musulmano (e, quando si dice diritto, si intende privato e pubblico: anzi, il diritto, considerato come sistema di norme obbliganti, è per sè concetto di diritto pubblico), come abbiamo avuto occasione di accennare più volte nel corso di questo scritto, e specialmente nei capi III e IV, costituisce un sistema tipico di *diritto religioso*. Nel senso cioè, che tutta la

materia giuridica è compenetrata e riassunta nelle direttive religiose, *dalle quali scaturisce ed alle quali ritorna*, in un circolo chiuso, che entro la religione comprende tutte le manifestazioni della vita individuale e sociale, i singoli e la comunità, il diritto e la politica. Perciò, come vedemmo, il diritto di una simile organizzazione sociale *non può avere fonti di produzione, perchè non è opera dell'uomo, nè cosa che si formi nel tempo*, ma opera di Dio, e preesistente nella sua perfetta totalità. Una concezione simile non può presentare altra forma di regime politico, che quella convergente nel potere di un solo, come rappresentante della Divinità, e come tendente teoricamente ad avere l'Universo quale campo di applicazione, e tutti gli uomini quali soggetti, in quanto credenti nella vera fede o in quanto costretti ad accettarla. Un simile Sovrano si capisce dunque che non possa avere alcuna ingerenza nella formazione del *fiqh*, e che anzi egli per primo sia ad esso sottoposto, appunto per la semplice ragione che il *fiqh* preesiste a lui ed ai suoi sottoposti, ed il suo ufficio è appunto quello di rispettarlo e di farlo rispettare. E si capisce anche che egli riunisca in sè tutti quei poteri che noi chiamiamo politici e civili, per l'altro egualmente semplice motivo che la religione maomettana si estende appunto a tutti gli oggetti di quei poteri, in modo che togliere essi dalla sfera di azione del Califfo significherebbe togliergli quella sorveglianza dell'attuazione della fede, per la quale e soltanto per la quale egli fu chiamato. E si capisce infine che, in tale sistema religioso, non vi possa essere nulla di simile al nostro sacerdozio ed alla nostra chiesa; anche qui per il semplice motivo che *nulla vi è nella vita al di fuori della religione*. Non è possibile una discriminazione della società in nessuna maniera, per la impossibilità di trovare la base di un *discrimen*; e tutta la società umana (i fedeli in atto, gli infedeli in potenza), sotto tutti gli aspetti della vita, forma un complesso unico di soggetti uguali, dominati inesorabilmente in tutti i loro atti dalla qualifica religiosa, che sussume a sè ogni altra possibile contemplazione. Come lo S. H. ha messo bene in rilievo nelle sue conferenze citate, la conversione all'islamismo è cosa la più facile e semplice immaginabile, vuota di ogni contenuto profondo e sostanziale; ed il nuovo convertito si trova subito d'un colpo parificato, nella società dei credenti, per ogni verso, ai più anti-

chi e coscienti seguaci della fede. Questa organizzazione così semplice, ed appunto per questo così formidabile, fu quella compiuta dal Profeta, che ebbe tale mandato da Allāh; e, dopo la sua morte, i successivi Califfi, ossia suoi Vicari, hanno logicamente il compito consequenziale di conservare l'opera sua, e continuarne l'attuazione nello spazio e nel tempo. Il Califfo dunque è il signore, nel senso più materiale e politico, dei fedeli, e lo è anche degli infedeli, che ha il dovere di convincere a divenire suoi vassalli o di assoggettare con le armi; la guerra di conquista in un tal sistema è perciò precetto religioso ed obbligo di coscienza, ed il riconoscimento di poteri politici al di fuori dell'Islām è concettualmente un assurdo (1). Questa è la dottrina musulmana, ed appunto la sua semplicità la rende fortissima nella teoria, e temibile nella pratica della vita (2).

(1) Riteniamo pertanto illusorio il sistema della cosiddetta politica di collaborazione o di associazione, che lo SNOUCK-HURGRONJE consiglia, nei rapporti dei sudditi musulmani coi dominatori Europei, nelle conferenze che abbiamo citato. Non è possibile qui addentrarsi in una disputa simile, la quale del resto esce fuori del campo strettamente scientifico, cui solo il presente scritto si riferisce. Riservandomi di tornarvi brevemente sopra in seguito, in sede più adatta, qui desidero soltanto manifestare la mia opinione. Io credo che il sistema anzidetto sia troppo un mezzo termine tra due punti di vista opposti, e cioè tra il carattere assorbente dell'islamismo, così bene messo in evidenza dallo S. H., e le esigenze della civiltà. Forse l'errore è una delle tante conseguenze di certi preconcetti di moda. La verità è che l'Islamismo o si accetta o si combatte: e la storia lo ha superato definitivamente. Un elemento di vero vi è nella tesi di S. H., ed è quello che vedremo in seguito.

(2) Appunto in conferma delle idee esposte nel testo, riferisco qui alcuni passi del trattato di AL MĀWARDI, sulla traduzione dell'OSTROROG. Io non ho sotto gli occhi il testo arabo, ma debbo ritenere che la traduzione sia, presso a poco, esatta, come è ammesso normalmente. Ad ogni modo, anche se questa ipotesi non dovesse in qualche punto corrispondere alla verità, ciò non toglierebbe nulla alla sodezza del mio ragionamento, il quale è fondato su concetti indiscussi ed indiscutibili. Queste citazioni sono pertanto semplicemente *ad abundantiam*, come diciamo noi giuristi; ed è appunto per questo loro carattere, e per non potere io garantire il testo genuino, che le ho confinate in nota. Or ecco i passi:

Vol. I, p. 91:

“Or, donc, Dieu, le Seigneur tout puissant, a institué à la Nation un chef, remplaçant du Prophète et défenseur de la Foi. Il a confié à un chef le pouvoir, afin que les règles du gouvernement découlassent des principes sacrés de la Loi, et que les différents opinions vinsent se

Ora, la conseguenza di queste premesse è ben limpida per la nostra quistione. Politica dunque, politicissima la potestà del Califfo, dirò anch'io coi due eminenti arabisti, che hanno dato lo spunto a questa divagazione; ma *politica non già in opposizione a religiosa, bensì IN QUANTO E PERCHÈ RELIGIOSA!* Si tratta di una religione, di cui la politica fa parte integrante; ecco tutto! Negare quindi il carattere religioso, per la sua sostanziale manifestazione politica, significa negare il concetto per il suo contenuto, la causa per l'effetto, il fine per il mezzo. Come chi dicesse p. e. che il martire è un suicida, il soldato un omicida, l'uomo caritatevole un prodigo, e così via. La potestà del Califfo, al contrario, è una vera e propria potestà religiosa; ma, si intende, nel senso della religione... musulmana, ed appunto per questo comprende quei poteri, che noi diciamo politici.

Una riprova della giustezza di questa costruzione giuridica si ha anche nel fatto estrinseco della denominazione di *Imām*, che, mentre esprime il concetto generale di *preire* e perciò guidare, d'altro canto è tecnico, come vedemmo, per il direttore della preghiera, ossia per l'atto più strettamente ed eminentemente religioso. Il termine *imāmah* si usa appunto, oltre che per la preghiera (*imāmat al ṣuḡhrā*), anche per la direzione politica (*imāmat al kubrā*) (1).

Erronee pertanto sono ambedue le affermazioni contrarie assolute, le quali poi hanno un punto debole comune, che è

“fondre en une décision obéie. Le Califat est donc l'assise sur la quelle reposent les principes fondamentaux de la Religion, et l'institution qui met l'ordre dans les affaires de la Nation „

E a p. 95:

“On appelle Califat l'autorité dont est investie la personne qui remplace le Prophète dans la double mission de défendre la Foi et de gouverner ce monde „

E a p. 193:

“Les principes qui régissent le Califat et ce que cette autorité comporte pouvoirs généraux en matière religieuse et politique étant ainsi exposés... „

Ed infine anche la enumerazione delle obbligazioni del Califfo, tra cui al primo posto si legge, a p. 161:

“La première est le maintien du dogme suivant les principes établis... „

(1) Cfr. il volume citato dell'OSTROROG, a p. 91 nota 1.



quello di separare ed opporre, nel nostro campo, religione a politica; ma esse si riportano a cause opposte. Gli uni sono indotti in errore dalla completa ignoranza del mondo islamitico; gli altri... dalla troppa conoscenza, nel senso di saperne benissimo il contenuto, da quei competenti che sono, ma senza poter ricollegare i dati ad una costruzione organica, che è opera di quella scienza del diritto, la quale sta fuori del campo della filologia (1).

(1) In conformità delle idee esposte nel testo, troviamo giustissime le osservazioni fatte al deplorabile trattato di Losanna, appunto dal NALLINO e dal SANTILLANA, (cfr. il giornale settimanale del tempo "L'Unità", I, n.º 51, del 30 novembre 1912). I nostri negoziatori dettero prova della consueta sapienza dei moderni uomini politici; e non soltanto, purtroppo, in cose islamitiche! I due eminenti arabisti rilevarono parecchi errori veramente deliziosi, ma, per quanto attiene all'argomento del califfato, essi partono dalla falsa costruzione teorica che abbiamo combattuta nel testo, mentre si arriva alle stesse conseguenze col nostro concetto, che riteniamo il vero dal punto di vista giuridico.

A questo punto, può giovare far conoscere una circostanza di fatto, per illustrare l'opera del Governo.

Le idee accennate dal NALLINO nell'articolo sopraricordato sono state più ampiamente svolte dal chiaro autore in un suo opuscolo dal titolo: "Appunti sulla natura del califfato", (Roma 1917). La sostanza è la stessa di quella esposta nel testo, salvo degli sviluppi di dettaglio, dove l'A. conferma la sua nota competenza nella storia delle cose islamitiche. È specialmente interessante la trattazione storica delle sorti del Califfato in genere, ed in specie del trucco ottomano in proposito. È giustissimo quanto l'A. sostiene sull'argomento; ai sultani turchi questo titolo non è mai giuridicamente nè storicamente spettato, mentre l'errore, in cui sono caduti gli Stati Europei, non ha valso ad altro, che a fomentare le correnti panislamitiche sempre vive sotto le ceneri.

La dimostrazione è su questo punto esauriente.

Non possiamo dire lo stesso della pretesa dimostrazione del concetto, appunto per le idee da noi brevemente accennate. Qui l'A. scende nel campo strettamente giuridico. Egli prende molto sul serio la cosiddetta divisione dei poteri, e pare che la creda un domma di diritto pubblico, laddove scrive: "Ma, cosa inesplicabile a prima giunta per un "europeo, questi monarchi universali dell'Islâm, come qualsiasi altro "sovrano musulmano, mentre posseggono senza limite alcuno il potere "esecutivo e quello giudiziario, sono privi invece del potere legislativo; "giacchè la legislazione propriamente detta non può essere se non la "legge divina stessa, la sceria, della quale sono interpreti soltanto gli "ùlama o dottori". Ma questa inesplicabilità non esiste per un giurista, e soprattutto per uno storico del diritto. Lasciando stare la famosa divi-

β) — In ordine alle notizie storiche, l'A. comincia col ricordare i primi quattro saggi califfi, cosiddetti seguaci della retta via (*al-chulafā' al-rāscidūn*), e cioè ABŪ BEKR, 'UMAR, 'UTHMĀN e 'ALĪ, il genero di MAOMETTO; ed il carattere patriarcale della loro signoria. Passa quindi a parlare della dinastia degli Ommiadi, considerati nella tradizione musulmana come una stirpe tirannica. Spiega come da questa condizione di cose sorgesse l'idea dell'aspettazione del *Mahdī*, cioè un *Imām* saggio, che sarebbe un giorno venuto per liberare i fedeli dai dominatori irreligiosi, atteso in principio dalla stirpe di 'ALĪ; finchè, coll'andar del tempo, questo concetto messianico assunse prima un significato escatologico, e poscia, con le mutate condizioni politiche, finì per simboleggiare il riscatto dagli oppressori infedeli.

In seguito, si chiarisce l'origine dello scisma religioso in base alla questione dell'imamato. In particolare, si ricordano tra gli scismatici gli *Sciiti* (cosiddetti da *sciāia* 'a = seguire, essere adepto, partigiano) ed i *chāridjiti* (da *charadja* = uscire), in opposizione agli ortodossi detti *sunniti*, ossia seguaci della *sūnah*. Gli sciiti sarebbero i seguaci di 'ALĪ, ossia i legittimisti, in quanto riconoscono il diritto all'imamato soltanto ai discendenti della famiglia del Profeta. Da loro si staccarono i *chāridjiti*, fuorusciti adunque, dopo la battaglia di Šiffīn tra ALĪ e MU'ĀWIJAH, i quali ammettono la possibilità che all'imamato sia elevato chiunque, anche uno schiavo; essi si vennero suddividendo in varie

sione, che gode nella scienza la stima che si merita (cfr. TREITSCHKE, *Politica*, trad. it., ed. Laterza, 1917, vol. III, p. 3 sg.), una situazione del tipo di quella del principe musulmano non è poi strana; e la ragione della mancanza di fonti di produzione del diritto nel sistema islamitico noi l'abbiamo bene chiarita in principio del presente scritto, e lo stesso A. ne riconosce, proprio nelle sue parole, il fondamento.

Ma non abbiamo citato qui lo scritto del N. per ripetere la disputa fatta nel testo, bensì per un altro motivo. Questo scritto, che dunque mira a dimostrare la chiarezza del trattato di Losanna da parte italiana (e l'A. non risparmia di parlar chiaro), è nientemeno che una pubblicazione... ufficiale!

Come si vede, il Governo si è reso superiore al vecchio adagio: *nemo tenetur detegere turpitudinem suam!*

Il caso è insieme assai istruttivo e divertente, ed è per questo che non ne abbiamo voluto defraudare i lettori.

Sullo stesso argomento ha scritto, e nello stesso senso, il dott. E. CERULLI, "La questione del Califfato", (Napoli, A. Trani, 1917).

sette minori, tra cui l'A. ricorda gli *ibaditi*, di cui si trovano anche gruppi in Tripolitania, oltrechè nel nord-ovest dell'Africa e nel sud-est dell'Arabia.

Si accenna infine al concetto introdottosi tra gli sciiti, dal secolo III dell'egira, che il legittimo *imām* sia divenuto invisibile, per ricomparire alla fine del mondo; ed al fatto che, dal secolo XVI della nostra era, la Persia divenne il centro dello sciismo, analogamente a come l'impero turco lo fu per gli ortodossi.

γ) — L'ultima parte intorno all'imamato riguarda alcune norme del suo ordinamento. Anzitutto, le condizioni legali e rigorose richieste per l'ufficio; cioè, l'appartenenza alla stirpe di MAOMETTO, vale a dire essere un *kuraiscita*, e poi alcune qualità fisiche (maschio, maggiore di età, integrità delle membra e dei sensi), e morali (condotta illibata come *'adl*; attitudine al governo; capacità a decidere questioni giuridiche, in origine addirittura come un *mudjtahid*, nome riservato ai primitivi interpreti per essersi sforzati — *djahada* — alla giusta interpretazione, condizione quest'ultima in seguito abbandonata). Dopo di ciò si parla della nomina; normalmente per elezione (in conformità dell'antico rito; e qui si descrivono i modi di essa e le condizioni degli elettori); oppure per designazione del predecessore (è eccettuato il figlio, per la presunzione che il padre non sia giudice imparziale della sua capacità); sarebbe escluso in teoria il sistema della successione ereditaria (1). Accanto alla nomina, si parla della deposizione. Infine, si accenna alla dottrina della dominazione di fatto, da parte di chi non rivesta i requisiti dell'imamato (*dhū-l-schauhah* = detentore del potere), cui i fedeli sono tenuti ad obbedire finchè egli non li costringa ad illegalità; la quale teorica sarebbe sorta per adattamento alle necessità politiche alla fine del I secolo dell'egira. E si chiude con rilevare il pericolo delle tendenze panislamitiche.

B) — Il secondo argomento è quello caratteristico del *djihād*, che nel linguaggio europeo si suol chiamare « la guerra santa ». Quest'istituto rivela chiarissimamente *il contenuto poli-*

(1) Si metta in rapporto anche questo dato con la teoria del BONFANTE circa la designazione testamentaria, di cui abbiamo parlato nei capitoli X e XI.

*tico del concetto religioso islamitico*, come noi lo abbiamo tratteggiato qui sopra. Esso infatti consiste nel compito della conquista violenta dei popoli ricalcitranti alla conversione all'Islām e relativa soggezione al Califfato; la stessa parola rappresenta come l'immagine di questa idea espansionistica e di penetrazione mondiale, in quanto viene dal verbo *djahada*, che significa « sforzarsi, affaticarsi ». Non si poteva designare con maggiore efficacia il carattere aggressivo ed intransigente, come quello fondamentale della religione musulmana. L'A. osserva però che a questo concetto (con un processo, noto, che si è più volte ripetuto nella storia) si arrivò per gradi, con un crescendo parallelo allo sviluppo della fortuna della nuova fede. I gradi furono tre, cominciando proprio dal principio opposto cioè la *toleranza* (quando i seguaci erano pochi, deboli e perseguitati), per passare poi alla *reazione*, e quindi all'*aggressione*; inoltre, mentre in origine l'obbietto era la conquista della Mekka, a poco a poco si estese a diventare una delle più ampie concezioni imperialistiche che la storia conosca.

Nel testo, si enunciano le norme di partecipazione al *djihād*, e quelle della condotta di esso, contenenti in origine prescrizioni abbastanza umanitarie; si accenna alla divisione del mondo in « territorio dell'Islām » (*dār al-Islām*) e « campo della guerra » (*dār al-Harb*); ed infine si parla della dottrina del bottino (*ghanīmah*). Circa al bottino, si spiega la divisione di esso, da cui si prelevava  $\frac{1}{5}$  a favore di Allāh, da ripartirsi tra cinque categorie, e cioè il Profeta, i suoi parenti, gli orfani, i bisognosi, i viandanti (nell'epoca preislamitica  $\frac{1}{4}$  si prelevava per il capo), ed i  $\frac{4}{5}$  si distribuivano tra i guerrieri con certe norme; e si accenna poi ai vari possibili oggetti (armi, mobili, immobili, prigionieri). Si chiude la trattazione col ricordare la doppia retribuzione celeste e terrestre per la partecipazione al *djihād*, ed il correlativo elemento di fanatismo religioso che vi è connesso.

C) — Nella parte relativa ai rapporti giuridici degli infedeli sottoposti all'Islām, si parla innanzi tutto, in verità non con molta chiarezza (del resto, la materia è sostanzialmente oscura, e merita una revisione a fondo condotta con criteri tecnici di diritto), dei tributi con prevalente carattere fondiario (*charādje djlzjah*, in origine sinonimi pare, e poi con tendenza a rappresentare, il primo termine una imposta fondiaria, e il secondo una personale).



In seguito, si tratta della condizione di una sorta di demanio di Stato costituito dalle cosiddette terre *fai'*, con accenno alle varie quistioni. Infine, si espone la speciale situazione di privilegio, tra tutti gli infedeli, in cui si trovano i cosiddetti « possessori del libro » (*ahl al-kitāb*), ossia gli ebrei ed i cristiani (ad essi sono equiparati i *madjūs*, ossia i magi o seguaci della religione zoroastriana). A costoro soltanto è legittimamente permesso di rimanere nella propria religione (finchè non tornerà un giorno Gesù sulla terra a proclamare la verità dell'islamismo, ed allora saranno tutti obbligati a convertirsi), contro il pagamento dello *djizjah*, di cui si enuncia l'ordinamento, e la sottoposizione ad una serie di prescrizioni umilianti, elencate nel testo. Questa categoria di persone gode della protezione (*zimmah*) dei Musulmani, onde la denominazione di *zimmi*, cioè protetti.

Intorno a tutti questi problemi di diritto pubblico, non crediamo il caso di doverci fermare più a lungo, per i criteri esposti in principio di questo scritto.

E con ciò è esaurita l'esposizione del contenuto del libro in esame.

#### XIV.

##### Questioni generali.

46. — Nei capitoli precedenti, come il lettore ha visto, noi abbiamo fatto molto di più che provvedere alla esposizione del contenuto del libro in esame, sia pure intesa questa esposizione nel più ampio significato e nel modo più approfondito. Invero, pur avendo adempiuto a questo compito, che è stato anzi l'occasione iniziale del nostro lavoro, abbiamo avuto di mira un triplice intento, coordinando questi ad una più alta finalità. Gli intenti consistevano nel prospettare in modo chiaro, per quanto in ristretti limiti: a) un quadro del contenuto del diritto musulmano; b) una nozione sufficiente dei principali problemi scientifici, che si riconnettono a quel contenuto; c) una congrua esemplificazione di particolari interessanti quesiti storici e dottrinali e del modo di trattarli, al quale proposito ci sembra di avere raggiunto anche, se non ci inganniamo, risultati scientifici importanti e completamente nuovi su punti determinati. La finalità ultima poi fu quella di porre sotto gli occhi dei giuristi

la prova; da un lato, dell'importanza, della vastità e dei contatti insospettati di questi studi con quelli dei sistemi giuridici romano-europei; e dall'altro, della assoluta deficienza di una trattazione tecnica scientifica della materia, e della forma degenerativa in cui questa trattazione oggi si trova.

L'esposizione precedente ci sembra abbia chiarito a sufficienza tutti questi punti. Tuttavia ci piace, ad esposizione compiuta, di guardare un poco la materia nel suo insieme, fermando l'attenzione del lettore su alcune questioni di carattere generale, le quali serviranno come a riassumere, sotto alcuni aspetti dottrinali e metodologici, le idee, i cui elementi di dimostrazione si trovano qua e là sparsi nel nostro scritto.

Volendo fare opera esauriente, dovremmo dare a questa parte uno sviluppo molto ampio, ordinando addirittura in sistema i vari elementi di esame: ma ci sembra di avere già di troppo protratto questo scritto per seguire tale via. Del resto, una trattazione così completa non è necessaria ai nostri fini; e preferiamo quindi di restringere il discorso allo stretto necessario, limitandolo a pochi aspetti.

Dividiamo dunque l'esposizione in quattro parti, di cui due riguardano piuttosto il lato dottrinale, e due quello sociale. I primi due argomenti attengono alle idee che si sono espone dagli scrittori, rispettivamente, intorno a quella che potremo chiamare la *natura* del diritto musulmano, e alla *trattazione* del suo sistema. Gli altri due si riferiscono: al particolare importante problema della *codificazione* di esso, ed alla cosiddetta *politica musulmana* degli Stati Europei. Nello sviluppo saremo assai sobri, contentandoci solo di accennare le controversie principali e mostrare gli indirizzi, piuttosto che discuterli a fondo.

E cominciamo dai due argomenti di carattere dottrinale.

A) — Il primo tema, che abbiamo designato in modo un po' generico e vago come concernente la *natura* del diritto musulmano, offre un esempio elegante e, direi, divertente delle aberrazioni teoriche e pratiche cui, nel nostro campo, ha condotto l'opera convergente dell'incompetenza e della improvvisazione. Per mantenerci nei limiti prefissi e presentare una esposizione il più possibilmente chiara, ordineremo i nostri brevi rilievi su questo argomento intorno a tre punti, che presentano tre tesi in verità l'una, dirò così, più originale dell'altra.

Ne diamo qui la enunciazione; il significato risulterà dallo sviluppo che segue. Sono dunque: il preteso *carattere teorico* ed astratto del dir. musulmano; la *manca di unità*; il cosiddetto processo di *islamizzazione*.

a) — La prima tesi riguarda una curiosa concezione che, per opera specialmente degli arabisti, si è voluta presentare in certo qual modo come la quintessenza della speculazione scientifica intorno al sistema del diritto musulmano, la vera e più alta parola della scienza in proposito; mentre, viceversa, non è che la risultante di una serie di equivoci e di errori, sulla base di rilievi di fatto perfettamente esatti, il che è facilmente spiegabile con la qualità degli illustri sostenitori della teoria. Essa è stata infatti strenuamente difesa dai due maggiori arabisti europei, lo SNOUCK HURGRONJE ed il GOLDZIEHER (1), e consiste nel dichiarare che il diritto musulmano sarebbe . . . un diritto ideale, teorico, speculativo, di cui solo una piccola parte potè penetrare nella pratica e regolare realmente la vita; anzichè un sistema giuridico. In altri termini, costituirebbe piuttosto una teoria di doveri morali (2). Vi sarebbe dunque, nel mondo musulmano, come un doppio corpo di diritto, l'uno ben distinto dall'altro; il primo, teorico, quello canonico della letteratura e delle fonti esaminate; l'altro, il pratico, risultante dalle larghe infiltrazioni esterne, sostanzialmente del diritto europeo, in modo particolare negli istituti di natura patrimoniale, ossia nella vera e propria materia del diritto civile. E queste infiltrazioni, in parte consisterebbero nelle varie consuetudini locali, in parte si manifesterebbero con i prov-

(1) Il primo, nel 1886, in "Indische Gids", e nel "Rechtsgeleerd Magazijn", Tom. IV, pubblicò due articoli (rispettivamente dal titolo: "Mohammedaansch regt en regtwetenschap" e "De fiqh en de vergelijkende regtwetenschap.") contro alcune pubblicazioni del KOHLER.

Il secondo, nel 1889, scrisse sullo stesso argomento, proprio nella Rivista del KOHLER (Zsch. für vergl. R. w.), un articolo dal titolo: "Muhammedanisches Recht in Theorie und Wirklichkeit".

L'illustre arabista olandese è tornato poi ad illustrare le sue idee ogni volta che gli se ne è presentata l'occasione, come p. e. nella citata recensione al libro del SACHAU, nella Z. M. G. del 1899, e nelle sue conferenze coloniali del 1911.

(2) Cfr. LAMBERT - "La fonction du droit civil comparé", già citato a p. 378. E FATHY - "La doctrine musulmane de l'abus des droits" (Paris, Geuthner, 1913), p. 64.

vedimenti delle Autorità, i cosiddetti *kanûn*, di cui abbiamo sopra parlato.

Contro la tesi, che diremo dunque dei filologi, si sono, un poco timidamente in verità, dichiarati i giuristi, e cioè in particolare il KOHLER (1), i cui scritti avevano occasionato la disputa, ed il LAMBERT (2), nonchè un giovane musulmano d'Egitto, allievo del Seminario orientale di Lione diretto dal LAMBERT, e cioè il D<sup>r</sup> FATHY (3), in un modo originale ed interessante come spiegheremo di qui a poco.

Entrare nella esposizione e discussione dettagliata di tutti gli argomenti proposti pro e contro nella polemica ci porterebbe troppo in lungo, ed è perfettamente inutile. Chi ha voglia di conoscerli, non ha che a leggere gli scritti indicati nelle nostre note. Qui è invece opportuno di ridurre il discorso alla sostanza della controversia. Soltanto, dopo espresso il nostro modo di vedere, ci riserviamo qualche rilievo su qualcuno dei punti particolari della discussione avvenuta tra gli indicati scrittori, a conferma delle nostre idee.

Orbene, in tutto questo dibattito si sta perfettamente fuori strada. La tesi dei filologi non ha senso, rispetto alla storia di nessun diritto; ma le stesse controsservazioni dei giuristi si perdono in dettagli, dove non sempre essi hanno ragione, ed in fondo concedono troppo alla tesi avversaria, inquanto ne ammettono implicitamente la possibilità in ipotesi, il che è assurdo.

Consideriamo infatti il centro della questione. Che cosa significa parlare di un sistema di diritto teorico, ideale, utopistico, costruito come per una specie di età dell'oro (sul tipo vale a dire di quelle costruzioni fantastiche sociali, che ogni tanto ricompaiono nella storia delle aberrazioni umane, più o meno in buona fede), tanto che si è avvivati sino alla facezia che il diritto musulmano non è un diritto (4)? E questo, si badi bene, riferito non

(1) Nel "Rechtsgeleerd Magazijn", V, e VI (in due articoli: "Zum studium des islamitischen Rechts" e "Jurisprudenz und Philologie"); e nella sua "Zeitschr. für vergl. R. W.", VIII, nell'articolo: "Die Wirklichkeit und Unwirklichkeit des islamitischen Rechts".

(2) Cfr. il luogo citato alla nota (2) della pagina precedente.

(3) Cfr. nota citata alla nota precedente.

(4) Cfr. il 1° dei citati articoli di KOHLER nel "Rechtsgeleerd Magazijn", a p. 6 dell'estratto.



ad un insieme di principi generali o di concetti astratti, ma ad una accolta, più o meno ordinata ma complessa e particolareggiata, di istituti giuridici concreti, con le applicazioni più minute ed i vicendevoli rapporti, ossia ad un vero e proprio *corpus iuris*? Or un fenomeno simile sarebbe un *monstrum* nella storia universale del diritto, di tutti i tempi e di tutti i luoghi. Da che deriva dunque ed in che consiste tutto questo grosso equivoco?

Esso deriva dalla osservazione, altrettanto vera in fatto che scientificamente semplice ed innocente, ma che ha invece impressionato gli arabisti incompetenti a pesarne il valore, che cioè già fin dall'epoca classica dell'islamismo (II e III secolo dell'Egira) vi fosse disaccordo tra le dottrine e la pratica giudiziale; e che questo disaccordo sia poi andato crescendo sempre col tempo, fino al punto che oggi, specialmente nel campo patrimoniale, si sia notevolmente al di fuori del sistema classico delle fonti dottrinali. S. H. mette assai in rilievo, di aver potuto constatare questo stato di fatto fin nella rocca santa dell'islamismo, alla Mecca. Ebbene, tutte queste meraviglie e discussioni sono la conseguenza di parecchi errori e deficienze, la cui origine non sta solo nella non imputabile incompetenza di alcuni, ma soprattutto nella mancanza di un esame approfondito da parte dei tecnici, sia del contenuto del diritto musulmano, sia della sua posizione nella storia generale del diritto dei popoli mediterranei.

In primo luogo, sta l'erronea concezione teorica di considerare il diritto come un insieme di norme ben determinate e fisse, con riferimento intenzionale allo scritto; insomma, sostanzialmente, l'ideale del Codice, inteso come un tutto organico ed intangibile. Ora ciò è falso; e non solo per quanto attiene alla considerazione integrale del sistema, come ha già notato il LAMBERT (1), ma anche, e soprattutto, per il pensiero di identificare il diritto colla norma scritta, visione volgare e propria dei profani, i quali scambiano la cosa con la sua manifestazione più appariscente e tangibile. Il vero è invece proprio il contrario. E cioè, che la maggior parte dei sistemi giuridici (nello spazio e nel tempo) non hanno affatto, o in piccola proporzione, norme scritte (si pensi a tutti i diritti selvaggi e primitivi); e che, in molti dei diritti

(1) l. c. p. 380.

anche più evoluti, le norme scritte sono il meno (si pensi al diritto romano classico).

Ma l'errore qui rilevato è in fondo di carattere teorico e generale, molto meno importante di altri concreti e particolari al diritto musulmano, l'uno dei quali riguarda la qualità del contenuto di quel diritto, e l'altro la storia della sua formazione.

Noi lo abbiamo accennato già nei capitoli precedenti di che si componga il diritto musulmano, e come esso sia venuto formandosi. In sostanza si riduce ad una letteratura, di cui una parte è fatta delle cosiddette tradizioni e relative illustrazioni, e l'altra della esposizione dirò così dottrinale, più o meno seria, di un certo sistema. Queste sono le parti veramente importanti per la materia giuridica; accanto ad esse si può aggiungere, ma in sott'ordine, la letteratura coranica, con a capo si intende il Corano stesso.

Non siamo dunque di fronte ad un *complesso di norme*, come volgarmente si intende la cosa, ma ad una esposizione di principi (letteratura tradizionalistica), e ad una elaborazione di teorie (letteratura dottrinale propriamente detta). Come la cosa sia avvenuta noi lo abbiamo spiegato sopra, in più di un luogo, discorrendo delle fonti; ad ogni modo qui importa solo constatare che è così. Ed allora, poichè abbiamo a che fare, salvo le scarse e magre norme coraniche (spesso puri principi astratti anche quelli), con dottrine, con opinioni, con indirizzi, con riferimenti e discussioni; dove sta questo immaginario edificio concreto e stabile, di cui parlano i filologi, che non sarebbe penetrato nella vita ma rimasto solo in teoria?

Essi usano, come spieghiamo a suo luogo, erroneamente il termine « legge », e ragionano su questa falsa base, come se realmente una legge, ossia un sistema positivo di norme, esistesse.

Vi è invece soltanto un insieme di teorie, di principi e di direttive; ossia un quid fluttuante, elastico, che implica in sè stesso i contrasti, è fondato su un largo spirito di recezione e di adattamento, e per questo stesso importa l'ulteriore indefinito svolgimento di questo medesimo indirizzo, con la inevitabile conseguenza delle mutazioni progressive.

Così stando le cose, qualunque sia la opinione che si voglia avere in ordine al punto precedentemente accennato, circa il

valore teorico delle deviazioni delle norme positive dal sistema diventa irrilevante la disputa rispetto al diritto musulmano, data la speciale natura del suo contenuto. E così appare ancora una volta, sotto un altro aspetto, l'oziosità del dibattito.

Ma il fulcro della questione non è ancora qui; sibbene nella posizione storica del diritto musulmano, la quale spiega appunto quel modo singolarissimo della sua costituzione. Come ho avuto occasione di accennare anche sopra, in più di un luogo e sotto diversi aspetti (1), il diritto musulmano classico non è in definitivo che la risultante di un doppio movimento: da un lato cioè, una progressiva assimilazione, confusa, disordinata ed indigesta, ma ampia e profonda, dall'ambiente circostante dei popoli civili assoggettati agli inculti arabi; e dall'altro, la riassunzione di questo processo assimilativo nel quadro della teologia ortodossa. La massa principale dalla recezione fu fornita dal diritto bizantino, ma accanto ad esso bisogna anche considerare gli altri diritti dell'Asia anteriore, come l'ebraico ed il cristiano siro-persiano. Questa tesi, che io ho avanzato e sviluppato, e di cui ho cominciato a mostrare varie concrete applicazioni in diversi scritti compreso il presente, è purtroppo remota dalla coscienza di coloro che si occupano di questi studi, e cioè o filologi od improvvisatori, ed è rimasta estranea dall'opera dei giuristi che finora non se ne sono occupati. Anzi, non è neanche esclusa un'assurda orientazione in senso contrario, ed io ho riferito alla nota 92 del Cap. XII n. 41 la paradossale enunciazione dell'AMAR, purtroppo non rimasto solo, e seguito anche in Italia da pseudo-giuristi, tendente a vedere nel diritto musulmano un miracolo di creazione *ex nihilo*, il solo prodotto genuino dello spirito arabo, un fenomeno cioè che sarebbe, se vero, superiore a quello stesso del diritto romano! E certo, con queste idee per la testa, in luogo di fornire spiegazioni, si accumulano invece problemi insolubili! Orbene, data tale origine della letteratura che costituisce il diritto musulmano classico, essa in fondo si riduce ad una serie di tentativi, per inquadrare nel sistema delle concezioni teologiche islamitiche un estratto più o meno organico dei diritti dell'Asia anteriore. In altri termini dunque, *la recezione è tutto, o quasi tutto, per quanto attiene alla materia giu-*

(1) Cfr. il capo IV, il V, e il XII al n. 41.

*ridica vera e propria* (si intende che, nelle parti invece a maggiore contatto con gli istituti sociali e religiosi, il campo cioè del diritto pubblico e di quello familiare, rilevano invece le caratteristiche musulmane); e perciò il diritto nasce e si afferma addirittura come un *ius receptum*, nella forma e nella sostanza di *adattamento storico all'ambiente sociale*. Questo adattamento e questa recezione non sono già un *adiectum* a un corpo centrale, ad un sistema preesistente, di cui costituiscano uno sviluppo ed un complemento; ma sono tutto, sono proprio *il sistema, il corpo del diritto*, di cui anzi come complemento invece debbono considerarsi i veri e propri elementi islamitici. Islamitico poi è il *colore* del conglomerato risultante, ed islamitico nel senso teologico, che è il solo senso in cui si può parlare di islamismo, come qualcosa di caratteristico e di reale (1). Si pensi, per avere un approssimativo termine di riferimento, alla recezione del diritto comune in Europa nel M. Evo, sullo sfondo delle dottrine del Cristianesimo.

Data dunque una tale natura del diritto musulmano, può ben dirsi che il suo spirito originario si manifesti come *tendenza ad ambientarsi in mezzo alle civiltà superiori*, con cui era venuto a contatto. Ora, partendo da questo principio, qual meraviglia che, per la consueta forza di inerzia storica, uno spirito simile abbia continuato ad agire ininterrottamente anche nei secoli posteriori, arrivando così a poco a poco a quello stato odierno, che ha tanto colpito l'osservazione dei filologi? I musulmani, dopo i grandi avvenimenti derivati dalle invasioni dei popoli del centro dell'Asia, dalla costituzione dell'Impero Ottomano, e dalle successive conquiste delle nuove Nazioni di Europa, si

(1) L'osservazione perciò del GOLDZIEHER, nello scritto citato, relativa all'introduzione, per opera dei giuristi, di elementi estranei entro il corpo del diritto, nei secoli classici II e III della giurisprudenza musulmana, non rappresenta affatto una prova, come egli la intende invece, delle deviazioni dal sistema, ma bensì il segno del processo normale di costituzione di quel diritto. Se si tolgono queste recezioni, che cosa ci resta del dir. musulmano? Un filologo questo non lo può vedere; ma non pertanto è meno vero che sia così. Ingiustamente quindi il LAMBERT, nel contrastare pure la tesi speciale del GOLDZIEHER relativa al conflitto tra teoria e pratica, parte sempre in fondo dallo stesso concetto, di presupporre cioè un sistema di dr. musulmano preesistente, che esiste invece solo nella fantasia dei filologi europei! (Cfr. LAMBERT, l. c., p. 381 n. 1).



vennero a trovare, col volger del tempo, nei vari paesi da loro abitati, in situazioni analoghe a quelle, in cui si trovarono in origine gli arabi conquistatori venuti a contatto con civiltà di gran lunga superiori. Solo che, al posto degli antichi bizantini, siri e persiani, è da mettere la nuova civiltà Europea, o agente direttamente sulle varie agglomerazioni islamitiche, o per quel curioso intermediario che è stato l'Impero Ottomano, da quando esso si trasformò in una specie di medio conduttore, ma non troppo, dello spirito europeo verso l'islamismo.

Ed allora, che meraviglia se quello stesso fenomeno, che si era prodotto nei secoli di grandezza in rapporto del mondo bizantino, si è, *mutatis mutandis*, ripetuto anche dopo in rapporto del mondo europeo? Il diritto ha continuato l'opera di assorbimento; ecco tutto. Del resto, i nuovi elementi giuridici, di cui si compiva la recezione, non erano altro che *le trasformazioni storiche di quelli già ricevuti nei tempi classici*. È sempre quel fondo romanistico, che si presenta prima nella sua forma bizantina, poi in quella del dr. comune, ed oggi dei diritti moderni europei. Sicchè, qualunque possa essere l'apparenza superficiale di fronte all'osservatore profano, noi assistiamo ad un processo storico costante e monotono di assorbimento e di trasformazione, caratterizzato da quella apatia perfetta che è il segno discretivo di questi popoli. Ciò che è mutato è il modo e la forma del processo, non la sostanza. Non vi sarà più un lavoro letterario ed intellettualistico, per quanto un pò balordo, come quello di allora; perchè è finita l'epoca della dottrina, dicono ingenuamente i fedeli; per la decadenza storica del sistema e dei popoli, diremo noi. Al suo luogo invece, sottentrerà l'applicazione di fatto da parte degli organi giudiziari, ed una intromissione sempre crescente dell'autorità politica contro il sistema dommatico ortodosso; nonchè la caricatura, tra il serio ed il faceto, delle interpretazioni a rime obbligate dei neo-dottori, i quali, nella loro goffaggine non disinteressata, finiscono poi per adempiere anch'essi inconsciamente ad una funzione storica. Queste deviazioni, questi spostamenti, queste trasformazioni restano nell'ordine del puro fatto, per la resistenza dell'elemento teologico fisso ed immutabile omai; ma nello stesso tempo si colorano da esso, per virtù dello stretto contatto con l'elemento medesimo, ed in certo senso quindi finiscono come per essere ad esso coor-

dinate. Non è più la riassunzione viva e cosciente dei bei tempi di creazione, ma il riflesso inavvertito di un movimento, che resta al di fuori della coscienza di un'epoca di progressiva decadenza, avviata fatalmente verso la scomparsa anche formale di un sistema già morto, per aver perduto la energia di un cosciente rinnovamento.

Ecco adunque come si spiega ed a che cosa si riduce il fenomeno, che ha offerto la base alla vana e fantastica disputa tra filologi e giuristi. I primi, non essendo in grado di valutare i concetti ed i fenomeni giuridici, cadendo nell'errore verso cui li attraeva la stessa terminologia e letteratura araba, hanno scambiato una letteratura con un sistema giuridico, la norma col diritto, ed a modo loro ragionato su questa base così falsa. I secondi hanno parlato di un diritto senza studiarne la natura ed il contenuto, ed, isolandolo dalla storia in mezzo a cui esso si è svolto, hanno finito per foggiansene una idea irreal e fantastica. E questo è tutto. La distinzione adunque, tra un diritto teorico ed ideale rimasto nelle nubi, e un diritto pratico e reale vigente nella società, non è solo inconcepibile in astratto, ma non ha alcun fondamento concreto.

Or è a questo punto che ci piace riferire il giudizio del giovane giurista egiziano, il dott. FATHY, di cui facemmo parola in principio della nostra esposizione. Il dott. FATHY è un musulmano convinto e sincero, come si rivela fin troppo nel suo libro, e nello stesso tempo ha fatto un bagno nella cultura giuridica europea, non molto forte in verità, ma quanto basta perchè non ne sia del tutto ignaro. Ha anzi acquistato con molta disinvoltura l'andamento estrinseco della nostra discussione scientifica, e scrive con una indiscutibile brillantezza, non scompagnata anche da una tal quale punta ironica, un poco eccessiva talora e del tutto fuori posto in un libro del suo genere (1). Ma ciò

(1) Non è possibile in questo luogo entrare nel dibattito intricato, che costituisce l'argomento del libro in discorso: ma desideriamo fare alcuni piccoli somnari rilievi, al fine di mettere in evidenza come anche qui faccia di molto deviare dalla retta via la mancanza di contatto con gli studi storici del diritto, intesi in senso del tutto integrale, come deve essere. Le nostre osservazioni potrebbero essere molte e gravi, di carattere generale e sui singoli punti. Ci restringiamo solo a qualcuna.

Un primo interessante rilievo è che l'A., limitando le sue osservazioni

non riguarda la presente discussione, a proposito della quale abbiamo citato il suo libro solo per il giudizio che vi si trova di essa a p. 65 ove, dopo avere accennato alla controversia, l'A. scrive:

alle moderne dottrine europee, trova che la dottrina occidentale dell'abuso dei diritti è ancora adolescente, e ad essa oppone quella vetusta musulmana, che riporta fino al Corano.

Ora, niente di più falso di tutto questo. La verità è invece, che le divagazioni moderne sul così detto abuso dei diritti non sono che un prodotto tardo e degenerativo di una larga ed organica dottrina del nostro diritto comune, quella notissima che va sotto il nome di *aemulatio*. I comunisti credettero di fondarla sul diritto romano; ma gli studi della recente romanistica, specialmente italiana, hanno posto ormai fuori discussione che essa è del tutto estranea al diritto romano, le cui concezioni erano anzi in perfetta antitesi col punto di vista cui la dottrina si ispira, come del resto il buon senso giuridico esige. I testi della compilazione, su cui si cercò di fondarla, non contengono che delle interpolazioni dirette bensì a mettere in rilievo l'elemento intenzionale (*animus*), ma ciò nel limitato effetto di regolare rapporti determinati, soprattutto quelli dell'uso dell'acqua nei fondi, per speciali motivi, giammai come principi di ordine generale. Sicchè i giuristi medievali furono essi che crearono la teoria generale, e ciò appunto per la confusione degli elementi etici coi giuridici, che è una caratteristica di quel diritto, proprio come lo è del diritto musulmano. Con la semplice differenza che, mentre i nostri giureconsulti costituirono una dottrina organica, come sempre, quelli arabi invece non ci sono riusciti, anche qui come sempre, e lo stesso FATHY in sostanza lo riconosce. Su questo ultimo punto del resto è stato giustamente esplicito il Prof. MORAND, che si è per primo occupato dell'argomento (*De l'abus de droit*, n.º VI degli *Etudes* citati, in fine). Orbene, è molto strano che tutto ciò sia addirittura pretermesso, in uno studio del genere che vuol essere storico e comparativistico.

Ma non basta. Abbiamo ora ricordato che l'elemento dell'intenzione (*animus nocendi*), come discretivo della illiceità, è stato riconosciuto di natura interpolazionistica nella compilazione giustiniana; e da ciò si è concluso che esso sia stato introdotto da Giustiniano. Si può dubitare però che le relative interpolazioni siano anche pregiustiniane, magari in parte; ma comunque, certo per lo meno deve ritenersi che i compilatori giustiniani trovarono nell'ambiente orientale la spinta a codificare un principio in così aperto contrasto con le dottrine romane. Il concetto del RICCOBONO in proposito (*L'influenza del Cristianesimo nella codificazione di Giustiniano*), in *Scientia*, 1909, IV, 2), che riconduce la causa principale del movimento riformatore giustiniano alla pressione del Cristianesimo, quali si siano le dispute sui punti speciali, è giusto. Siamo di fronte ad una contaminazione di concetti morali con norme giu-

« Pour nous, qui de père en fils, sommes habitués à prendre  
« les preceptes du fikh à la fois comme guides de notre vie mo-  
« rale interieure et comme règles de nos relations sociales, nous  
« éprouvons quelque surprise en voyant surgir une pareille discus-

ridiche; ed un fenomeno simigliante ci riporta sempre, nella storia del diritto, a momenti in cui religione e diritto cercano di riassumersi in unità. Questa tendenza del resto di riaccostamento a motivi religiosi, e propriamente alla Bibbia ed al Vangelo, è uno dei caratteri della letteratura del diritto cristiano siriano, come io ho avuto occasione di mettere più volte in rilievo ed anche nel presente scritto (a proposito della legittima e della successione delle donne), e si può seguire fino all'epoca di Giustiniano, come avviene in Mâr ABHâ. Anche al di fuori di quest'ordine di ricerche, ad ogni modo, già erano stati notati altri indizi, relativi all'età pregiustiniana, di simili quistioni (cfr., circa lo φθόνος in GIULIANO ASCALONITA, le lezioni del BONFANTE sulla *Teoria della Proprietà*, Pavia 1910, p. 155 n. 1). Ed allora, dove se ne va la tesi del libro di cui stiamo parlando, che vorrebbe attribuire ai giureconsulti musulmani l'invenzione della teoria? No; anche qui il più probabile è che siamo di fronte ad un nuovo fenomeno di recezione, come in quasi tutto il resto. Comunque, si tratterebbe per lo meno di un fenomeno storico parallelo, derivante dalla confusione tra religione, morale e diritto, e dai principi di carità che l'islamismo ha preso dall'ambiente cristiano. Or è sorprendente che tutto questo si ignori, non si discuta, non si agiti, come se non esistesse. E può chiamarsi questa sul serio opera di scienza e di storia?

Nè la nostra critica sembri esagerata, chè anzi è benigna, perchè abbiamo la prova assoluta, così dell'ignoranza di tutto questo movimento dottrinale, come della incapacità a trattare scientificamente la materia. Ci limitiamo a trascrivere un periodo (che è poi, si noti, il solo il quale si riferisca all'argomento), quello a p. 2, dove si affronta appunto la questione dei precedenti storici:

« Mon eminent maître, M. L. Josserand, à signalé, il est vrai, des applications pratiques de l'abus du droit jusque dans le droit romain de l'époque classique, et dans le droit romain de l'époque chrétienne. Des listes de solutions analogues pourraient plus aisément encore être dressées pour le droit canonique occidental des temps médiévaux. Mais ces précédents lointains et subconscients qui, en tous cas, ont échappé à toute tentative de systématisation théorique, ne paraissent pas avoir exercé d'influence directe sur la formation de la doctrine contemporaine de l'abus du droit ».

Noi crediamo di poterci dispensare da ogni commento.

Dobbiamo però rilevare come questo perfetto misconoscimento della situazione storica, nella quale poi consiste tutto il contenuto scientifico della disputa, non è una specialità dell'Autore. Il suo libro è stato oggetto di una recensione critica da parte del SANTILLANA nella *Rivista degli studi orientali*, (vol. VII, fasc. III, p. 756 sg.), ed il recensente non



« sion. Nous ne songeons pas à nous demander si le *fiqh* est une théorie de devoirs ou un corps de droit positif; car il ré-présente à nos yeux, et au même degré, l'une et l'autre de

esita a mettere in rilievo, accanto ai pregi, i gravi difetti dell'opera, per quanto attiene al lato filologico e soprattutto al teologico, che è poi tutto in quel lavoro. Molto giustamente il S. attacca su questo punto la base stessa di ricostruzione storica, fondata sulle dottrine di AL - GAZALI e di AL - DJAWAZIYYAH, così lontani nel tempo e nello spirito. Ma, dove il recen-sente passa al lato storico-giuridico, ossia al solo essenziale, non fa prova migliore dell'autore criticato, sebbene in una maniera del tutto diversa. Egli cioè rimprovera al F. di aver trascurato i precedenti romanistici, ma . . . . per riportare addirittura al diritto classico l'eresia della dottrina dell'intenzione! La verità è che si citano i testi della compilazione a caso ed alla rinfusa, senza neanche sospettare il lavoro di critica compiuto dalla scienza moderna, come avrebbero potuto fare i vecchi giuristi medievali, che appunto perciò vi poggiarono sopra la loro teoria dell'*aemulatio*; ed allora si capiscono tutte le conseguenze! E così, tra le asserzioni dell'autore e quelle del critico, ne viene fuori una situazione singolare. Ha torto il FATHY, che vuole attribuire al diritto musulmano l'origine della teoria, e giustamente in ciò è criticato dal SANTILLANA; ma ha anche più torto questi, che la riconduce al diritto classico, il cui spirito è la negazione assoluta di quella concezione. Il vero è invece che la dottrina è proprio di origine e marca orientale, di quel mondo dove religione, morale e diritto formano un miscuglio solo, e da esso è passata, così nel diritto romano di oriente e perciò nella compilazione giustinianea, come nel diritto musulmano; e, chi sa, i giuristi islamitici, che più l'hanno svolta, avranno avuto magari sott'occhio il Digesto, sia pure in qualche traduzione siriana per esempio!

Egual obliterazione del riferimento storico romanistico e di diritto comune si trova pure, oltre che nel lavoro del FATHY, in quello precedente del Prof. MORAND da noi già citato, ed in quello del LAMBERT, che precede sotto forma di introduzione lo scritto del FATHY.

Nell'elenco dei casi citati dal MORAND si leggono ipotesi schiette di vere e proprie limitazioni di diritti, come p. e. il n° 2 a p. 305, il 1° a p. 307 etc., ed è questo uno degli equivoci più frequenti in cui cadono tutti i sostenitori della teoria; vi sono poi dei luoghi, come quasi tutti quelli tratti da IBN MWSA, che ricordano proprio a capello le interpolazioni giustiniane. Ciò che vi è di vero nello scritto del MORAND è la constatazione, con cui esso si chiude, in questi termini: « La vérité c'est que les docteurs musulmans ne se sont nullement préoccupés de construire une théorie et de dégager le criterium de l'abus du droit ». Come sempre cioè, essi hanno proceduto empiricamente; ed in questo si sono proprio attenuti all'esempio del diritto bizantino, dove non esiste una teoria, ma soltanto sporadiche contaminazioni di criteri morali nell'orbita della materia giuridica. Or questa è in fondo la confutazione del tentativo

« ces deux choses, que nous ne saurions dissocier autrement que par l'analyse logique et, en quelque sorte, théoriquement ».

E proseguendo, dopo avere giustamente asserito che il *fiqh* contiene insieme morale e diritto, e fatto richiamo alla posizione

di costruzione del FATHY, il quale ha sconfinato del tutto nel campo teologico-filosofico.

La introduzione del Prof. LAMBERT presenta una intonazione analoga, sia per quanto si attiene alla parte storica, sia per ciò che riguarda lo scambio tra i concetti del limite e del cosiddetto abuso. È poi da rilevare l'idea fondamentale con cui lo scritto si chiude, che mira a sostituire il coefficiente dell'intenzione. E cioè egli mette in ultima analisi al posto dell'apprezzamento della *intenzionalità* quello del *risultato*; in luogo della opposizione tra *apparenza dell'atto ed intenzione*, pone quella tra *natura e risultato*. E soggiunge che, mentre i diritti latini e germanici (ossia quelli ricollegantisi in sostanza al diritto romano) si atterrebbero al primo, sotto l'influenza delle vecchie tradizioni, invece il diritto musulmano li avrebbe applicati ambedue. Orbene, in tutta questa costruzione nulla è accettabile; noi ci limiteremo a due sole osservazioni.

Anzitutto, se è una eresia guardare all'intenzione nei negozi giuridici, di gran lunga più grave, dal punto di vista logico, deve giudicarsi la pretesa di guardare al risultato, come criterio discreto della liceità. Che gli effetti, le conseguenze dell'atto determinino il carattere di questo, non è concetto ammissibile in diritto: potrà essere al più un precetto di morale. La caratteristica del diritto è appunto quella che, dato l'atto, si debbano sopportarne le conseguenze qualunque esse siano; nè d'altra parte, risalendo da queste, è possibile argomentare all'esistenza dell'atto. Se si sovvertono questi concetti fondamentali ed intuitivi, tutto il sistema giuridico si dissolve, la stessa idea di diritto svanisce. È forse necessario discutere su questo terreno? Perchè intanto resti fermo il concetto dell'A., riferisco qui uno solo dei periodi più espliciti in proposito, a p. LXVI: « Au lieu de fixer à l'avance, en les envisageant par types et schématiques, quels sont les faits d'exercice du droit qui sont corrects et ceux qui sont incorrects, elle ne se prononce sur la valeur de chacun d'eux qu'une fois qu'il est entré dans la voie de la réalisation ou, tout au moins, de la tentative de réalisation; elle le juge d'après ses effets actuels ou probables, en faisant état de toutes les contingences qui contribuent à lui donner sa signification pratique ».

D'altra parte, non è vero, come già abbiamo rilevato, che nella storia del ciclo romanistico e suoi derivati sia rimasto intatto il concetto fondamentale puro della giurisprudenza classica. Purtroppo esso, quale fu posto dai grandi giureconsulti, venne offuscato nel diritto dell'impero d'oriente appunto per le infiltrazioni orientali; ed, in quello comune cristiano, l'elemento intenzionale dette luogo alla organica costruzione della teoria dell'*aemulatio*, appunto anche qui per la contaminazione di coefficienti etico-religiosi. E la famosa cosiddetta teoria moderna non è che

del dir. canonico occidentale nel M. E., crede di risolvere la questione con una immagine. Dicendo cioè che il *fiqh* si compone come di due cerchi concentrici, il più largo di carattere teologico e divino, il più ristretto attinente alle decisioni del

una trasformazione di quella, per effetto del fenomeno che chiamerò di neomisticismo sociale. È stato anche autorevolmente sostenuto che nel diritto medievale abbia pur influito alla creazione di questa teoria la situazione sociale-economica di quei tempi, svolgentesi in chiusi ambienti carichi di rivalità personali; ma questa stessa assai verosimile spiegazione dimostra la sua inadattabilità odierna (Cfr. BONFANTE, *Criterio fondamentale dei rapporti di vicinanza*, nel III vol. dei citati " *Scritti vari* "). Questo rilievo acuto del BONFANTE potrebbe forse trovare anche applicazione nel campo del diritto musulmano.

In questo benedetto argomento adunque, cui è dedicato il libro del FATHY, non soltanto lui ci sembra fuori strada. Ma, tornando al suo libro, stimiamo di poter chiudere questa lunga nota, che aveva il solo scopo di mostrare come anche qui non siamo di fronte affatto ad un'opera di scienza giuridica, sibbene soltanto di speculazione teologica. E quel poco che abbiamo detto, in ordine alla impostazione generale della tesi, ci sembra che basti per il nostro fine. Che, se potessimo entrare in particolari, su quasi tutti i punti speciali avremmo da fare dei rilievi di non poca importanza. Diamo due soli esempi.

Il primo riguarda il punto dove l'A. mette un poco in burletta (cfr. specialmente p. 39 seg.) il concetto del PLANIOL, che sia un non-senso ed una *contradictio in terminis* parlare di *abuso di diritto*; ed in ciò si appoggia al IOSSERAND. Orbene, quel che ha detto il PLANIOL non è affatto una novità, ma è proprio quanto hanno sempre pensato i giureconsulti romani, e che il buon senso giuridico impone di ritenere. La distinzione escogitata per combattere questo concetto, e riferita nel libro in termini molto oscuri, ma che in sostanza si riduce a quella tra istituto giuridico e sistema generale del diritto, sta benissimo come tale, ma non ha alcun valore come diretta a combattere la nostra tesi: non vale proprio la pena di insistervi sopra; basta rimandare il lettore a leggere quel che si trova scritto a p. 41 del libro in esame. È vero poi, che il principio contrario al nostro punto di vista è penetrato financo nella legislazione moderna (codice dell'impero germanico), e che non sono mancati fautori anche nella dottrina francese ed italiana. Ma, per quanto attiene alla legislazione, va subito notato che, una volta introdotta una norma come quella del § 226 del Codice germanico, allora essa modifica obiettivamente il contenuto dei diritti, almeno in teoria, il che è una questione ben diversa dall'altra di vedere se una tale modificazione sia poi traducibile a pratiche attuazioni; basta consultare in contrario l'accoglimento fatto alla novità del codice germanico nella dottrina. In fondo quel paragrafo è un grosso errore, un errore legislativo come tanti altri, che non muta per questo la posizione nella scienza del diritto.

giudice umano. Ed, in questo secondo cerchio, sarebbe possibile una certa elasticità, in ordine alle sanzioni civili che si aggiungono a quelle religiose, le quali invece restano immutabili. Lasciamo stare questa originale costruzione, la quale è

La seconda osservazione si riferisce alla parte esegetica del lavoro, quella dove si passano in esame le volute basi dottrinali della teoria nelle singole applicazioni a casi concreti, ossia il nucleo del libro. Ebbene, se noi potessimo fare la critica particolareggiata di questa parte, ci sarebbe facile mostrare che, per tre quarti, si tratta (secondo il solito equivoco in questa materia) di vere e proprie limitazioni obiettive legali del contenuto dei diritti, che nulla hanno da fare perciò con la pretesa concezione dell'abuso; e per l'altro quarto, si è di fronte a puri e semplici sconfinamenti nel campo della morale. Ma noi non intendiamo davvero di addentrarci in una simile analisi; vogliamo solo richiamare l'attenzione su un caso caratteristico di deformazione storico-esegetica, che si riconnette proprio ad un argomento particolare di cui ci siamo occupati nel presente nostro scritto. Intendo riferirmi alla tesi dell'A., approvata dal LAMBERT come molto interessante (p. XVI), di addurre come prova che le basi della dottrina dell'abuso si trovino nel Corano, i miserissimi accenni che ivi si leggono intorno al testamento, o per meglio dire alle disposizioni per dopo la morte (p. 108 sgg.). In questo punto, per il lettore che ha seguito tutte le discussioni storiche che noi abbiamo sviluppato ai capitoli X e XI dalla presente dissertazione, appare a luce manifesta, da un lato, la visuale meschina sotto cui il problema viene considerato, del tutto al di fuori di ogni seria indagine scientifica, e dall'altro, il conseguente errore assoluto della interpretazione fornita. Abbiamo mostrato in qual modo il principio delle disposizioni volontarie in materia di successione si introduca in tutti i diritti orientali, in via cioè del tutto subordinata al concetto fondamentale della successione per legge, specialmente diretta ai figli ed ai prossimi parenti. Ora, le poche frasi e riserve, abbastanza inconcludenti ed infelici dal punto di vista giuridico, che si leggono nel Corano su questo proposito, non sono che l'eco incosciente di questa condizione di cose, e non hanno proprio che vedere con l'abuso dei diritti. Ma, del resto, ci vuole una vera ossessione per non vedere che il divieto di una disposizione *post mortem*, come fondata sulla presunta intenzione di nuocere ai legittimari, non costituisce che un modo volgare di esprimere la limitazione obiettiva della libertà di disposizione di fronte alla massa indisponibile. Qui siamo proprio un po' al di là dei limiti, anche più lati, concedibili alla libertà della costruzione e della interpretazione.

E ci fermiamo davvero. Non si creda che, non ostante le critiche fatte, noi disconosciamo i meriti che pure ha il libro, e cioè: diligenza di indagini, spigliatezza di discussione che spesso però degenera in superficialità, ed una sufficiente attitudine alla sistemazione. Ma, con tutto questo, la verità è che il libro resta sempre fuori del campo della vera



così lontana dalla scienza del diritto come è vicina alla teologia, per quanto sembri accolta dal Prof. LAMBERT (1); l'essenziale è la prova che essa fornisce, di trovarci di fronte ad una purissima coscienza musulmana, il che dà un rilievo speciale alla dichiarazione sopra riferita. Per un musulmano autentico cioè, anche colto ed intellettuale, e per di più tecnico, la famosa distinzione, su cui si impernia tutta la disputa, non ha base e non ha senso. *E così deve essere.* Maggiore confutazione della tesi dei filologi non si potrebbe desiderare. Ed il sentimento ed il pensiero dei musulmani è stato sempre tale, appunto perchè fondato sull'immutabile elemento religioso. Essi non hanno coscienza chiara (neanche il moderno assertore, culturalmente semieuropeizzato) di ciò che si asconde in quel sentimento, ma l'essenziale è che il sentimento esista. Or vi si trova proprio, in istato subcosciente, quello che noi abbiamo cercato di esporre come storia. Vale a dire, che il *coefficiente teologico è quello che domina e dà l'intonazione al sistema; gli elementi giuridici sono mutevoli e diretti ad un adattamento coll'ambiente esterno, appunto perchè tratti da questo e solo coloriti dallo spirito religioso.* Questo è il fondo di quella concezione, tra il mistico ed il confuso; così è, e così fu sempre, perchè questa e non altra è la vera natura delle cose.

47. — Abbiamo forse dato soverchio sviluppo alla esposi-

scienza del diritto. È necessario che anche gli orientali sappiano, che non è possibile studiare scientificamente il diritto musulmano senza conoscere il diritto romano e la sua storia, e le linee fondamentali di quella degli altri diritti mediterranei; esso non si può giudicare che in mezzo a questo quadro, di cui è parte importante, e solo da questa posizione è lecito parlare di comparazioni e di raffronti coi diritti europei.

Chiudiamo questa lunga nota con qualche breve richiamo bibliografico. Ci limitiamo alla letteratura italiana, che è assai importante, specialmente per il lato storico, e che sembra ignota all'Autore. E cioè: lo scritto di V. SCIALOJA, *Aemulatio* (in "Enciclopedia giuridica", Milano, Vallardi, vol. I, p. II, pg. 426 sg.), fondamentale; FADDA e BENZA, nelle note alla traduzione delle *Pandette* del WINDSCHEID (Torino, Un. Tip. ed., 1902, I, p. 1168, nota φφ); FERRINI, *Pandette* (Milano, 1900, n° 351 sg.), e nelle " *Servitù prediali* ", (Trattato di dir. civile del Fiore, Napoli 1908); BONFANTE, nelle " *Lezioni sulla Proprietà* ", (Pavia, 1910, a p. 137 sg.), e nel luogo citato del II vol. dei suoi " *Scritti varii* "; PEROZZI, nell' " *Archivio giuridico* ", LIII, p. 350 e sg.

(1) Cfr. o. c., p. XII.

zione di questo primo punto da noi scelto, nella presente parte dedicata all'esame dei problemi di insieme, ma ci parve che esso si prestasse bene ad illuminare sullo spirito e sullo stato della dottrina moderna in diritto musulmano. Quanto abbiamo detto intorno alla sostanza dell'argomento basta ad informare il lettore, senza bisogno di farlo inoltrare nel dedalo di tutti i dettagli della intricata controversia, come si è svolta fra gli scrittori ricordati. Tuttavia, per adempiere la promessa fatta in principio e dare un saggio della discussione, aggiungiamo brevi accenni su alcuni particolari.

Prendiamo, ad esempio, il citato scritto del KOHLER « *Zum Studium des islamitischen Rechts* » in replica allo SNOUCK HURGRONJE. L'A. elenca le critiche rivoltegli secondo che sono di carattere generale o speciale, ed a ciascuna separatamente risponde.

Alla prima categoria appartengono queste due che, sotto diversa forma, riproducono sempre il falso concetto fondamentale da noi combattuto.

L'una consiste in ciò, che il diritto musulmano, come proveniente dalla ispirazione divina, costituisca un insieme di norme positive, slegate, non capaci di essere ridotte ad un sistema ed assoggettate alla elaborazione della logica giuridica ordinaria. Qui il KOHLER oppone una serie di obiezioni, che in gran parte anch'esse peccano dello stesso difetto della tesi avversa, di prescindere cioè dalla realtà storica. La verità è molto più semplice. E cioè, che queste famose ispirazioni non sono che recezioni, conscie od inconscie poco importa, più o meno assimilate, dei diritti circostanti; esse trovano perciò il loro ordinamento solo in una sfera più larga che non sia quella del diritto musulmano; ad ogni modo anche in questo possono bene coordinarsi tra loro, tenendo conto di tale circostanza, mentre la situazione disorganica appariscente non è che la conseguenza di una siffatta origine, e della incapacità dei giuristi musulmani ad elaborare gli elementi ricettizi. I rilievi del KOHLER restano in sostanza anch'essi fuori di questo che è il vero punto della questione, ed alcuni sono addirittura inaccettabili, non meno della tesi combattuta.

L'altra critica di carattere generale è anch'essa una nuova divagazione sul consueto motivo. Consiste nel dire che il dr. musulmano è un diritto di scuola (*Schulrecht*), dottrinale si vuole

intendere, con riferimento ad un mondo ideale, qualche cosa vale a dire come quando si parlava del diritto naturale in Europa. Come si vede, giriamo sempre intorno allo stesso punto. Ma in proposito non è giusto paragonare la situazione di dr. musulmano, come fa il KOHLER in risposta, a quella del dr. romano, in base al contrasto tra un cosiddetto diritto di Stato (*Reichsrecht*) ed un diritto volgare (*Volksrecht*), secondo la terminologia introdotta dal MITTEIS. Questo paragone implica parecchi equivoci. L'origine, come vedemmo, del preteso diritto dottrinale e teorico è invece la più empirica immaginabile, perchè è la recezione; onde, se mai, dovrebbe dirsi addirittura un *Volksrecht* esso stesso. Meglio ancora tutto il diritto musulmano in questo senso è un *Volksrecht*, al quale non contrasta punto un *Reichsrecht*, che come tale non esiste. Il *Volksrecht*, inquanto recezione, diviene *Staatsrecht* mercè il principio, che l'organo elaborativo della recezione (la dottrina) costituisce diritto, come dicemmo. Questa è la singolare situazione storica del diritto musulmano. Soltanto che, in quanto questo processo assimilativo è continuo, ed ha proseguito anche dopo chiuso il ciclo della letteratura dottrinale; ne segue che, a un certo punto, il contenuto della dottrina antica, che a suo tempo fu *Volksrecht*, finisce per apparire *Reichsrecht* sorpassato, di fronte al posteriore *Volksrecht* in forma consuetudinaria; ma questo non è che una semplice apparenza, la quale può ingannare solo il profano. Ci aggiriamo dunque sempre intorno all'equivoco. Del resto, è ben curioso questo parlare ed insistere circa norme ideali fuori della vita, come se si trattasse davvero di una specie di *ius naturale*. Ma se le norme, cui questo discorso si riferisce, sono norme concretissime, pratiche, tratte proprio dalla vita reale, e aventi anzi il difetto di peccare di empirismo! Che i profani questo non lo vedano, sta bene: ma purtroppo simili frasi fatte, che racchiudono poi profondissimi errori, si ripetono anche da chi fa professione di giurista.

Passiamo ora ad alcune delle critiche di natura specifica.

E così, fu rimproverata la mancanza di un esame dettagliato di tutte le opinioni e di tutte le dispute dei giuristi musulmani. Qui ha proprio ragione il KOHLER. A prescindere dal merito dell'esame da lui compiuto, sul che non dobbiamo entrare, certo è che, per compiere opera scientifica, non solo non

occorre affatto, ma anzi si deve evitare di affogarsi nel mare magno delle verbose e divaganti prolissità degli autori musulmani. Questa concezione, puramente letteraria, delle nostre indagini si capisce appunto in un filologo, ma non ha nulla a che fare con la nostra scienza. Si può compiere opera scientifica di altissimo valore, nel nostro campo, anche sulla base di elementi di esame molto ristretti; come si può al contrario fare opera del tutto vana, con la più diligente rassegna di un vastissimo materiale. Anche qui il difetto sta nella visione dell'oggetto.

Un secondo appunto tocca proprio un concetto tecnico, in ordine cioè al valore del giuramento, di larghissimo uso nel diritto musulmano. Contro la giusta osservazione fatta al proposito dal KOHLER, circa il rilievo ed il riconoscimento che il diritto musulmano accorda all'elemento interno intenzionale, incongruamente fu opposto dallo S. H. che esso abbia una funzione complementare rispetto alla verosimiglianza del caso, che costituirebbe la base. Ma ciò non conta in ordine al punto in disamina, bene replicava il KOHLER, perchè resta sempre il fatto del valore accordato al coefficiente interiore. Anche qui la questione giuridica è rimasta incompresa al non tecnico.

Un'altra disputa dello stesso genere è quella relativa al significato delle gradazioni di invalidità degli atti, di cui abbiamo fatto breve cenno a suo luogo; e particolarmente sulla non coincidenza del divieto con la nullità. Qui però stimiamo che anche il KOHLER non sia nel giusto, quando prende come criterio discriminante, secondo che il divieto miri ai fini dell'atto oppure all'atto in sè stesso, avendosi la nullità solo nel primo caso. Non già che tale distinzione sia errata, che anzi è esattissima e giuridicamente indiscutibile; ma è che non può ridursi a questo schema logico il sistema delle norme del diritto musulmano in proposito, tant'è vero che lo stesso KOHLER deve fare delle eccezioni, di cui in verità non riesce a dare una spiegazione soddisfacente (Cfr. nota 2 della p. 13 dell'estratto). Invece, qui si ha da fare con norme ricollegantisi a criteri di carattere religioso; e per questo non è possibile costruire una teoria giuridica logica. Come si vede, nel diritto musulmano, come in tutti i diritti commisti con la religione e l'etica, tra gli altri compiti del giurista vi è anche quello di saper sceverare ciò che è vera materia giuridica da quella che non lo è.



Resta così esaurita la prima tesi, che abbiamo presa in esame, intorno all'argomento da noi designato come relativo alla *natura* del diritto musulmano; la tesi cioè della *separazione tra un diritto teorico ed uno pratico*. Per la sua importanza fondamentale ci siamo dilungati alquanto su di essa; saremo più brevi invece intorno alle altre due delle tre, su cui abbiamo detto di volerci intrattenere a principio di questo numero.

## XV.

*Segue: Questioni generali.*

48. — b). — La seconda tesi comprende un equivoco altrettanto grave quanto quello su cui si fonda la precedente, e consiste nell'asserzione della *mancanza di unità e di coordinamento* nella materia del diritto musulmano. E qui si pensa di presentare un contrasto, di fronte ai nostri sistemi europei di origine romanistica.

Ora è difficile immaginare una eresia storica e logica maggiore di questa, dovuta ad un completo sconoscimento della sostanza vera così del dir. musulmano come del romano e di qualunque altro, e della loro affermazione nella storia. L'errore deriva da una considerazione molto superficiale ed estrinseca di due fenomeni moderni (non certo i più elevati, e scientificamente apprezzabili) dei nostri diritti, cioè la codificazione e la costruzione sistematica della dottrina; e dalla mancanza di essi nel diritto musulmano ci si crede autorizzati a quella illazione. Un apprezzamento simile si può spiegare da parte dei profani, ma non è perdonabile a giuristi: eppure profani e tecnici, con molta leggerezza in verità, hanno ripetuto l'affermazione. Noi sceglieremo, per criticarli brevemente, uno solo tra gli scritti dell'una e dell'altra specie. Ma anzitutto qualche osservazione generale.

Che cosa mai questi scrittori, che trovano il diritto musulmano troppo disorganico, di fronte ai nostri europei romanizzanti ed al diritto romano come tipo, intendono per unità e per sistema? Lo abbiamo detto, essi pensano da un lato al codice, e dall'altro alle costruzioni dottrinali: ma ciò è assurdo.

E cominciamo dai Codici. Chi mai, fuorchè un profano, può

credere che la codificazione costituisca l'organicità di un sistema giuridico? Tutte le codificazioni sono anzi la prova del contrario, e basti citare la massima, la più celebre, quella che il grosso sentimento volgare crede un capolavoro del genere, e cioè il *Corpus iuris* di Giustiniano, per convincersi del contrario. Che, se si ha di mira qualche codice moderno, il quale si è sforzato in verità di fissare un sistema organico (e l'esempio tipico, se non unico, è quello del codice dell'impero germanico); allora si cade nella cerchia dell'altro concetto, quello della sistemazione dottrinale, di cui diremo subito. Dunque l'esistenza di un codice per sè non rappresenta affatto l'organicità, in opposizione a diritti non codificati; ma invece non è che la pretesa, più o meno violenta ed imperfetta, di rinserrare entro limiti fissi una cosa per sè stessa illimitata e fluttuante, qual è il corpo del diritto di un popolo. Di elemento unitario e sistematico non ci può essere altro, che quello mutuato dalla eventuale dottrina del tempo. Storicamente poi si sa che tutte le codificazioni sono segni di inaridimento della vita del diritto: e mi pare di potermi dispensare dall'insistere. Basti l'esempio del diritto romano.

Resta ad apprezzare l'altro punto, cioè il sistema dottrinale. Ma anche questo vale quanto il primo, se non meno addirittura. È intanto da notare che questa smania dell'architettura sistematica e della costruzione dei principi costituisce una invenzione relativamente moderna, ed una infiltrazione della filosofia e della logica astratta nella scienza del diritto. Una prima volta è stata, in modo tutto speciale, la conseguenza della scolastica; ed una seconda volta della filosofia tedesca del sec. XIX. I giuristi sanno le torture che si è fatto subire alla materia elaborata, e le aberrazioni a cui si è arrivati.

Ora, i romani, che pure tutti diciamo essere i nostri maestri in proposito, non hanno conosciuto questa malattia; essi non ragionano mai per astrazione, non conoscono nè categorie nè i cosiddetti principi generali, ed avevano perfino una discreta ripugnanza per le definizioni: *omnis definitio in iure periculosa est*. Sicchè, a questa stregua, il diritto romano sarebbe per lo meno altrettanto difettoso del musulmano, e francamente quest'ultimo si troverebbe in buona compagnia. Ma il vero è che una tale compagnia esso la merita poco, perchè purtroppo la ten-

denza dei loro giuristi sarebbe piuttosto anzi per teorizzare; soltanto, non lo sanno fare, ma la cattiva intenzione vi è. Non è dunque la più o meno arbitraria, e magari fantastica, ricostruzione dell'interprete, nè la esposizione simmetrica della materia ciò che può costituire l'unità costituzionale di un diritto, ed autorizzarci a considerarlo come un tutto organico: ma questo carattere si desume da elementi intrinseci, spesso subcoscienti, e che possono anche essere di natura puramente storica anzichè dommatica, sono sempre conciliabili colla più grande mobilità e fluttuazione, e magari consistono in pure direzioni di movimento.

Sotto questo punto di vista, lo stesso mettersi il problema dell'esistenza o meno di organicità, rispetto ad un determinato diritto storico, non ha senso. Col solo fatto di riconoscere l'esistenza di un diritto e la sua larga influenza nella storia (ed è certo il caso del diritto musulmano), si identifica un organismo, un sistema di idee e di direttive. Fino a che punto poi queste affiorino alla superficie, o sia invece necessario di andarle a ricercare nascoste nel profondo; fino a che punto sia sviluppata la tecnica della trattazione, o gli elementi sostanziali restino implicati e confusi in una massa più o meno eterogenea; tutto questo è un'altra cosa, e non autorizza punto a negare il principio ed il fatto per sè stesso. Orbene, propriamente, il diritto musulmano, tra i grandi sistemi storici, è uno dei più difficili a questo esame, appunto per due motivi: quello di essere in gran parte l'amalgama di svariati elementi ricettizi; e quello di avere avuto una letteratura, scritta quasi tutta da persone che erano insieme poco giuristi e molto seguaci del genere di filosofia che *lato sensu* possiamo ricondurre al tipo della scolastica. Ma la difficoltà della ricerca non autorizza ad una semplicistica abolizione di essa, sotto il pretesto del diniego della esistenza di ciò che invece dovrebbero con ogni cura rintracciare. Per l'economia generale della presente dissertazione, stimiamo opportuno di non insistere oltre sull'argomento.

Soltanto un breve accenno, come abbiamo promesso, di qualche scritto speciale.

Tra i filologi, ci richiameremo anche qui all'illustre SNOUCK-HURGRONJE. Egli tratta di quest'argomento, tra l'altro, nella più volte citata critica al libro del SACHAU (1). In fondo, col suo

(1) Cfr. il citato numero della Z. M. G., 1899.

alto senso storico e la profonda conoscenza che ha dell'Islām, egli sente quello che noi abbiamo sostenuto or ora dal punto di vista della scienza del diritto; mentre il suo errore di visione è perfettamente spiegabile per un profano. Si preoccupa di questa apparenza di disorganicità, facendola soprattutto consistere nella sovrabbondanza delle opinioni, che costituiscono, come abbiamo più volte ripetuto nel corso del presente scritto, davvero il fenomeno più appariscente e sconcertante della letteratura di lingua araba. Osserva però che l'unità è fatta salva dalla validità riconosciuta alle varie opinioni, e dalla loro giusta-posizione, combinata con la dottrina del consenso (*idjmā'*), che, come vedemmo, egli considera a buon diritto quale centro della dommatica. Ora, in questa visione, vi è l'errore di dare rilievo alla elaborazione dottrinale, confondendola con la materia e la sostanza stessa del sistema; ma vi è insieme il correttivo di una eminente coscienza storica, che intende l'unità sostanziale sotto la stessa apparenza anarcoide della esposizione, e cerca di salvarla, sia pure in modo del tutto empirico, col processo di coordinamento in questa varietà di opinioni. Egli è riuscito così, senza volerlo, allo stesso risultato dei nostri comunisti, ossia dei più prossimi parenti dei giuristi musulmani, alla teoria cioè della *communis opinio*, e del computo e dell'analisi delle varie opinioni, come aventi un valore obiettivo per sè stesse.

Passando ad un giurista, citiamo uno scritto di M. D'AMELIO, che, tra i vari suoi brevi lavori di occasione, ha parlato più specialmente dell'argomento in uno sul trattato di KHALIL (1).

Lo scritto non può aver certo alcuna pretesa scientifica, visto che in esso si parla finanche di *sacramenti* (*sic!*) che sarebbero esposti nell'opera di KHALIL, ma ciò non toglie importanza al fatto che tutte le asserzioni ivi contenute siano da respingere. Si parte dal concetto fondamentale, che un diritto islamitico nel vero senso della parola non esiste perchè manca di unità, e che esistono invece tanti ordinamenti giuridici quanti sono i riti. Noi abbiamo già sopra spiegato il nostro modo di vedere intorno a questa benedetta quistione dei riti, che ha un puro e semplice valore teologico; ed abbiamo ricordato come gli stessi filologi hanno confessato la sostanziale unità che si cela

(1) In "Riv. di dir. commerciale", 1912.



sotto di essi, il quale principio, come abbiám visto, è riconosciuto nello stesso libro che ha dato occasione al presente nostro lavoro. Ora è ben strano che proprio da un giurista debba essere venuta una affermazione simile, che va più in là di quello che hanno detto e scritto tutti i profani, conoscitori però sul serio del mondo islamitico, e che è nello stesso tempo così falsa dal punto di vista giuridico. Siamo sempre al solito errore di dare un rilievo assurdo alle quisquiglie delle dispute di dettaglio. Ma nello scritto si incalza con argomenti ulteriori della stessa portata; il che dimostra che siamo di fronte ad un completo misconoscimento della realtà. Si spiega dunque che questa mancanza di unità deriva dal fatto che il Corano non è un codice, e, pur essendo una fonte del diritto, non ne contiene le norme. Lasciamo stare quale sia la natura del Corano, dal nostro punto di vista; come abbiám già detto sopra, esso per il sistema giuridico ha un valore molto limitato, è vero, ma è strano trarre da ciò la conseguenza della mancanza di un sistema. È la consueta ossessione codicistica da noi sopra rilevata, spinta fino al punto di concepire il codice addirittura come un *prìus* dell'organismo giuridico, od identificarlo con esso. Povero diritto romano, giudicato a questa stregua, visto che non ha mai avuto la fortuna di possedere un codice; parlo del diritto romano vero, quello di Roma non l'altro di Bisanzio, il quale ultimo del resto ha avuto una codificazione che è proprio la negazione di quella cui pensa l'A., e con lui tutti i moderni, quando parlano di codici. Nello stesso scritto, continuando, si fa intendere la difficoltà estrema e forse la impossibilità di ridurre la materia a sistema nel dr. musulmano, e di selezionare i principi generali; ma, accanto a queste asserzioni, si mette in rilievo il fatto che dalle norme di un contratto (con allusione alla dottrina del *bai'*) si debbano dedurre quelle degli altri. Orbene, proprio questo, tra l'altro, dimostrerebbe che vi sono dei principi generali e le tracce sistematiche; ed abbiám altrove appunto osservato l'analogia che corre, sotto questo rispetto, come posizione sistematica, tra la funzione che nella dottrina musulmana ha la teoria del *bai'*, e quella che nella dottrina romanistica ha la teoria della *stipulatio*.

E con ciò faccio punto circa l'argomento della pretesa mancanza di organicità nel dr. musulmano. Ciò che occorre,

da parte dei giuristi, è una sola cosa: cominciare una buona volta a prendere sul serio questi studi, invece di abbandonarsi a pure declamazioni improvvisate; e sottoporre la materia del dr. musulmano a quello stesso trattamento scientifico, cui è stata sottoposta la materia romanistica. Dopo ne ripareremo (1).

Abbiám sopra ripetutamente fatto appello al diritto romano, così nella sua veste classica che in quella giustiniana, per cogliere il lato paradossale delle affermazioni avversarie rispetto al diritto musulmano. Ma che dovremmo dire, se ci rivolgesimo al diritto bizantino vero e proprio, ed al diritto romano-orientale, che ha trovato una fondamentale manifestazione nella compilazione nota sotto il nome di libro di diritto siro-romano? Anche di questi diritti si potrebbe affermare che non esistono!

49. — c). — E passiamo all'ultima tesi di questo primo argomento; quella relativa al cosiddetto processo di *islamizzazione*.

Mi duole proprio che i limiti del lavoro mi impediscano di

(1) Questa mancanza di ponderatezza e di spirito scientifico è proprio il difetto, non solo dello scritto ora citato, ma di quasi tutti gli altri dovuti a giuristi, i quali hanno preso troppo leggermente la cosa. E potrei qui fare parecchie citazioni, che mi risparmiò. È necessario in modo assoluto di smettere, per il rispetto dovuto alla nostra bella scienza del diritto. Altrimenti i filologi continueranno purtroppo a sorridere, ed a credere, con apparenza di verità, che solo loro debbono e possono occuparsi di queste materie.

Io potrei in proposito fare anche altri rilievi allo scritto indicato: ma non posso tralasciarne due.

Ivi p. e. si fa spesso appello ai lavori di SAWAS-PACHA, del quale ho parlato sopra, esprimendo il giudizio che quei lavori meritano. Ora, specialmente dopo quanto ne hanno parlato tanti arabisti di grande valore, che figura fanno i giuristi a seguire ad occhi chiusi le fantasie di lui? Perché non è il solo D'AMELIO pur troppo a riferirvisi, ma sono in parecchi, e direi quasi tutti!

L'altro rilievo riguarda il desiderio che si esprime in fondo dello scritto, dove pare si alluda ad una redazione del dr. musulmano sul tipo dei codici europei, e coordinata con essi! Leggendo questo, il mio pensiero è corso a quella profanazione scientifica e storica che è il libro di MEYSONNASSE, *Code civil musulman suivant le cadre du Code civil français* (Paris, Marescq, 1898). È questo forse l'ideale del D'AMELIO? Ed allora rinunciamo alla scienza del diritto, e mettiamoci pure in mano dei filologi. Mancherà sempre la scienza, ma non mancherà la serietà, che è la prima cosa da ricercare.

fermarmi a lungo sul tema, che ha tanti punti di contatto con la politica coloniale e col cosiddetto diritto coloniale, e con tutte le quistioni in ordine all'amministrazione della giustizia nelle colonie. Ma dirò quel tanto che basti per chiarire il mio concetto, sul falso indirizzo che si sta delineando, soprattutto in Italia, al proposito.

Si tratta anche qui di una vera eresia, il cui merito spetta al SAWAS PACHA, nel libro citato, e che, non ostante le critiche acerbe ma meritate di insigni arabisti, ha trovato inopinatamente facile accoglienza in parecchi dei nostri scrittori giuristi, che hanno toccato, sia pure superficialmente, la quistione (1). E qual'è la teoria esposta dal SAWAS PACHA? Essa consiste nella pretesa, che il sistema del dr. musulmano sia tale, da presentare un meccanismo capace di cucinare in salsa islamica qualunque

(1) Citerò, tra questi:

Lo stesso D'AMELIO, in un articolo in "Riv. di dir. pubbl.", 1912, sopra "L'ordinamento giuridico della Tripolitania"; ove si dice che il dir. musulmano non può considerarsi arretrato, ma vale il moderno, purchè bene interpretato e sottoposto al processo di islamizzazione.

Il CIAMARRA — "L'islamizzazione del diritto moderno", nelle Conferenze di dir. coloniale, Roma, 1909.

Il BORSI — "Studi di diritto coloniale, V — Le fonti del dir. coloniale, n. 26; negli "Studi Senesi", vol. IX della II Serie, fasc. 1-3, 1918.

Tutti i citati autori si richiamano espressamente al SAWAS-PACHA come autorità indiscutibile, senza tener conto delle critiche schiaccianti di GOLDZIEH e di SNOUCK-HURGRONJE nei luoghi da noi riferiti nel nostro scritto "Sui rapporti tra dir. rom. e dir. musulmano" (Roma, 1913). È specialmente notevole quel che scrive il secondo degli autori in "Revue de l'histoire des religions", XXXVII, 1898, nell'articolo "Le droit musulman", a p. 189 sgg. Ma, quel che è peggio, in alcuno degli scritti sopra riferiti si accenna finanche ad una condanna sommaria dell'opera dei due critici insigni. Non entro in dettagli; ma tengo a riconfermare che non è con questo sistema che potremo sottrarre ai filologi il monopolio, che essi esercitano nel campo scientifico orientalistico anche per la parte giuridica.

Nel caso speciale, come spiego nel testo, i due arabisti hanno perfettamente ragione quanto alla critica mossa a SAWAS-PACHA, la cui dottrina è ancora più condannabile, giuridicamente parlando, di quello che non abbiano visto i filologi, dal puro punto di vista storico. Hanno torto, d'altro canto, essi nella parte positiva della loro tesi, in ordine alla immobilità del contenuto giuridico. La verità è notevolmente lontana dalle tesi estreme, ma le sole cose serie che siano state scritte sull'argomento sono purtroppo proprio quelle, bisogna convenirne, che hanno scritto i due non-tecnici.

materia tratta dalle riserve della civiltà europea e del suo diritto, ed apprestarla al gusto del palato musulmano. Con questo procedimento, non vi sarebbe principio di diritto europeo che non possa introdursi nel sistema maomettano; e tutto il segreto del progresso moderno dell'Islām, e la sapienza dei contatti europei col mondo islamitico, dovrebbero consistere nell'applicazione di questo famoso metodo. La ricetta di tale processo alchimistico costituisce appunto lo scopo dell'opera di S. P., il quale non esita a chiamare la sua trovata « *cette algèbre du droit musulman que je offre dans le présent volume* » (1). Si tratta dunque della possibilità di adattamento alle leggi di Maometto di tutti i principi della civiltà moderna, o, per meglio dire, di una mascheratura in veste islamica di qualsiasi concetto nostro; riducendo tutto a questa sorta di inganno religioso verso le masse, e considerando il diritto musulmano come un recipiente capace di raccogliere tutto quello che vi si getti dentro, debitamente disinfettato e confezionato (2). Ed il S. P. pretende

(1) Cfr. "Etude sur la theorie du droit musulman", vol. II, p. 513 (Paris, Billard, 1898).

(2) E non si creda che io esageri. Citerò alcuni passi caratteristici del nostro A., il quale, va ricordato, è un cristiano armeno, che fu assunto al governo dell'impero ottomano, ed educato alla cultura europea.

A p. V della prefaz. al II volume egli scrive: "Il en resulte que l'unique moyen d'assurer l'avenir de ces peuples musulmans... est encore d'adapter toutes nos verités, en commençant par celles du droit, aux enseignements de Mahomet". E più sotto, a p. IX: "Il faut... démontrer que les mesures recommandées ne contreviennent en aucune façon au droit sacré de Mahomet. La chose est possible, facile même, pour ceux qui savent le droit musulman" (!).

E mi passo di fare altre citazioni. Ne aggiungo solo una, tratta dallo studio del BORSI, l. c. V, p. 108 nota (1). Ivi si mette accanto alla islamizzazione detta giudiziale, ossia opera della giurisprudenza, quella legale, ossia opera del legislatore, e si citano le ordinanze 15 aprile 1904 del nostro governatore del Benadir, emanate in nome del re, per l'abolizione della schiavitù, con proemio ricco di richiami a testi islamitici e con questa esortazione di chiusa: « Sudditi del grande paese d'Italia! Ricordate le parole dell'Altissimo al Profeta, il Signore lo abbia in misericordia: — « Colui che ebbe da me la grazia dell'islamismo è stato beneficato con la liberazione — L'Altissimo ha largito la liberazione delle anime; voi date quella dei corpi. Questo è secondo la vostra legge, che, in ciò, va d'accordo con la civiltà nostra ».

Ora, lasciamo stare la bella cortesia della chiusa, dove in buona forma



che il suo sistema omeopatico non sia che l'applicazione genuina della scienza giuridica musulmana, di quella *'ilm al-uṣūl* di cui abbiamo tenuto discorso in principio della presente dissertazione!

È chiaro che l'assurdità di una concezione simile non dovrebbe neanche essere oggetto di discussione tra giuristi. Pensare che possa esistere un qualsiasi diritto, nel cui sistema si può fare entrare quel che si vuole; e che per di più la teoria di questo sistema giuridico consista appunto nel processo meccanico di riduzione di qualsiasi contenuto ad un comune denominatore (la famosa algebra del buon S. P.); costituisce una aberrazione in cui poteva cadere soltanto un orientale, il quale dalla cultura europea ha preso semplicemente le forme, e dimostra di non avere alcun senso giuridico. Certe eresie basta enunciarle. Un qualche elemento di vero, implicato nella mirabolante teoria, e che forse, se pure, ha fuorviato la mente di persona dimostratasi poco familiare con le dispute giuridiche, è quello che risulterà da quanto andiamo a dire; ma la teorica è e resta mostruosa. Essa non è soltanto falsa nella realtà storica, come hanno rilevato i due eminenti critici filologi, ma è per di più logicamente inammissibile per qualsiasi diritto. Nè si tratta solo, come hanno scritto gli stessi critici, di una fantasia o di una generosa utopia, ma di una vera e propria enormità dottrinale. Si intende però che i filologi non potevano vedere questo lato più profondo e del tutto tecnico; essi si dovevano limitare a sentire che non andava, in base alla loro perfetta conoscenza della materia in disputa, e questo hanno opportunamente fatto, dando una dimo-

si dà alla legge maomettana la qualifica normale di inferiore; e trascuriamo anche a buon conto (come lo stesso BORSI riconosce, e non ci pare che sia circostanza di poco valore) che la schiavitù è parte sostanziale del diritto musulmano, e quindi tutta l'intonazione di questa ordinanza è cosa falsa; ma, se anche forma e sostanza fossero regolari, noi troviamo che questo sistema di puerile e sciocca piaggeria del sentimento religioso altrui costituisce un atto che è insieme buffonesco, immorale, corruttore ed impolitico. È strana questa pretesa di voler fare i musulmani più dei veri musulmani, pur restando fuori dell'islamismo; ed è stolto di credere che gli indigeni non si rendano conto del ridicolo di quest'atteggiamento, e non ne traggano anzi ragionevole motivo di rafforzarsi nei loro convincimenti contro di noi! E pure si tratta di un sistema assai in uso.

strazione storica che per un giurista poteva anche essere risparmiata.

Ma accanto alla parte negativa della loro dimostrazione ve n'è un'altra, che non può essere accettata, e che cela un equivoco storico-dottinico: esso anzi ha forse fornito l'occasione a che, in base ad un esame molto superficiale delle cose per conto dei citati giuristi, questi si siano indotti, per reazione, a seguire l'opposta tesi. Alludo al concetto rigoroso della immutabilità del sistema giuridico musulmano, sostenuto appunto dagli arabisti. Questo concetto si collega con l'altra loro tesi, che abbiamo sopra discussa, la quale sostiene che il diritto musulmano sia in gran parte una pura astratta teoria, e presenti importanza pratica solo in una sfera gradatamente sempre più ristretta agli istituti in più intima attinenza con l'ordinamento religioso. Orbene, le osservazioni fatte sopra, a proposito di quest'ultima pretesa, servono anche a chiarire l'equivoco contenuto nell'altra qui enunciata.

Come spiegammo, il dr. musulmano, ben lungi dal costituire un campo chiuso, era in origine un campo quasi vuoto, ed, in conseguenza delle conquiste e del correlativo spirito di assorbimento manifestatosi nell'anima araba, divenne, per tutta l'epoca classica della fioritura dottrinale, un campo aperto alla recezione dei diritti circostanti, la cui materia fu più o meno bene elaborata dai tecnici indigeni: di qui sorse quello che gli arabisti chiamano il diritto canonico. Esso è pertanto, quasi del tutto, opera di assimilazione specialmente dal mondo cristiano bizantino (anche da quello siro, e da quello ebraico), salvo si intende gli elementi religiosi e le dirette od indirette emanazioni da essi, che costituiscono la caratteristica del nuovo dato storico. Per la fusione intima intanto della materia giuridica e di quella teologica, in una superiore unità dall'impronta strettamente religiosa, si genera la doppia apparenza, che il contenuto del diritto possa essere originale, e che esso sia strettamente legato alla immobilità naturale ed indiscutibile dell'elemento religioso. Questa seconda illusione è per di più rafforzata dalla ulteriore circostanza, che il fuoco fatuo della pseudoscienza giuridica (la quale non fu che lavoro di mediocrissima elaborazione) si estinse subito col rapido decadere dei bei tempi dell'islamismo.

Ed allora si produsse un fenomeno logico, sebbene in apparenza strano. Da un lato, la materia giuridica, trovandosi incapsulata nella teologia, parve partecipare della rigidità caratteristica di questo elemento religioso che la teneva prigioniera. D'altro canto, poichè la giurisprudenza non era stata mai altro che un progressivo adattamento all'ambiente sociale extramusulmano ed un assorbimento dal di fuori, e questo suo carattere le derivava dallo spirito stesso della civiltà islamitica che rimase sempre lo stesso; di qui doveva derivare, come derivò, che, estintasi pure quella che potremo chiamare opera dottrinale e di elaborazione, non per questo cessò la funzione automatica di recezione e di adattamento, che aveva per l'addietro costituito la base della dottrina. Così si vennero costituendo a poco a poco le varie consuetudini, e si venne progressivamente allontanando la massa del diritto reale e vivo (quello che i filologi chiamano pratico) dalla elaborazione dottrinale irrigiditasi ad un certo momento della storia (ciò che i filologi chiamano diritto canonico). Di qui ancora la apparente separazione di due categorie nella massa del diritto canonico; quella che, per non essere ricettizia ma originale e legata alla religione, restò sempre ferma come conseguenza della fissità di questa; e quell'altra fluttuante, cui si riferiscono le consuetudini di cui abbiamo ora parlato. Questa intima natura mobile ed assorbente del diritto musulmano spiega appunto il fatto, che lo S. H. riferisce (1), e che altrimenti resterebbe un enigma, con queste parole: « *Même au temps où l'Islam était encore son propre maître et seigneur, les 'oulamâ se plaignaient sans cesse que le droit fût appliqué, non d'après les principes du fikh, mais plutôt selon l'arbitraire des gouvernants ou les coutumes des sujets* ».

Se la dottrina non fosse morta in giovane età, o, se così meglio piace, l'Islâm non avesse trascinato la sua esistenza in una lunga vecchiezza, dopo estintesi tutte le fonti della sua vitalità e della sua storica funzione; questo dualismo non andrebbe sempre aggravandosi. Ma non bisogna misconoscere la natura del fenomeno, e farsi una concezione mostruosa di esso, fantasticando di un diritto teorico contro un diritto pratico (il diritto teorico è un assurdo logico), e di un diritto immutabile (che è

(1) Cfr. citato art. nella « *Revue de l'histoire des religions* », a p. 192.

un'altro assurdo derivante dallo scambio con l'elemento religioso). Ciò che si è fermato è la dottrina, ecco tutto: ma solo i profani possono scambiare il diritto con la sua elaborazione, illusione analoga a quella per cui essi stessi lo scambiano altrove con la legislazione. Del resto, questa stessa dottrina vetusta non è del tutto morta o perduta: essa rappresenta lo spirito, la *mens*, come dicevano i Romani, delle progressive recezioni di elementi nuovi, che sono sempre in qualche modo trasformati ed adattati all'ambiente islamitico. Questa permeabilità è pertanto il solo elemento di vero che si trova nella tesi di S. P., ma essa ubbidisce a necessità storiche obiettive, che ne fissano i confini, e non può concepirsi illimitata ed alla mercè di tutti i capricci.

False adunque ambedue le tesi; quella della libera ed arbitraria introduzione di qualsiasi elemento esterno, mercè il ridicolo travestimento all'antica; e quella della inerte rigidità di un cadavere pietrificato. Queste tesi sono false storicamente, come lo sono concettualmente. Delle due però, la seconda pare conciliarsi con i dati storici, inquanto apprezzati dal profano alla scienza del diritto. Gli elementi nuovi entrano incessantemente nel sistema, ma non arbitrariamente e per opera di volontà esterna, sibbene in conseguenza di un processo interno e per pressione storica e quindi fatale. Perciò la scienza del diritto è qualche cosa di ben diverso, così dell'empirismo politico, come della erudizione letteraria.

E qui troviamo opportuni due ulteriori rilievi.

L'uno consiste nel richiamare l'attenzione sul fatto, che questo fenomeno presentato dal dir. musulmano non è punto una sua specialità, ma è comune a tutti i diritti che hanno dovuto compiere una funzione storica universalistica. Lo abbiamo perciò anche nel dir. romano, la cui storia è la più movimentata immaginabile, e presenta un continuo processo di assorbimento e di elaborazione. Soltanto che ivi la elaborazione dottrinale fu assai più alta, incommensurabilmente più alta, e più duratura. Quando del resto anche qui scomparve, si produsse subito il fenomeno della apparente separazione tra la teoria e la pratica, per tutto il periodo dei bassi tempi e per gran parte di quello del diritto comune: anzi abbiamo anche il corrispettivo perfetto, per la stessa epoca classica, a quello riferito nel passo ora citato di S. H. per l'epoca del classico diritto musulmano. Nel dir. romano



anzi il fenomeno è più esteso, perchè manca un elemento fisso religioso.

L'altro rilievo concerne il rapporto che le osservazioni precedenti hanno con le dispute interminabili, e spesso vuote o profondamente errate, che si fanno dai moderni sul cosiddetto diritto coloniale.

Il problema esorbita dal diritto musulmano, ma con esso è legato, perchè appunto il dir. musulmano è quello più diffuso nelle colonie. Il luogo non mi permette di trattare questo complesso argomento, ma non voglio omettere di esprimere il mio modo di vedere, strettamente connesso alle discussioni che precedono (1).

Che cosa rappresenta questo fantastico nome di diritto coloniale? Semplicemente la moderna inettitudine politica ad apprezzare nell'intimo il fenomeno giuridico, e, per converso, la spaventosa tendenza a moltiplicare gli enti e le categorie per sopperire alla sudetta deficienza. Il quesito è sorto in conseguenza della colonizzazione, e concerne il regime giuridico di territori, ove si vengono a trovare a contatto diritti diversi, e cioè quelli dei popoli colonizzatori e quelli dei popoli indigeni, tra i quali ultimi ha larga preponderanza appunto il diritto musulmano. Ma il fenomeno ed il relativo problema sono molto più vecchi di quanto si pensi, e costituiscono parte integrante della gloriosa storia del diritto romano. L'opera appunto di espansione e di costituzione dell'impero romano poggia in gran parte su un problema di questo genere, poichè Roma, nelle sue conquiste successive, si scontrò con sistemi giuridici molto sviluppati (ogni giorno più ne acquistiamo le prove), e taluni aventi una storia più antica e più importante di quella del proprio diritto. Ebbene, che cosa fecero i Romani? Pensarono forse a qualche cosa di analogo alla

(1) Un quadro diligente e perspicuo delle quistioni relative si trova in BORSI, *Studi di diritto coloniale* (in "Studi Senesi", vol. VII serie II fasc. 4-5 e Vol. IX id. fasc. 1-3). L'A. esprime molti concetti esatti, nei quali posso concordare, sebbene non in tutti, come p. e., tra questi ultimi, la teoria dell'islamizzazione in cui anch'egli cade. Quanto alla consistenza del dir. coloniale, mi pare che egli in fondo sia del parere che io esprimo nel testo (parte III n. 11), per quanto con minore risolutezza. Lo stesso punto di vista sembrami anche quello del Prof. V. SCIALOJA nella sua relazione sul cod. civ. per l'Eritrea (in "Riv. di dir. civile", vol. I, 1909).

moderna fantasia del diritto coloniale? Essi fecero invece una molto semplice constatazione, e cioè che, in fatto di diritti, non vi era solo quello romano. Notarono che di pluralità di diritti poteva parlarsi, o in un senso politico, riferendosi cioè alle varie organizzazioni statuali (*civitates*), o in un senso sociale, riferendosi ai vari popoli (*gentes*). Che i diritti dei vari popoli avevano elementi comuni. Che, in conseguenza, il fatto della riassunzione di più popoli in una superiore unità politica importava la reciproca influenza di questi vari diritti tra loro, e la ideale riassunzione di essi in una superiore unità (*ius gentium*), da costituire il regolamento giuridico dello stato pluri-etnico. È un vero peccato che noi non conosciamo affatto il modo pratico del funzionamento di questa alta concezione politica e giuridica; ma è certo che così fu. Il *ius gentium* romano dovette appunto rappresentare in origine questo armonico coordinamento dei vari diritti dei popoli mediterranei nell'impero romano: e solo in seguito si avviò verso la costruzione, derivativa e consequenziale, del sistema degli elementi comuni ad essi. Fu dunque una *costatazione obbiettiva* di un fatto di giustaposizione e di reciproca influenza; non già la *creazione artificiale* di qualche cosa di nuovo da sovrapporre al fatto storico complesso. Insomma i romani, che ebbero davvero il senso giuridico, intesero che il diritto, come sistema, costituiva un dato storico che si trovava esistente, non poteva essere il prodotto di un'azione politica che lo facesse emergere dalla libera volontà; e regolarono la propria azione in conformità di questi concetti. Non si vuol escludere con questo ogni valore all'attività libera dello Stato, mercè la legislazione; ma questa, se non vuol fare opera vana, deve limitarsi al compito molto modesto di assecondare lo sviluppo delle correnti storiche, e non aspirare a quello pretenzioso e stolto di sostituirsi ad esse.

Noi invece, perduto il senso della realtà, ed identificato il diritto con la legislazione anzi con l'astratta potestà di legiferare, siamo caduti in parecchie grottesche aberrazioni. Una sarebbe appunto quella del diritto coloniale, ossia la pretesa di provvedere in via arbitraria ed artificiale all'ordinamento giuridico dei popoli più diversi. Un'altra è quella di cui abbiamo poco parlato, e cioè l'ineffabile islamizzazione, ossia il travasamento a piacere e con processo economico del contenuto di un diritto in quello di un altro mercè delle finzioni infantili. Un'al-

tra ancora, di cui dovremo appresso intrattenerci brevemente, e cioè il tentativo pretenzioso della codificazione del diritto musulmano ed in genere dei diritti indigeni, *ad instar* si intende dei nostri poco invidiabili codici, ossia un'altra forma di adulterazione e di violentazione dei diritti che si pretendono codificare. Ma la realtà si vendica di tutte queste violenze contro natura; e si svolge impeturbabile al di fuori di esse (1). Quello che invece occorre è di sforzarsi a tornare verso la larga ed alta concezione romana: e per questo non leggi ed ordinamenti abbisognano, ma una coscienza più matura ed uomini più capaci nell'esercizio dell'elevato compito di *ius dicere*.

50). — B). — E passiamo così al secondo degli argomenti proposti in questa esposizione conclusiva del nostro lavoro; quello che abbiamo detto relativo alla *trattazione della materia*. Potremo essere qui notevolmente più succinti che nell'argomento precedente, richiamandoci a parecchie delle osservazioni fatte nel corso del presente scritto. Toccheremo di tre punti distinti; e cioè *contenuto, ordine, esposizione*.

a). — Il primo riguarda la questione già accennata, intorno alla separazione tra una parte veramente viva e pratica del sistema (il diritto cultuale e quello familiare-successorio), e una parte cosiddetta teorica (il diritto pubblico in senso stretto, e soprattutto il diritto patrimoniale per intero); con la pretesa di dover escludere dall'esposizione la seconda parte, e cioè specialmente tutto il diritto patrimoniale, ossia la sostanza vera del diritto civile. Come abbiamo visto, il libro del IUYNBOLL si ispira appunto a questi concetti, ed è costruito sopra questa base, riuscendo così ad essere tutt'altra cosa dal suo titolo. Ci siamo già intrattenuti di ciò in principio, ai capitoli III e V, nè intendiamo di ripeterci. Soltanto desideriamo riparlarne ora in fine, dopo compiuta la critica di dettaglio di tutto il libro e trattato di vari problemi generali, potendo così meglio apprezzare la portata del fatto, ed aggiungere alcune osservazioni complementari a quelle dette precedentemente.

L'idea, già lo dicemmo, di questo genere di esposizione è dell'insigne maestro del IUYNBOLL, cioè dello SNOUCK HURGRO-

(1) Cfr. quel che dice lo S. H. nella seconda delle citate conferenze, a proposito dei codici in Egitto e in Turchia.

NJE; ed, ora che abbiamo esaminato parecchie delle concezioni fondamentali dell'insigne arabista, appare evidente come essa sia altrettanto errata quanto logica, e ben coordinata alla visione complessiva che lo S. H. si fa del sistema del dir. musulmano e della sua funzione storica.

Il programma di trattazione fu, credo, tracciato dallo S. H. proprio nella sua più volte ricordata critica al libro del SACHAU nel 1899; poi egli vi è tornato sopra altrove, ed anche nelle pur citate conferenze tenute all'Accademia degli amministratori per le Indie Neerlandesi nel 1911.

Il concetto da cui lo S. H. partiva nella critica del 1899 era il seguente. Il SACHAU (p. XXVI sg. della prefazione al trattato) aveva modificato il contenuto del libro-base di ABŪ SCIUDJĀ', dichiarando di restringere la propria esposizione alla *parte puramente giuridica* (auf die rein juristischen Kapitel); e così soppresse tutta la materia del diritto cultuale e le altre disposizioni concernenti usi e tradizioni connesse alla religione, sviluppando invece il diritto civile, cioè in prima linea quello patrimoniale e poi il familiare, e dando infine alcune nozioni di diritto procedurale e penale. Ora lo S. H. rimproverava questa cernita, sostenendo perfettamente l'opposto. Egli osserva che, o si vuol dare un'idea generale dello spirito della dottrina musulmana, ed allora bisogna trattare di tutto; o si vuol limitarsi alle parti oggi vitali ed a quelle veramente caratteristiche per la fisionomia del diritto musulmano, ed allora bisogna lasciare fuori il diritto patrimoniale e fermarsi alla materia cultuale e di attinenza alla religione: come si vede, il contrario di ciò che fece il SACHAU, ed il preciso metodo adottato dal IUYNBOLL. Come il lettore ora può giudicare, questo modo di vedere si collega alla teoria della divisione tra diritto astratto e diritto pratico ed all'altra della immobilità, da noi largamente discusse sopra, e forma un sistema armonico. Ma, proprio dall'insieme delle considerazioni da noi svolte negli opportuni luoghi, risulta invece che il giurista non può non stare agli antipodi del filologo, guardando le cose da un punto di vista del tutto diverso. E, poichè non può mettersi in dubbio che il diritto va trattato coi criteri della scienza giuridica, la conseguenza è chiara. Il filologo non arriverà mai a convincersi che è un'eresia pretendere di illustrare un sistema giuridico vuotandolo proprio della parte sostanziale,



che è l'ordinamento patrimoniale; che gli elementi pubblicistici vengono in secondo ordine; che quelli religiosi rappresentano una scoria ed una superstruttura di natura storica, che è compito della dottrina di sceverare; che la fluttuazione dei dommi ed il movimento incessante di continua recezione e corrispondente desuetudine sono fenomeni dinamici della vita di un sistema, manifestazioni e non sostanza dell'organismo complessivo, il cui carattere può solo cogliersi mercè uno studio storico integrale. Aggiungasi infine come la specialissima natura della sistemazione del diritto musulmano, prodottasi quale riflesso dell'ambiente storico in mezzo a cui si svolse, dà a questa sistemazione un valore scientifico e dottrinale di prim'ordine, anche al fine di una esatta valutazione dei mutamenti sopravvenuti. Il che di nuovo costituisce un apprezzamento tecnico.

b). — Questo per il contenuto della materia da trattare. Ed ora qualche parola sull'ordine di essa nella esposizione.

In questo punto noi siamo d'accordo con lo S. H. circa la opportunità di mutare il sistema arabo di trattazione, ma siamo ancora discordi sulla valutazione di quello, e sui criteri e sulla competenza per la mutazione di esso.

Quale sia l'ordine delle trattazioni arabe noi lo abbiamo riferito con le parole dell'A. (p. 37 e 38 della traduzione) al § 8 del presente scritto, criticando la forma con cui era presentata la parte relativa al diritto patrimoniale. Ora qui non interessa questa critica, ma l'ordine della trattazione. Essa si riassume sostanzialmente così, e cioè: le cinque *'ibādāt* o pratiche di culto, vale a dire, l'abluzione (*tāharah*), la preghiera (*salāt*), la elemosina (*zakāt*), il pellegrinaggio (*ḥaddj*) ed il digiuno (*ṣaum*) nel mese di *ramadān*; e poi il diritto patrimoniale o dottrina dei negozi giuridici (*mu'āmalāt*); e quindi il diritto successorio; il matrimoniale; il penale ed alcuni usi speciali; le regole processuali; ed infine l'affrancazione degli schiavi.

L'ordine certamente non è un capolavoro di logica, ed ancora meno lo sono le spiegazioni, che di esso si leggono nell'introduzione delle glosse di AL BĀDJŪRĪ al citato trattato di ABŪ SCIUDJĀ' nel capitolo del matrimonio, e che lo S. H. riferisce con giustificata meraviglia. Ne diamo l'accento a titolo di curiosità. Precedono dunque le cinque *'ibādāt*, perchè trattano materia che specialmente si riferisce a Dio; seguono i

diritti patrimoniali, perchè i negozi giuridici costituiscono un bisogno essenziale della società umana; quindi il diritto successorio sta come nel mezzo, appunto perchè il Profeta (lo accennammo) avrebbe detto che esso rappresenta la metà di tutta la scienza del diritto; si passa al dir. matrimoniale, perchè dopo quello del cibo l'istinto sessuale è il più imperioso; subito dopo il diritto penale, perchè i delitti si collegano appunto in gran parte all'istinto sessuale; quindi la procedura, perchè i delitti vanno deferiti ai giudici; ed infine (*pour la bonne bouche*) la dottrina della liberazione degli schiavi, perchè l'uomo spera da Dio la liberazione dell'anima alla fine della vita!

Ora un giurista, che conosca la storia del diritto, non si meraviglierà tanto quanto il filologo di queste ingenuità, appunto perchè esse non sono che ingenuità! Il pio ed ignorante orientale, da buon orientale, crede che quella sequela debba avere la sua brava ragione in tutti i suoi particolari, e mette insieme concetti teologici, naturalistici e sociali per spiegare una cosa che non meritava alcuna spiegazione! Ricordino i giuristi la Cost. Δέδωκεν, dove appunto si prospetta la curiosa ripartizione del digesto proprio anche lì in 7 parti (il numero corrisponde dunque all'ingrosso al sistema musulmano, ed è noto il tentativo di spiegare questo numero con criteri cabalistici; vi sono anche delle analogie nella sequela, mentre le diversità non sarebbero inspiegabili, ove si tenga il debito conto della ben diversa qualità e quantità del contenuto; e non manca neanche la parte che è caratterizzata dal peregrino concetto di costituire il mezzo dell'opera, μέσον ἔστι τοῦ παντός, che in latino è reso col famoso *umbilicus*). Non si arriva a trovare una schietta originalità nel diritto musulmano neanche nelle sciocchezze! L'ordine adunque è uno qualunque, più o meno tradizionale, di cui non è possibile dare che motivi storici, che sono poi i soli che valgono; e questo spiega anche la tenacità del mantenimento di esso, del che pure lo S. H. mostra di meravigliarsi. La scienza del diritto è la più conservatrice, ed è bene che sia così. Del resto quest'ordine non è poi peggiore di un altro (nel dir. comune europeo abbiamo di molto peggio); ma soprattutto, quel che più importa, è il limitato valore sostanziale che hanno queste questioni veramente bizantine di ordine. Esse infatti sono venute fuori proprio nel mondo bizantino, ed i romani (fa sempre bene richiamarsi ai

maestri) non ne hanno mai parlato. Crede forse il Prof. S. H. che i giureconsulti romani conoscessero un ordinamento logico delle materie, inteso come sequela di argomenti? In qualcuno di essi, p. e. nell'orientale Gaio, si incontra talora qualche piccola ingenuità del genere, non certo però in queste proporzioni. Ma, se i giureconsulti romani non si preoccupavano dell'ordine estrinseco della esposizione (questo deriva in gran parte dalla storia, e un poco dal caso), serbavano bene un mirabile ordine intrinseco nella trattazione dei singoli istituti e dei singoli punti, che è il vero ordine che interessa; ed è proprio la scomparsa assoluta di quest'ordine interno nei giuristi orientali (bizantini, siri, musulmani) che costituisce la vera enorme loro inferiorità di fronte agli insuperabili modelli romani.

Il problema dell'ordine esterno acquista un'importanza del tutto didattica e metodologica, quando si ha di fronte materia puramente storica e si intende di compiere opera di semplice investigazione scientifica; così esso è sorto, ed è stato più o meno bene risolto nel secolo passato dalla scuola storica tedesca, a proposito del diritto romano; e quest'ordine, detto dai tedeschi appunto sistematico, è passato poi all'ingrosso anche nella trattazione dei diritti europei a base romanistica.

Ora, io non dico che non sia opportuno di mettere un pochino di ordine anche nella esposizione del diritto musulmano (materia storica anch'essa), specialmente perseguendo intenti didattici e scientifici; ma nego in modo assoluto che ciò sia facile impresa, e ad ogni modo che possa essere compiuta dai profani, come invece mostra di credere lo S. H. (1).

Mettere in soquadro la esposizione tradizionale di un sistema giuridico di lunga storia, soprattutto quando essa sia molto disordinata, e corrano tra gli istituti ed il loro sviluppo storico molteplici riferimenti, sia pure spesso soltanto estrinseci (com'è proprio il caso del diritto musulmano), richiede straordinaria cautela ed una profonda perizia tecnica: altrimenti si compie una devastazione. In particolare, sarebbe proprio il peggior dei consigli quello di voler piegare il diritto musulmano alla siste-

(1) Il quale scrive, nella citata critica al S., che anche un filologo «kann die Lehrsätze der arab. Gesetzlehrer pädagogisch besser ordnen, und sie dem europäischen Verständniss näher bringen, als dies in den arab. origin. geschieht».

mazione nostra europea o romanistica, a cui è chiaro che pensa l'illustre arabista. Io dico che un qualche ordine si può dare alla materia, ed è bene anzi di darlo; ma esso deve essere tratto dallo spirito stesso del sistema islamitico, e, creda pure lo S. H., quest'ordine riesce abbastanza difforme dal nostro e non troppo lontano dalla tradizione araba, che in molti punti ha le sue buone ragioni di essere.

c). — Resta a dire una parola, come conseguenza di tutte le osservazioni che precedono, sul modo di provvedere oggi ad un libro di esposizione del diritto musulmano, e sulla opportunità di farlo.

Intorno a questo argomento il lettore ha ormai tutti gli elementi per dedurre la mia opinione, che si può riassumere nei seguenti termini.

Un vero libro di diritto musulmano in lingua europea, che corrisponda insieme alle esigenze della moderna scienza giuridica ed allo stato delle conoscenze della materia, non esiste: e ciò per una serie di motivi che è inutile andar ricercando. Abbiamo, credo, mostrato come ed in che senso sia difettoso quello del LUYNBOLL, e pure esso è tra i migliori e forse il migliore. Bisogna decisamente cambiar rotta, mettendosi bene in mente che il metodo e la tecnica di una esposizione scientifica di diritto sono sempre sostanzialmente eguali, qualunque sia il diritto particolare che si prenda in esame, il romano o il giapponese, il francese o il musulmano, e così via.

Che dunque qualcosa debba imprendersi a fare non vi può esser dubbio, a meno che i giuristi credano di potere e dovere esercitare un assurdo *beneficium abstinendi* a pro dei filologi. Ma la constatazione stessa dello stato di fatto, che cioè siamo ancora al punto di dover invocare la presa di possesso da parte dei giuristi, importa che non sarebbe possibile oggi (né lo sarà per parecchio tempo ancora) presentare una trattazione, non dico perfetta ma soltanto integrale del sistema. Occorre prima che precedano numerosi e svariati studi speciali, sui singoli istituti e sui diversi problemi, storici, metodologici, esegetici e via dicendo. Ma questo non esclude che si debbano insieme preparare libri di carattere generale, specialmente per i giovani giuristi che si vogliono indirizzare su questa strada (e certo è ai giovani che dobbiamo mirare), ed anche per coloro che, pur non



intendendo di specializzarsi negli studi di diritto orientale, desiderino acquistare una notizia adeguata dello stato della scienza in proposito. Questi libri debbono servire anche a dirigere le indagini particolari, la cui sintesi a sua volta costituirà poi la base dei veri e propri futuri trattati.

Il tipo di questi libri cui alludo deve essere ispirato ai concetti di esporre, da un lato, la situazione del materiale come oggi ci si presenta e le sue appariscenti caratteristiche in correlazione alle nostre categorie giuridiche, e di indicare, dall'altro, gli indirizzi da prefiggersi nella elaborazione scientifica e tecnica di questo materiale. Il contenuto deve abbracciare tutta la materia, ma con preminenza di quella più strettamente giuridica, da mettersi allo scoperto e separarsi il più che si può dalla scoria teologica che l'avviluppa. L'ordine della esposizione può e deve alquanto allontanarsi da quello troppo antiscientifico dei testi arabi, ma deve conservare lo spirito e le caratteristiche del sistema musulmano, alle quali occorre dare il maggiore risalto, evitando con ogni cura la stolta imitazione del sistema romanistico per partito preso, anche laddove esso appaia meno adatto od addirittura fuori posto. La terminologia specialmente va curata, guardandosi dal trapiantare a occhi chiusi quella del diritto romano: ed in questo campo molto è da fare e... da disfare. Infine, è opportuno tentare di estrarre, fin dove e come si può, a modo di conclusione dalle materie esposte, quei principi di carattere generale, quelle idee direttive, quelle concezioni centrali, che non mancano neanche nel diritto musulmano, come in nessun sistema storico di concetti e di disposizioni. Queste idee madri debbono però apparire per quel che sono, cioè una deduzione soggettiva dall'esame obiettivo della materia dommatica, e perciò sono da relegare in fondo alla trattazione: sarà poi da vedere se in definitivo, quando si sia in grado di passare ai veri trattati, possano costituire il contenuto di una introduzione, sul tipo di quella che noi chiamiamo « parte generale » nei libri di diritto romano e moderno. Un lavoro di questo genere io sto preparando, e spero quanto prima di poterlo dare alla luce. Il presente scritto ne costituisce, nel mio pensiero, come la presentazione al mondo dei giuristi, e spero che varrà a scusarne in precedenza gli immancabili difetti, compensandoli con la buona volontà di compiere una iniziativa, che

col tempo ed in mano a migliori capacità non potrà non essere feconda di frutti straordinariamente utili per la scienza del diritto (1).

51. — C). — Ed ora passiamo al terzo degli argomenti assunti come temi delle quistioni generali, e cioè al problema

(1) Come il lettore vede, io sono in quest'ordine di idee un poco discosto dal mio amico Prof. BAVIERA, che ha tradotto il libro in esame. Però, molto meno di quello che può parere a prima vista. Riproduco il passo della sua prefazione, dove egli accenna all'argomento:

« L'idea suggestiva di scrivere senz'altro un libro originale non si fermò neppure un istante alla mia meditazione. Comporre un manuale all'inizio dello studio di una scienza non può concepirsi se non dagli incompetenti. Per consiglio dei due più illustri ed autorevoli cultori europei del diritto e delle istituzioni islamiche — i Professori C. SNOUCK-HURGRONJE di Leida e J. GOLDZIEHER di Budapest — mi fermai al manuale dell'olandese JUYNBOLL, di cui è uscita la seconda edizione in tedesco. Si tratta di un libro elementare, dal carattere prettamente *istituzionistico*. Lo studioso vi troverà un quadro succinto, ma netto, delle grandi linee del diritto islamico, con opportuni accenni storici degli istituti fondamentali, e un'ampia introduzione generale sulle fonti. La sistematica è quella che deve farsi in un manuale: la prima parte tratta delle prescrizioni del culto e gli obblighi rituali (preghiera, beneficenza, digiuno, pellegrinaggio e purità rituale): la seconda si occupa delle prescrizioni di natura giuridica e politica (diritto delle persone e di famiglia, matrimonio, diritto ereditario, diritto commerciale e patri-moniales, giuramento e voto). Chiude il volume un capitolo dedicato all'amministrazione della giustizia e alle pene, e un altro sulle norme di carattere politico e religioso (l'imamato e la guerra santa) ».

Il passo riguarda due cose; e cioè il giudizio del manuale del JUYNBOLL, e la opportunità di compilare un libro di insieme. Su ambedue i punti l'apparenza è di completa discordia con me; ma nel fondo non è così.

Quanto al primo punto, credo di avere dimostrato col mio lavoro che il trattato in esame non contiene affatto un'esposizione del diritto islamico, quale un giurista deve pensarla, sia per la sostanza che per la forma: e lo stesso Prof. BAVIERA sono sicuro che lo riconoscerà, come il chiarissimo Autore. Esso resta però sempre un ottimo libro di istituzioni musulmane, da poter servire benissimo come *introduzione allo studio del diritto*, specialmente quando si prescinda dalle troppo affrettate nozioni privatistiche (che del resto costituiscono una parte insignificante del volume); ed è quello che gli arabisti insigni avevano certo di mira nel consigliarlo, e a cui voleva riferirsi il traduttore. Sicchè, con questa intesa, andiamo tutti di accordo.

Ed egualmente possiamo convenire sull'altro punto, ove si tenga ben presente a che cosa ci si riferisce. Come ho spiegato nel testo, un trattato di diritto musulmano vero e proprio non lo può fare ancora nessuno,

della *codificazione*, che costituisce un'impresa insieme molto grave e poco seria, se mi è lecito esprimermi con piena libertà di linguaggio. L'impresa è grave, per il carattere ponderoso che essa presenta, e per la nefasta influenza politico-sociale che può avere sull'elemento indigeno. È poi poco seria per parecchi motivi, e cioè: perchè deve considerarsi *inattuabile*, in contrasto come dovrebbe esser fatta allo spirito dell'ambiente cui la si indirizza, e da persone che questo spirito non hanno, anzi mirano a distruggerlo o mutarlo; intrinsecamente *contradittoria*, in quanto costituisce un tentativo non già di assestamento, ma bensì di adulterazione del sistema e di introduzione in esso di elementi estranei; ed infine *inefficace*, nel senso che, non potendo mai contarsi sull'accettazione delle popolazioni cui sarebbe indirizzata, è destinata pur troppo a restare in gran parte lettera morta. E si noti che tutte queste considerazioni non sono sfuggite ai musulmani stessi, come diremo or ora parlando dei lavori preparatori alla codificazione algerina (1).

Del resto, *a priori* e prescindendo un momento dall'esame del merito della questione, il lettore che mi ha seguito e che voglia giudicare con animo scevro da preoccupazioni, in base a tutto ciò che abbiamo esposto sopra intorno alla storia del diritto musulmano, alle sue condizioni odierne, ed allo stato in cui si trova oggi la scienza europea di fronte ad esso, deve restare un poco sorpreso del come abbia potuto soltanto sorgere una simile idea.

Ed infatti essa è sorta per tutt'altri motivi che quelli scienziastici perchè quel diritto deve essere prima studiato dai giuristi: ma oggi si tratta di provvedere ad un altro genere di lavori di natura propedeutica, ma pur essi generali, che è bene opportuno di venire apparecchiando. E, soprattutto, noi giuristi dobbiamo convincerci che è nostro dovere di cominciare ad adempiere al nostro compito da noi, e per i fini ed il progresso della nostra scienza.

(1) Cfr. l'interessante pubblicazione ufficiale del Governo dell'Algeria dal titolo: *Projet de codification du droit musulman*, in 6 fascicoli (Alger, Fontana, 1906-1911), ove si trovano raccolti i verbali di discussione della Commissione, i vari progetti, le relazioni, e soprattutto i vari pareri ottenuti dai funzionari francesi e, quelli che più interessano, dai personaggi indigeni.

È a tale raccolta che noi facciamo sempre capo, nelle notizie relative alla storia di questa codificazione, che abbiamo scelta come tipo per la nostra dimostrazione.

tifici o politici, ma sostanzialmente per uno scopo molto estrinseco ed insieme caratteristico, quello cioè di dar modo ai giudici europei, mandati a render giustizia tra i musulmani, e che non sanno come raccapezzarsi in quel mondo culturale tanto diverso (e non hanno nessuna voglia di studiarlo sul serio), di cavarsela col consueto codicetto all'europea, avente i suoi bravi articoli condensatori di tutta la sapienza giuridica. Questo a buon diritto ha già rilevato il Prof. SNOUCK HURGRONJE nella seconda delle citate conferenze, dove appunto combatte strenuamente la codificazione: ed io sono ben lieto di trovarmi sopra questo terreno perfettamente di accordo con lui, il quale, per la sua grande conoscenza dell'Islam e la fine penetrazione storica, ha visto meglio di molti giuristi e uomini di governo.

Del resto, questa strana situazione psicologica, in cui si trovano i giudici europei in paesi musulmani, è dichiarata senza veli in documenti pubblici, come p. e. nel discorso tenuto dal LUCIANI, consigliere del governo di Algeri e persona di grande autorità, nella seduta 27 maggio 1905 della Commissione per la codificazione. Ma, quello che è più strano, in questo stesso discorso si fa capire che gli arabi colti hanno intuito la cosa, e con aria tra ingenua e sarcastica hanno discretamente insinuato, se non sarebbe più opportuno di provvedere alla bisogna obbligando p. e. i magistrati a studiare e conoscere meglio il diritto musulmano e la relativa letteratura (1), il che in fondo è proprio l'uovo di Colombo. E, giacchè siamo a parlare di questo discorso, da esso appare perspicuo come gli uomini dirigenti nelle colonie europee siano, su questo argomento, completamente fuori strada; laddove l'oratore cade proprio nel grave errore, che noi altrove mettevamo in rilievo, quasi idealmente identificando il diritto con le sue eventuali manifestazioni legislative (2), e trova molto strano che

(1) Cfr. la citata raccolta, fasc. I, p. 174 sgg. Il passo qui richiamato si trova a p. 178, ed è il seguente, dove si riferisce una obiezione degli arabi:

« N'est il pas préférable, au lieu d'une codification qui risque de porter atteinte aux principes, d'obliger les professeurs et les magistrats indigènes ou français à mieux étudier et connaître l'ensemble du droit musulman, tel qu'il est donné dans ces recueils? ».

(2) A pag. 175:



il giudice debba all'occorrenza far ricorso al giurista (1). Come siamo lontani dai tempi classici del diritto romano; dove la società va avanti coi responsi dei giureconsulti (che non hanno codici a loro disposizione, bensì una maestosa letteratura ed una complessità formidabile di elementi storici, senza nessun paragone con la sciatta ed in fondo semplicistica dottrina araba), e non si concepisce l'assurdo di un esercito di professionisti della sapienza che, per cavarsi di impaccio, hanno bisogno di attaccarsi agli articoli di un codice! In compenso, navighiamo in perfetto basso Impéro.

La codificazione, che ha contro di sé per tutti i diritti tutte quelle buone ragioni che pure non valsero al SAVIGNY di impedirla in Europa, è addirittura un non-senso per i diritti a base religiosa come il musulmano; e questo non-senso raggiunge il più alto grado quando, come pretendono gli Europei, sono essi non credenti che vogliono compierla per imporla ai credenti, intendendo di fare una separazione a loro arbitrio tra elemento giuridico e religioso, laddove il concetto della inseparabilità è alla base così della religione che del diritto. Molto opportunamente perciò lo S. H. nel luogo citato consiglia di rivolgersi ai sapienti musulmani, specie quelli non legati da vincoli di ufficio, per sentire tutta la contrarietà che in essi ispirano simili iniziative, come del resto risulta dagli stessi atti della citata raccolta Algerina. Questi arabi sono unanimi nel dire una cosa molto semplice, che poi costituisce anche il responso più

« Nous voyons d'abord qu'il n'existe pas de texte auquel on puisse appliquer exactement le nom de loi musulmane » (1).

(1) A pag. 177:

« Sans doute, le magistrat français peut consulter les juristes musulmans, cadis, muftis, professeurs. Mais une nécessité pareille est la négation même de l'autorité de ses décisions ».

Ora è strano che la nostra mentalità abbia, in materia, degenerato fino al punto da trovare anormale ed umiliante quello che i Romani ritenevano invece obbligatorio per un giudice!

Che, se si trova umiliante non la cosa in sé ma il dover far capo agli arabi, non vi è che da seguire il semplice consiglio dei medesimi, cioè di formare anche noi dei giureconsulti europei capaci di *consulere* in diritto musulmano! *Quello che è davvero umiliante è appunto questa mancanza; e la colpa non è certo del diritto musulmano.* Nè vi si rimedia decentemente col violentare il sistema del diritto e la coscienza degli indigeni.

conforme alla vera scienza giuridica, e cioè che l'ordinamento che gli Europei pretendono di introdurre si riduce poi alla elaborazione dei testi della letteratura musulmana. Ebbene, è proprio quello che pensiamo anche noi, ispirandoci ai concetti scientifici più rigorosi. Ma la lettura delle risposte di questi personaggi arabi nella raccolta algerina è addirittura divertente, e un poco sconcertante per la tesi europea, mentre d'altro canto dimostra la tradizionale finezza di quella razza. Io non posso abbondare in citazioni, ma non resisto alla tentazione di farne qualcuna.

Comincio intanto col notare che quasi tutte quelle risposte, che sono riportate per favorevoli, girano invece abilmente la questione, e finiscono con essere in sostanza contrarie; e ci è voluta molta buona volontà per classificarle a favore (1). In alcune poi

(1) Si guardi p. e. la risposta in data 20 luglio 1904, riportata a p. 94 sg. del I fascicolo.

Ivi si legge:

« Nous ne voyons pas d'inconvénients à l'adoption de la réforme proposée, si elle ne doit entraîner aucune modification des principes fondamentaux du droit musulman. Mais, s'il en était autrement, nous n'accepterions point, car nous ne saurions transgresser notre loi . . . »

« c'est à Khelil, le savant jureconsulte du rite malékite, que revient l'honneur d'avoir entrepris le premier la réunion des textes sur lesquels est aujourd'hui fondée la jurisprudence musulmane. Il ne lui a pas fallu moins de vingt ans pour terminer ce travail qui est, par rapport aux ouvrages antérieurs, à peu près analogue à celui dont les Délégations financières demandent la réalisation. . . »

« Nous sommes d'avis que la codification du droit soit, nécessairement et obligatoirement, faite par une assemblée, nommée par le Gouvernement, qui se réunirait à Alger. . . »

« Elle se composerait de dix-huit membres, choisis parmi les savants les plus en renom à raison de six par département, savoir: deux cadis, deux muftis et deux professeurs. . . »

« Si l'élaboration du nouveau code est confiée à une assemblée composée comme nous venons de l'indiquer, tous les musulmans algériens ignorants ou instruits, l'accepteront. . . »

« Mai si cette assemblée ne peut être chargée de la préparation du code, il est préférable de maintenir le *statu quo*, car on ne saurait, sans courir le risque d'altérer la loi musulmane, confier un pareil travail à des personnes qui ne sont pas qualifiées pour le faire. Notre droit est, d'ailleurs, solidement établi partout, et un code n'est pas indispensable au peuple ».

la serietà si intreccia con un umorismo veramente sopraffino. Ne citerò due.

In una, dandosi pur l'aria di approvare *toto corde* la proposta, si finisce *tout bonnement* per ridurne l'applicazione a questo, di affidare cioè ai dotti musulmani la preparazione della materia in base all'ordinamento delle loro fonti, riservando ai giuristi francesi una parte assai ridicola; quella cioè di provvedere alla divisione in capitoli, paragrafi e alinee, per aver l'illusione di un codice europeo, e di compiere la traduzione in francese dei testi arabi forniti dai musulmani, ma (si insinua con molta amabilità) sotto la sorveglianza degli autori per evitare dei controsensi! Si può negare forse che tutto ciò è molto obbligate? (1).

Ma il colmo è rappresentato dal parere del giudice di pace di Aïn-Mokra sul progetto mandatogli in esame (2), dove rifulge il giusto motivo fondamentale dell'offesa al sentimento religioso, con queste pungenti parole:

« Si le mot Dieu n'est pas écrit une seule fois dans ce livre, & par contre le mot consommation (du mariage) y est écrit bien & souvent. On aurait pu cependant intercaler, par ci par là, le

E mi pare che l'arabo, dal suo punto di vista, abbia perfettamente ragione. In ogni caso, non è la chiarezza che manca al suo discorso. Ebbene, questo sarebbe un *avviso favorevole* per la Commissione! Chi si contenta gode.

E così tanti altri.

(1) A pag. 108 sg. del I fasc.:

« Tout d'abord j'applaudis à cette idée et je reconnais l'utilité indiscutable de cet heureux projet, mais à la condition que le travail soit exécuté par des personnes capables de mener à bien une oeuvre aussi délicate, aussi complexe. . . . . »

« Les membres musulmans s'occuperont spécialement de ressembler et réunir les textes; les français se chargeront exclusivement de la traduction des textes arabes, avec l'assistance de leurs auteurs mêmes, pour éviter les erreurs et les contre-sens qu'un traducteur, si perfectionné qu'il soit, ne peut éviter. Les juristes français aideront à donner aux membres musulmans l'idée et la méthode à suivre, pour arriver à élaborer un code musulman dans les mêmes conditions que le code français, par chapitres, paragraphes et alinéas, afin de faciliter les recherches et l'étude des questions de droit contenues dans le corps de cet ouvrage ».

(2) Nella relazione del LUCIANI, a p. 39 sg. del III fascicolo.

« mot Dieu, pour donner au code plus d'autorité aux yeux de la population indigène » (1).

Ma queste parole però non hanno punto scosso la Commissione, tant'è vero che il LUCIANI, nel cui discorso è riferito il brano di lettera ora trascritto, si affretta a dar piena ragione all'ironico interlocutore, confermando le sue lagnanze; insieme però affaccia una giustificazione nel modo più ingenuo, che rivela anche ai ciechi l'assurdo equivoco in cui si aggira l'opera dei colonizzatori europei. Egli infatti continua così:

« L'observation, qui pourrait paraître simplement plaisante, est, au fond, des plus sérieuses. Mais la Commission pensera, certainement, qu'il est préférable que le code soit dégagé entièrement de tout caractère religieux. Le mélange intime du pouvoir temporel et du pouvoir spirituel, qui caractérise la société musulmane, est en opposition trop directe avec le progrès et avec les véritables intérêts de l'humanité, pour trouver place dans un texte à édicter par le Gouvernement de la République ».

Ora è troppo facile replicare a simili dichiarazioni, che questo significa appunto violentare la coscienza dei musulmani, e voler loro imporre il modo di vedere europeo. Anche ammesso che questa possa essere una via da seguire, in tal caso, intendendo con ciò compiere opera di civiltà, si ha il dovere di prendere francamente posizione contro l'islamismo, nel nome della superiore civiltà che si invoca; invece di dare lo spettacolo poco edificante di agire in maniera che non può non essere ritenuta dagli indigeni per sleale, quando pure non sia tale nell'intenzione. La codificazione del dr. musulmano insomma, per esprimere il mio concetto con un paragone, mi pare che rappresenti, dal lato giuridico, quello che i giovani Turchi significano dal lato politico, nei rispetti dell'Islām.

Da ciò che abbiamo esposto dunque ci pare che risulti ben provato che il movimento della codificazione è in contrasto con lo stato di animo di coloro, pei quali poi essa dovrebbe esser fatta. E questo argomento, ed insieme quello scientifico che abbiamo sopra accennato, bastano a condannare il sistema. Le ulteriori osservazioni, che enumera lo S. H. nella citata conferenza, tutte quante pur giuste, sono addirittura un di più, ed egualmente si dica per altre ancora che potrebbero aggiungersi.



Così egli nota: che non vale citare l'esempio dell'Egitto e della Turchia, perchè i codici ivi non sono applicati dai cādi; che osta la troppa differenza nei metodi e nella mentalità tra gli europei e i musulmani; che si verrebbe a dare fissità legislativa a principi, che in sostanza si assumono come tollerati; che infine la codificazione diminuirebbe l'azione benefica del diritto consuetudinario, tendente per sè stesso a trasformare il sistema nel senso della civiltà.

Tutti i giuristi riconosceranno il valore di questi argomenti, che riguardano il lato essenziale del problema; ed è degno dell'alto acume del filologo-storico che egli, pur non essendo giurista, abbia saputo proprio indicare il nocciolo della questione.

Di fronte a questi perentori motivi contrari, finisce per costituire come una specie di riprova l'indicazione dei fatui pretesi motivi a favore, che sono elencati nel riassunto ufficiale della disputa, nei citati atti della Commissione Algerina (1). Basterà un semplice accenno di essi:

a) — Si fisserebbero i progressi già compiuti.

Ma quei compiuti non hanno bisogno di essere fissati, e la fissazione di essi in un testo legislativo è ostacolo all'avvento di ulteriori.

b) — Si eliminerebbero i danni della mutabilità della giurisprudenza.

Si prega di considerare di grazia la giurisprudenza europea in regime codicistico.

c) — Si tolgono i giudici di imbarazzo.

Questo è il punto; e ad esso abbiamo risposto in precedenza.

d) — Si evitano agli indigeni le liti per le dubbiezze del diritto.

Anche questa è una ingenuità: si confrontino i regimi dei codici in Europa. Comunque, l'argomento di una pretesa certezza non risponderebbe alla questione della legittimità.

e) — Si eliminano le disposizioni barbariche.

E qui cade l'equivoco più grave. Che lo Stato colonizzatore abbia addirittura il dovere di abolire usi incompatibili con la civiltà, si intende: ma questa funzione si deve compiere dichiarando apertamente di opporre il veto e specificandone il mo-

(1) fasc. II, p. 15 sgg.

tivo, e non già sotto la falsa apparenza di stabilire quale sia il vero diritto indigeno. Sia perchè, in quest'ultimo modo subdolo, si offusca l'efficacia correttiva dell'atto compiuto, sia perchè si apre l'adito ad abusi.

Aggiungeremo che, in questo stesso riassunto, parlando del metodo da seguire nel lavoro di codificazione, si allude in modo chiaro al famoso processo di islamizzazione di SAWAS PACHA, del quale abbiamo sufficientemente discusso; tutto ciò mentre si dice che si vuol riordinare il diritto vigente! E non hanno poi ragione di ribellarsi gli indigeni, e non aver fede nell'opera degli Europei? (1). Del resto, che una specie di oscillazione, tra il diritto musulmano ed il diritto francese, sia la caratteristica dello stato di animo della Commissione risulta evidente da quanto si legge nel medesimo riassunto ai paragrafi V e VII (2). Nè poteva essere diversamente.

Ma proprio questa è la maggiore condanna di ogni tentativo del genere. Si vogliono conciliare cose troppo disparate, e, con tutta la buona volontà ed abilità, non si può riuscire a soddisfare nè le esigenze vere del dr. musulmano nè quelle della scienza giuridica europea. Qualunque sforzo non può non fallire.

E pertanto non sembrerà mancanza del dovuto omaggio al valore, da noi già in molte occasioni riconosciuto, dell'eminente compilatore del progetto Algerino, se diremo che esso non ha potuto sfuggire a questa ineluttabile condizione di cose (3).

Analogamente si dica del precedente tunisino (4).

(1) fasc. II, 24.

(2) fasc. II, p. 26 e 29.

(3) MORAND, *Avant-projet de code du droit musulman algerien* (Alger, Jourdan, 1916).

Ho studiato il notevole libro del chiaro Prof. MORAND con quell'interesse che meritano l'uomo e l'argomento: ed esso mi ha confermato, come del resto era da attendere, nelle mie opinioni di massima.

Avrei una serie di osservazioni da fare su molti punti particolari; ma non è questo certamente il luogo adatto. Offrendomisi il destro, mi sarà ben gradito di intrattenermi in dispute scientifiche su temi così importanti e con uno scrittore di così alta reputazione.

(4) SANTILLANA — *Code civil et commercial tunisien*, *Avant-projet* (Tunisi, Picard, 1899).

Per i tentativi fatti in India dagli Inglesi, si veggia ciò che ne ha scritto il BRYCE (1), pur disposto a favore.

Sarebbe pertanto da augurarsi che l'Italia facesse tesoro della esperienza altrui. Ma io non lo spero affatto. Sono invece sicuro che, appena gli avvenimenti daranno un po' di respiro, avremo anche noi, con monotona ripetizione, la nostra brava commissione, forse un po' meno competente di quelle straniere, per tentare ancora una volta, e magari con peggior risultato, un'impresa sbagliata così dal punto di vista scientifico che da quello politico.

52. — D). — L'ultimo argomento dei quattro elencati in questa parte delle quistioni generali non è proprio di natura giuridica, ma però si collega in varia guisa coi quesiti giuridici, e perciò ne facciamo qui un accenno. Si tratta del cosiddetto problema della *politica musulmana*, che da qualche tempo si dibatte presso i vari stati colonizzatori aventi sudditi musulmani, ed è comparso anche sulla ribalta della vita pubblica in Italia.

Molto, anzi moltissimo in questo genere di dispute si riduce a declamazioni più o meno improvvisate fatte da politicanti, ad applicazioni semplicistiche di due o tre concetti della politica corrente, buoni per ogni sorta di quistioni e quindi anche per queste coloniali, e così via; ossia tutto un genere che sta molto al di fuori del campo della scienza e degli studi, e noi perciò non ce ne occuperemo. Diremo solo come le discussioni si muovano tra i due poli, dell'assoggettamento delle civiltà inferiori da un lato, e dell'autonomia dall'altro; con tendenza (di ultima moda) alla risultante media, dirò, della così detta politica di collaborazione.

Ma vi è, come dicevo, una qualche tangenza con le quistioni giuridiche, laddove si tratta del contatto del sistema di diritto musulmano con quello europeo, e del conseguente assetto delle potestà e dello svolgimento della vita sociale. Noi ne abbiamo visto già alcune applicazioni particolari in questo stesso scritto, a proposito p. e. del califfato e della codificazione. Ed è ap-

(1) Nei suoi " *Studies in history and jurisprudence* ", (Oxford, 1901).

Cir., in quelli contenuti nella traduzione italiana del PACCHIONI, dal titolo: " *Imperialismo romano e britannico* ", (Torino, Bocca, 1907), lo studio II, § VII.

punto sotto questo speciale profilo che intendo di esprimere brevisissimamente il mio modo di vedere, che del resto si desume dalle opinioni che mi trovo già di avere dianzi enunciato.

Mi piace anche qui di ricollegare il mio discorso alle idee manifestate, col peso della sua grande autorità, dal Prof. SNOUCK-HURGRONJE, riferendomi alle conferenze già citate, e precisamente alla terza e quarta. Nella sostanza sono di accordo con esse, ma ritengo di dover coordinare il loro contenuto intorno ad un concetto centrale alquanto diverso. Ecco in succinto come l'illustre arabista prospetta il suo sistema di politica musulmana.

Egli parte dalla idea fondamentale giustissima, che sia dovere ed insieme interesse degli europei di lasciare il campo libero allo sviluppo del mondo musulmano. Questa possibilità di svolgimento dell'islamismo deve andare congiunta al completo rispetto della religione, e soltanto può essere corretta dalle necessarie cautele per la sicurezza dell'ordinamento statale coloniale. Per modo che si può riassumere il tutto in questo trinomio: *libertà religiosa, riserve politiche, porta aperta all'evoluzione*.

Il profondo conoscitore della psicologia e della storia musulmana ritiene che le strettezze caratteristiche dell'islamismo siano superabili, ed i musulmani possano liberarsi da esse gradatamente, per mezzo di una conveniente educazione ed istruzione. Nota che esiste negli indigeni una viva tendenza ad innalzarsi, e questa tendenza deve essere da noi assecondata. Onde il problema si riduce a provocare l'adesione degli indigeni alla nostra civiltà, ciò che lo S. H. esprime con la frase felice di « *annessione spirituale* ».

A questo proposito, sostiene che la procedura da seguire sia quella di cominciare dalle classi elevate, educando i ricchi in Europa negli studi superiori, e provvedendo in colonia con scuole medie ed inferiori e con altri mezzi complementari, specialmente per l'elemento femminile, al qual uopo stima molto opportuna l'opera delle missioni. Al rispetto della religione ricollega poi le sue idee contrarie alla codificazione, di cui abbiamo sopra discorso.

Il tutto conclude nel concetto che bisogna « *tourner le system de l'Islam* », al fine di creare quella comunanza di sentire



e quel desiderio di stare insieme; che costituisce poi il vero contenuto della compagine politica.

Tale la tesi dello SNOUCK-HURGRONJE, la quale è sostanzialmente vera. Si può discutere su qualche dettaglio, su qualche apprezzamento, su qualche particolare dei mezzi proposti per raggiungere l'intento (1); ma, nel complesso, non vi è dubbio che è questa la verità. Si tratta in fondo di promuovere la trasformazione e la elevazione del mondo islamitico; un problema cioè di cultura in via principale.

Dove però io dissento dall'illustre autore è nel concepire una politica di questo genere come politica della cosiddetta « collaborazione », che è appunto il motto di ordine odierno, con uno spiccato carattere di sedicente democrazia. Questo punto di vista, secondo la mia opinione, è errato, e contrasta con lo stesso contenuto del sistema.

È errato infatti, inquanto non si concepisce collaborazione di civiltà diverse e di psicologie disformi. È contraddittorio, perché non è con la cooperazione che può circuirsi un sistema di civiltà, per trasformarlo; del resto, è appunto per questi motivi che si combatte, come fa anche lo S. H., la codificazione, la quale costituirebbe invece un tipico caso di concorso delle due civiltà!

(1) Per quanto riguarda l'insegnamento superiore, per esempio, io credo che l'ideale sarebbe proprio quello di poterlo anch'esso istituire sopra luogo. Si intende che ciò dipende dalla valutazione di molte circostanze di luogo e di tempo. In parecchi luoghi del resto esso già esiste, ed in altri le difficoltà potrebbero essere superate.

Il vantaggio precipuo che presenta il sistema, di fronte alla pura e semplice attrazione degli indigeni in Europa, consiste in ciò, che l'insegnamento sopra luogo può meglio adattarsi all'ambiente, e soprattutto poi non disabitua da esso l'anima giovanile, come avviene quando si trasportano gli indigeni in un altro ambiente, troppo disforme da quello nel quale il personale educato deve poi svolgere la propria attività. Si rischia così di creare degli spostati spirituali.

Ad ogni modo, i due metodi possono coordinarsi.

Per raggiungere effetti maggiori e superare più facilmente certe difficoltà, nonchè al fine di una più alta ed efficace opera umanitaria, io credo che sarebbe opportuno avviarsi verso la cooperazione internazionale per la costituzione di centri di cultura nelle colonie, nel senso che da qualche tempo ho proposto (Cfr. la mia relazione al Congresso nazionale coloniale italiano, tenuto in Roma nel gennaio 1919: « *I problemi di cultura in rapporto alla espansione italiana* », negli Atti del Congresso).

A tale errata configurazione del processo, pur sopra una base critica esatta della realtà, deve, io credo, aver contribuito la tendenza semplicistica della mentalità politica democratica moderna, che trova l'ideale della perfezione sociale in un assurdo adeguamento di tutti i valori e nella piatta eguaglianza.

Invece, il metodo naturale e logico, per raggiungere il fine sopraindicato nelle condizioni di fatto descritte, non può essere, ancor oggi, diverso da quello che constitui la grandezza della politica di espansione e di civiltà dell'antica Roma. E cioè, il mantenimento di una vita locale autonoma, e conforme al proprio genio, per quei popoli il cui sviluppo indipendente non minaccia la adesione di essi allo Stato colonizzatore; e viceversa il necessario assoggettamento di quegli altri, che per le loro condizioni storiche non possono essere lasciati liberi. In ambedue i casi poi, favorire coi mezzi opportuni l'elevamento morale; in modo da avviare quelli della seconda categoria ad entrare nella prima, e gli altri ad acquistare la completa indipendenza.

Questa può essere una concezione ragionevole, ideale e pratica insieme, che concili gli interessi di tutti, colonizzatori e colonizzati, con le supreme esigenze di civiltà e di umanitarismo. La collaborazione invece è un sistema ibrido, che non può raggiungere gli scopi che si prefigge; si presta facilmente a cadere nell'assurdo, come sono le svariate proposte di creazione di diversi organi misti; ed anche nel ridicolo, come è il tentativo della partecipazione degli indigeni alle assemblee politiche di Europa.

## XVI.

### Conclusioni.

53. — Il lettore, che ci ha seguito nelle critiche e nella esposizione delle nostre idee, ci renderà la giustizia di riconoscere l'alta idealità scientifica che soltanto abbiamo avuto di mira. E questa idealità coincide senza alcun dubbio con i bisogni reali ed urgenti della scienza giuridica, qualunque possa essere il parere sull'uno o sull'altro dei molteplici punti particolari, che sono stati oggetto del nostro esame. Perché noi desideriamo di essere giudicati sul complesso della dottrina esposta, e non sui singoli dettagli.

Della critica abbiamo largamente usato e liberamente, sottoponendo ad un'analisi minuta tutto il contenuto del libro, e disputando anche di ciò che nel libro non si contiene, in riferimento ad un organico piano di insieme; in occasione di queste critiche, abbiamo dovuto anche parlare di dottrine esposte da altri scrittori, compresi i sommi; ma, così facendo, abbiamo inteso soltanto combattere un sistema e compiere opera del tutto obiettiva.

Accanto alla critica delle singole parti del libro in esame, che costituisce il lato negativo del presente scritto, esso si è prefisso anche una doppia finalità positiva, e credo che le abbia ambedue raggiunte. E cioè; da un lato, mostrare a grandi linee le direttive del sistema di diritto musulmano; dall'altro, provare, con indagini speciali sopra singoli argomenti, il coordinamento di questo sistema agli altri del mondo mediterraneo, compreso il romano, il che ha dato luogo a trattazioni specifiche, come quella del *domma* dalla quota indisponibile e l'altra dell'equazione di due donne ad un uomo.

Questo concetto del quadro organico formato dal gruppo dei diritti mediterranei, in mezzo al quale va studiato, come storia e come sistema, il diritto musulmano, è *il più importante dei principi di massima che risultano dalla nostra esposizione, e costituisce la sostanza del nostro metodo di studio dei diritti orientali*. Ma, accanto ad esso, altri principi abbiamo creduto di poter estrarre, condensandoli negli ultimi due capitoli di questo scritto sotto il titolo di « questioni generali ».

E questi altri principi sono i seguenti:

a) — Il rifiuto il più assoluto del preteso carattere teorico ed astratto del diritto musulmano, concezione assurda storicamente e dottrinalmente. Si tratta di un puro errore di apprezzamento della doppia caratteristica di quel sistema, che è da un lato teologico e dall'altro ricettizio.

b) — La rivendicazione di una unità sostanziale ed organica al sistema stesso, da ricostruirsi con accurata e paziente analisi tecnica, in mezzo alle farraginose esposizioni degli autori arabi.

c) — L'assurdità della così detta teoria dell'islamizzazione, come mezzo di trasformazione artificiale del diritto musulmano.

d) — L'errore profondo di considerare come parti caratteristiche del sistema giuridico solo quelle relative al diritto culturale,

pubblico e familiare, mettendo nell'ombra il diritto patrimoniale. Necessità invece di una esposizione integrale, in cui proprio il diritto patrimoniale merita il posto eminente, come in tutti i sistemi giuridici.

e) — Il sistema islamitico però è notevolmente diverso, nella sua struttura, da quelli romanistici, e deve essere quindi costruito tenendo conto delle sue peculiari caratteristiche. Anche l'esposizione pertanto ha da seguire un ordine consentaneo a questa concreta situazione di cose.

f) — Il metodo, nello studio da iniziarsi di questo diritto, deve essere quello delle ricerche critiche, storiche ed esegetiche sui singoli istituti; per preparare la possibilità di una sintesi prospettica quando siano pronti sufficienti materiali elaborati. È però opportuno fin d'ora di tracciare il quadro delle linee direttive di queste ricerche particolari.

g) — Da respingersi la tendenza ad una pretesa codificazione del diritto musulmano, da parte delle nazioni europee colonizzatrici.

h) — Irrazionalità ed ibridismo della cosiddetta politica di collaborazione. Occorre invece favorire lo sviluppo autonomo della civiltà indigena, e soprattutto la elevazione di essa mercè una opportuna ed efficace opera di educazione e di istruzione.

Ma, al di sopra di tutti questi principi che attengono al contenuto della materia trattata, noi abbiamo inteso con questo lavoro di riaffermare solennemente e con ogni energia la necessità metodologica e sostanziale, che *questi studi entrino a far parte in modo chiaro e reciso della scienza del diritto*, seguendone i canoni e la tecnica, distaccandosi dalle direzioni concorrenti bensì ma distinte degli studi filologici, storici e teologici. E questa, proprio questa esigenza deve considerarsi come di tutta la nostra esposizione *caput et fundamentum*.

*L'opera dotta ed illuminata dei non-giuristi è stata ed è preziosa, finchè resta entro i limiti della speciale competenza; ma a nulla serve, e spesso nuoce, allorquando vuole entrare nel campo speciale della scienza del diritto*. Ed è strano che di ciò anche uomini molto eminenti non abbiano sempre una chiara coscienza.

Citerò p. e. il caso già accennato dello HARTMANN, nella assai cortese e benevola recensione che fece al mio lavoro « sui rap-



porti tra dir. romano e dir. musulmano », di cui ho parlato (1) a proposito del significato della distinzione tra *ḥaḳḳ* 'allāh e *ḥaḳḳ* ādamī. Egli contesta il nostro riaccostamento, come vedemmo, alla divisione romanistica tra diritto pubblico e diritto privato, equivocando sul significato di quest'ultima e quindi del riaccostamento stesso; ma non è del merito della cosa che qui ci interessiamo. Vogliamo invece rilevare l'indirizzo mentale stranissimo in cui l'A. si trova, inquanto pensa che quello, che secondo lui è il mio errore, deriverebbe proprio dalla mia qualità di tecnico del diritto, in modo da costituire questa addirittura una controindicazione! Come si vede, siamo proprio in una direzione aberrante. Ecco le sue parole: « Wie sehr die Fachiuristen sich dabei « irren können zeigt Carusi selbst S. 17, wo die Antithese ḥaḳḳ « allāh und ḥaḳḳ ādamī der von öffentlichen Recht und Privatrecht « ggleichgesetzt ist... ». Ecco, io potrò magari aver errato (non lo credo affatto), ma, se mai, avrei errato per essere stato poco buon giurista nel caso concreto, mentre allo stesso Prof. HARTMANN deve apparire paradossale il dire che ho errato invece per la mia qualità di giurista. Questa falsa concezione deve venir proprio condannata dagli stessi arabisti.

E qui mi piace di chiudere con un riferimento, che non potrebbe essere il più opportuno.

Il libro del JUYNBOLL, prima di questo mio esame, è stato oggetto di recensione in Italia da parte del più illustre dei nostri semitisti, il Prof. Ignazio GUIDI (2). Si tratta in verità di una recensione assai breve, una specie di cenno bibliografico, e non di una critica; ma è notevole come anche un così piccolo scritto contenga in sé più del necessario per costituire una fulgida riprova della nostra tesi sostanziale. L'illustre filologo è cioè agli antipodi delle idee da me espone in questo lavoro, come criteri ed apprezzamenti di carattere generale; e fa poi delle osservazioni concrete particolari, che rivelano bene la impossibilità di discutere di diritto da parte di chi non è giurista.

E così, egli approva che lo sviluppo sostanziale del libro sia dato al diritto culturale e pubblico. Ed approva soprattutto che

(1) Nella rivista « Die Welt des Islams », II, 1, 1914.

Cfr. il presente scritto al Cap. XIII n. 44.

(2) Nella « Rivista degli studi orientali », III (1910), p. 635 sgg.

sia trascurato il vero diritto civile, del che adduce la curiosissima ragione, che esso cioè « non potrebbe avere interesse per un egual numero di studiosi »! Esprime poi due desideri caratteristici. L'uno consiste nell'augurarsi, che sia dato in ulteriori edizioni sufficiente sviluppo alle differenze delle opinioni delle quattro scuole ortodosse nei singoli argomenti; il che manifesta quel tale spirito teologico di cui parliamo a suo luogo. L'altro desiderio comprende la proposta di inserire nell'indice per materie la nostra terminologia giuridica; e questa poi è la riprova lampante del come i profani non riescano ad intendere il valore ed il carattere della terminologia, e la sua intrasferibilità da un sistema giuridico ad un altro in linea generale, ed in particolare poi dai sistemi romanistici all'islamitico (1).

Ma la parte più interessante della breve recensione è quella relativa ad alcune lacune notate nel libro del JUYNBOLL, a proposito di quella magra e poco felice esposizione del diritto patrimoniale, che abbiamo a suo luogo esaminata. Orbene, quelli rilevati come difetti non sono affatto tali, perchè l'A. anzi si è in essi ben condotto, mentre al recensente sono apparsi quali difetti appunto perchè egli non è un giurista. Il caso è veramente tipico per la nostra dimostrazione.

Il primo rilievo è espresso con queste parole:

« ... nell'enumerare le condizioni di ciò che può essere soggetto di compra o vendita (p. 265), omettesi quella che impone « rispettare gli obblighi verso altri (Tanbīh 94) che pur è contemplata nell'opera, p. es. il servo mukātab (p. 204-207) ».

Che cosa significhino queste parole sarebbe impossibile dirlo se non aiutasse il riferimento che l'A. ha fatto ad un passo del trattato sciafeita *Tanbīh* di AL-SCHIRĀZI. In questo capitolo 94 lo scrittore arabo, sotto il titolo di ciò che possa essere oggetto di *bai'* (*iadjūz bai'uhu*) o non possa (*lā iadjūz*), fa un elenco sterminato e terribilmente confusionario, nel modo come sanno fare questi empirici musulmani. Si tratta di elencare le categorie

(1) Si tratta di un ordine di idee di cui l'insigne filologo è ben convinto. Infatti egli, nella sua traduzione del *Fetha Nagast*, ha appunto provveduto al confronto di quel singolarissimo tra tutti i libri giuridici con .... gli articoli dei codici italiani!

di cose che per loro natura non possono costituire oggetto di negozi giuridici (*extra commercium*), ed a questo proposito l'A. parla di argomenti i più disparati, tra cui di certe persone che nel diritto musulmano hanno acquisito la libertà in istato di sospensione, com'è il caso della serva-madre (*umm-wālad*) e del servo *mukātab* (riscattatosi per contratto), di cui parliamo sopra. Ora, il recensente rimprovera al JUYNBOLL di non avere incluso nel passo citato anche il *mukātab* e simili. Ma è chiaro che questi individui non possono essere oggetto di *bai'* appunto perchè non sono più cose, non già perchè siano cose aventi una determinata qualità extra-commerciale. Male ha fatto perciò AL-SCHIRĀZI a parlarne nel capitolo citato, e bene invece il JUYNBOLL a tacerne qui, e parlarne invece nel luogo dove ha discusso della schiavitù. Il rilievo del critico è completamente errato, ma se ne capisce la ragione. Egli guarda la cosa dallo stesso punto di vista empirico, da cui l'ha guardata AL-SCHIRĀZI, e cioè che tanto nell'uno quanto nell'altro caso il *bai'* non è possibile, e crede che ciò autorizzi a mettere i due casi sulla stessa linea. Qui il JUYNBOLL ha invece proceduto da giurista.

Un altro rimprovero del critico è ancora più caratteristico. È espresso in questi termini:

«... così le facoltà negate al walī al-māl (pag. 199) per minorenni non sono tutte espressamente specificate (cfr. Tanbīh « 114-115 »).

Orbene AL-SCHIRĀZI, nel luogo citato che è il capitolo dedicato al *ḥad̄jr*, a proposito della capacità di disposizione del *walī al-māl*, invece di determinarne i concetti si perde al solito secondo l'uso arabo in una minuta casistica, in un lungo elenco di atti leciti o illeciti, elenco che, mentre non può per sua natura essere esauriente, non riesce a dare l'idea della figura giuridica. Invece il JUYNBOLL anche qui ha seguito il sistema più corretto, di limitarsi ai criteri generali della capacità (sia pure in non esattamente), questi termini:

« Il Walī al-Māl deve amministrare il patrimonio del suo pupillo. Egli è autorizzato a compiere tutti i negozi giuridici necessari per i minori; soltanto non può senza un bisogno contrarre per lui obbligazioni, nè alienare o dare in pegno beni del pupillo, a meno che ciò sia inevitabile o di evidente interesse per il minore ».

Anche qui il recensente fa rimprovero all'A. proprio di ciò che costituisce un suo merito. Ed anche qui la spiegazione è chiara. All'occhio del non-tecnico doveva naturalmente sembrare più completo e preciso l'elenco casuistico dello scrittore arabo, anzichè la determinazione del concetto giuridico fatta dal JUYNBOLL. Come si vede, sono invertite le parti.

Di contro a questi equivoci, spiegabilissimi per un profano della scienza del diritto per quanto illustre filologo, ci piace rilevare una giusta intuizione che il dotto scrittore ha avuto, nella direzione del coordinamento dei sistemi giuridici mediterranei, che costituisce il fondo della mia tesi scientifica. Egli cioè ha sentito la verosimiglianza di rapporti tra il diritto musulmano ed il diritto siriano, per quanto sia troppo limitato il suo punto di vista, che vorrebbe restringere il fenomeno al rito ḥanefita (1). Esso invece è molto più ampio e generale, e tocca le stesse radici del sistema islamitico: in questo, come in altri lavori, noi ne abbiamo fornito più di una prova. Ad ogni modo, io qui intendo rilevare come, trattandosi di un fenomeno storico, che quindi nella sua visione generica rientra nella competenza del profondo conoscitore dell'Islām, ha potuto essere apprezzato con acuta perspicacia. Mentre, laddove eravamo in materia tecnica di diritto, il sapiente filologo si è trovato a lodare quando avrebbe dovuto censurare, ed ha censurato quando invece doveva lodare.

Nel chiudere con quel concetto, che è stato il dominante in tutto il mio lavoro e che ne costituisce la principale finalità, vale a dire l'invocazione ai giuristi, perchè si volgano con amore agli studi del diritto musulmano ed in genere dei diritti orientali, campo vergine e che promette di riuscire assai fecondo per le sorti della nostra scienza, mi piace di adattare alla circostanza alcune parole dello SNOUCK-HURGRONJE, con le quali il KOHLER termina il citato suo studio sul diritto musulmano (2). Esse suonano così: « die Wissenschaft des Islām spendet ihre reifen Früchte

(1) Ecco le sue parole:

«... ciò potrà facilitare ulteriori ricerche d'indole storica relativamente al diritto siro-romano; se all'influenza di questo si poteva sottrarre « Mālik a Medina, il caso è naturalmente diverso per Abū Ḥanīfa ».

(2) Nel « Rechtsgeleerd Magazijn », V, p. 341 sg., in fine.



nur denen, die sich liebevoll in sie versenken ». Ecco una grande verità, ma non limitata alla scienza particolare per cui fu scritta, sibbene applicabile a tutte le scienze. Sostituendo pertanto la « scienza del diritto » a quella dell'Islām, possano queste parole rappresentare la nobile meta ed il degno premio di una scelta e numerosa schiera di futuri giuristi orientalisti.

## ERRATA

## CORRIGE

Pag. 27 rigo 7	dallo stesso	lo stesso da un
> 28 > 18	unico,	unico
> 40 > 25	Zannaim	Tannaim
> 45 > 35	opposti	appositi
> 54 > 32	fi r	fiṭr
> 55 > 30	watīmat	walīmat
> 70 > 19	IV	IX
> 72 > 9	il capo seguente	i due capi seguenti
> 72 > 31	mente	mentre
> 73 > 45	per indi	per indicare
> 81 > 9	concetto originario	criterio originario
> 83 > 6	dalle solite imitazioni delle	delle solite imitazioni dalle
> 90 > 15	a presentare	e presenta
> 91 > 16	enunciata	enunciata
> 103 > 3	<i>Reichsrecht</i>	<i>Reichsrecht</i>
> 113 > 4	IESUBARNUM	IESUBARNUN
> 124 > 6	vuole » ;	vuole » ;
> 129 > 22	<i>Gli studi di diritto</i>	<i>Il problema del diritto</i>
> 137 > 21	<i>Studi</i>	<i>Scritti vari</i>
> 146 > 32	gli altri	quelli
> 163 > 17	economica	economia
> 164 > 31	<i>pluriae</i>	<i>pluviae</i>
> 167 > 19	imanato	imamato
< 170 > 12	alla schiavo	allo schiavo
> 196 > 22	estranea dall'opera	estranea all'opera
> 208 > 15	<i>Staatsrecht</i>	<i>Reichsrecht</i>
> 246 > 22	il piú opportuno	piú opportuno
> 248 > 32 e 33	(sia pure in non esattamente), questi termini :	(sia pure non esattamente), in questi termini:

## INDICE

<b>Prefazione.</b> . . . . .	pag.	1
<b>I. — Introduzione. (1-2).</b> . . . . .	>	3
Notizie sul trattato del LUYNBOLL e sulla traduzione di esso - Scopo del presente libro.		
<b>II. — Il corano ed il <i>hadith</i>. (3-4).</b> . . . . .	>	5
Notizie sul Corano; rapporto con altri libri religiosi - Na- tura del <i>hadith</i> ; differente valore sotto il punto di vista teologico e sotto quello giuridico; adulterazioni ed inter- polazioni.		
<b>III. — Il <i>Fikh</i>. (5-12).</b> . . . . .	>	11
Significato di <i>fikh</i> - Valore dei diversi riti - Il sistema della trattazione; i gravi difetti della esposizione europea, così nella terminologia che nel contenuto - Il metodo; casistica ed esemplificazione - La letteratura dottrinale; i commenti.		
<b>IV. — Le radici della giurisprudenza. (13-15).</b> . . . . .	>	34
Valore giuridico di ciascuna di esse: <i>kurān</i> , <i>sunnah</i> , <i>idjmā'</i> , <i>ḥijās</i> ; importanza centrale dell' <i>idjmā'</i> - Significato della dot- trina delle radici. Il problema delle fonti - Sistematica e me- tologia.		
<b>V. — La <i>sciari'ah</i>. (16-18).</b> . . . . .	>	42
Significato della designazione; rapporto al <i>fikh</i> - La mate- ria; la quistione dell'applicazione pratica - Il problema della consuetudine; la doppia giurisdizione.		
<b>VI. — Il diritto culturale. (19-20)</b> . . . . .	>	52
Le materie ivi comprese - Dottrina della <i>ṣalāt</i> ; varie spe- cie di preghiera e procedimenti relativi - La <i>zakāt</i> o carità legale; suo vario ordinamento - Teoria del <i>ṣaum</i> ; norme sui digiuni, specie quello del mese di <i>ramadān</i> - Il pellegrin- naggio, <i>ḥaddj</i> ; notizie storiche e cerimoniale - Usi sociali connessi alla religione - Impurità rituale e dottrine affini.		



- VII. -- **Nozioni sulle persone e la famiglia.** (21-24). . . . . pag. 56  
 La materia esposta - Il consorzio familiare preislamico - La filiazione; i figli legittimi, gli illegittimi, gli adottivi - Svartati istituti riassunti erroneamente sotto il nome di tutela; casi di tutela, di cura, e di altre caratteristiche forme di assistenza - La dottrina della schiavitù; suo concetto peculiare; la manumissione.
- VIII. — **Diritto matrimoniale.** (25). . . . . > 67  
 Concetto, elementi, impedimenti del matrimonio - Rapporti tra coniugi - Scioglimento; varie cause.
- IX. — **Eredità.** (26-28). . . . . > 70  
 Fattori storici della dottrina - Nozioni generali - La successione *ex lege*; gli *'asabat*; le quote *fard* - Esame storico-critico della regola relativa alla equiparazione di due donne ad un uomo; carattere ricettizio di essa.
- X. — **Disposizioni di ultima volontà.** (29-35). . . . . > 85  
 Analogia della *wasijah* alla *donatio mortis causa* - Esame storico-critico dell'istituto della riserva di  $\frac{2}{3}$  dell'asse; rapporto al diritto bizantino; la testimonianza del libro di diritto siro-romano; nuova interpretazione della nov. 18 di Giustiniano, nel senso del riconoscimento di una riserva; indizi tratti dalla tarda letteratura siriana; riassunto prospettico dei vari elementi illustrati.
- XI. — **Segue: Disposizioni di ultima volontà.** (36-39). . . . . > 115  
 Quadro delle altre norme fondamentali della *wasijah* - Conclusioni sul concetto dell'atto - Osservazioni intorno alla terminologia - Situazione complessiva in diritto comparato; gli insegnamenti del diritto arcaico babilonense; richiamo ai concetti di diritto romano.
- XII. — **Diritto patrimoniale.** (40-43). . . . . > 138  
 Manchevolezza assoluta dell'esposizione nel libro in esame - Il contenuto di essa: nozioni generali; il voto (*nadr*) e il giuramento (*jamān*); il *riba*; il *wakf* - Rilievi sul difettoso svolgimento della materia trattata; sui rapporti del dr. musulmano con quelli delle preesistenti civiltà; su alcuni punti particolari in via di esempio; significato di *dain* e *'ain* - Accenni alle lacune più gravi e fondamentali (*bai'*; *kijar*; tipi di negozi non riducibili a *bai'*).
- XIII. — **Diritto pubblico.** (44-45). . . . . > 167  
 Quadro delle materie trattate - Diritto penale; notizie storiche; divisione dei delitti e delle pene; *ḫiṣas*, *ḫadd*, *ta'zir* - Nozioni di procedura; concetti generali; il giudice (*ḫadī*); svolgimento del giudizio; le prove - Accenno alla *usucapio* - La dottrina dell'imamato; esame della questione del califfato nei riguardi della politica europea - Il *djihād* o

- guerra santa - Rapporti giuridici degli infedeli sottoposti all'Islam.
- XIV. — **Questioni generali.** (46-47). . . . . pag. 190  
 Quattro argomenti: natura del diritto musulmano, trattazione di esso, codificazione, politica musulmana - Primo argomento: natura del diritto musulmano. Tre punti di disputa: carattere teorico, mancanza di unità, islamizzazione - Preteso carattere teorico; erronea concezione degli arabisti; spiegazione dommatica; spiegazione storica; concezione odierna dei musulmani educati alla cultura europea; accenno critico alla cosiddetta dottrina dell'abuso dei diritti; esame di alcuni elementi particolari della disputa.
- XV. — **Segue: Questioni generali.** (48-52). . . . . > 210  
 Pretesa mancanza di unità del sistema; erroneo apprezzamento in ordine ai *dommi* ed alle dottrine; equivoci di filologi; superficialità di giuristi - Islamizzazione; assurdità delle idee del SAWAS-PACHA accettate da alcuni giuristi; diverso errore della immutabilità propugnato dagli arabisti; rapporto con lo sviluppo storico degli altri diritti; rapporto col cosiddetto diritto coloniale; natura di quest'ultimo e relazione coi concetti romani - Secondo argomento: trattazione della materia. Tre punti: contenuto, ordine, esposizione - Il contenuto; errore degli arabisti - L'ordine; apprezzamento di quello dei libri arabi; criteri per uno scientifico - Esposizione; fini prossimi e lontani da perseguire - Terzo argomento: codificazione. Vera natura del problema; finalità apparente e reale; opposizione dei musulmani; discussione dei principali motivi pro e contro; come sia da respingere - Quarto argomento: politica musulmana. Le idee correnti; la cosiddetta collaborazione; principi fondamentali.
- XVI. — **Conclusioni.** (53). . . . . > 243  
 Carattere e finalità del presente libro - Riassunto dei principi illustrati - Invito alla introduzione di questi studi nella scienza del diritto.
- Errata-corrige . . . . . > 251



REV15

ÚK PrF MU



3129S04632