

LE CAUSE INTRINSECHE

DELLA

UNIVERSALITÀ DEL DIRITTO ROMANO

(Prolusione al corso d'Istituzioni di diritto romano nell'Università di Padova)

Salendo questa cattedra, la maestà dell'antico Ateneo, ov' io parlo, già sarebbe cagione bastevole per rendermi trepidante se altra pure non ve ne fosse. Ma qui viva mi torna agli occhi la cara e buona immagine paterna del prof. Luigi Bellavite che ci fu rapito in tanto vigor dello spirito, se non del corpo. Pari alla dottrina era in lui la bontà dell'animo ed io pure il so per prova avendomi esso confortato nello studio e dimostrato continua benevolenza.

Se pertanto difficile è prender la parola colà dove la maestà del luogo e la soverchia commozione dell'animo turbano l'oratore, più malagevole lo è per me, sapendo di trovarmi ora in mezzo a colleghi che io sempre chiamai col titolo di maestri o cui vorrei mostrarmi degno della ottenuta fiducia avendomi essi così cortesemente accolto nel loro illustre consesso. Ma di tanto onore ricevuto, rinnovando loro qui in pubblico i ringraziamenti, null'altro sento di poter dare in contraccambio se non la promessa di adoperar tutto le mie poche forze affinché i miei allievi acquistino le prime e precise nozioni di diritto romano ed entrino poi sicuri nella scuola di pandette ove, sotto la fida scorta di un mio diletto condiscipolo (Lando Landucci) o mai raro alla scienza, approfondiranno le dottrine giuridiche ch' io loro mostrai *leni ac simpliciter* e perfezioneranno il proprio criterio giuridico nella casistica attinta alle vive fonti della romana sapienza.

E poi che, secondo un costume tradizionale, la prelezione si aggira intorno a taluno dei temi più generali della materia, vi prego, o signori, di ascoltarmi benevolmente prendendo io a trattare un argomento vecchio in se stesso quanto il culto del diritto romano, suscettibile tuttavia, se io non erro, di un miglior e più completo esame. Mi acciugo a parlarvi di quel carattere di universalità che tutte quante le innumerevoli generazioni dei giuristi riconobbero sempre nel diritto romano o che l'istoria solennemente

conferma mostrando il diritto stesso diffuso in tutta Europa o nascosto persino nelle *sunne* o sacre tradizioni dei musulmani (1). Quali sono le cause di questa meravigliosa universalità che quasi ha condotto tutti i popoli ad una comunione di diritto? Non debbonsi confondere, come talora accade, con le occasioni della diffusione del diritto romano: si hanno piuttosto da ricercare nella genesi, nei modi di svolgimento, nella costruzione scientifica del diritto presso quel popolo romano che vi riversò le parti più sane e più durature del suo carattere. Se, caduto l'impero d'occidente, è discernibile in tanta rovina una tradizione giuridica romana che traversa tutto quanto il più oscuro medio evo conservando i germi che poi fioriranno dopo Irnerio: se il diritto nostro si fa strada attraverso i diritti nazionali dei singoli popoli e nel lungo contatto li domina per giungere poi sino a noi elaborato dalla scienza, usato nella pratica, trasfuso nei codici, questa universalità nel tempo e nello spazio è dovuta alle salde basi su cui già in Roma si formò il diritto: il diritto, io dico, che regola le relazioni economiche degli individui nella civile società essendo il gius pubblico romano, quantunque ammirabile nelle sue linee fondamentali, stato sopraffatto ben presto dalla corruzione e dal dispotismo.

Degne di particolare ricordo sembrano a me queste cause intrinseche della universalità del diritto romano poi che il giovane il quale imprende a studiarlo, spontaneamente domandasi perchè mai di tanto lavoro intellettuale del mondo antico, quello del popolo romano sia stato il più utile per diritto. Grandi legislatori ebbe l'Oriente e la Grecia. Il mondo civile li ricorda e li ammira; del diritto romano si giova. Nè la maestà di Roma ci fa velo all'intelletto: come giudichiamo i greci superiori ai romani nell'arte nella poesia, nell'oratoria, potremmo dir lo stesso del diritto ove quello dei romani non vincessero il paragone. Nè alle vittoriose legioni devesi quella universalità: Roma era caduta quando il suo diritto si fece universale.

Ragioni estrinseche bastavano al medio evo per spiegare la universalità del diritto romano derivandola come corollario da un principio; universale al pari dell'impero dovea esser la legge di questo (2). Come la dignità imperiale, secondo l'ingenua storia del tempo, senza interruzione era stata trasmessa dai romani ai bizantini, da questi ai franchi, dai franchi ai tedeschi, così naturalmente le leggi dei nuovi imperatori erano quelle istesse degli antichi e, dove altre fossero necessarie, venivano aggiunte al *Corpus iuris*. Oltre a ciò il diritto romano spacciavasi promulgato da Lotario qual

(1) LANDUCCI, *Arch. giur.* XVIII, p. 469 seg. descrive l'artificio con cui senza aggiungere verbo al Corano, libro intangibile, si fecero per tradizione risalire massime giuridiche (di diritto romano) ai detti del profeta.

(2) V. i miei *Fusti auri del dir. rom.* p. 28 seg. e ciò che scrissi *Arch. giurid.* XXVI, p. 401-439.

legge di tutto l'impero. Ma l'impero abbracciava solo nominalmente tutte le genti divise in reami, in principati, in comuni; il diritto romano trovavasi di fronte al diritto canonico, al diritto feudale, ai diritti germanici, agli statuti, e sol più tardi produsse un *gius commune* (1).

A poco a poco scotendosi il mondo quasi da altissimo sonno, dirò con Erasmo (2), cadde il sogno medio-evale della restaurazione del sacro romano impero, si conobbe esser favola la promulgazione del diritto romano attribuita a Lotario; ma il diritto nostro nella pratica e nella scienza appariva universale; incominciavansi anzi a ricercare le ragioni intrinseche di questo carattere. I pratici dissero allora il diritto romano accolto dai popoli mediante l'uso e per ragione della sua bontà, non per volere di alcun imperatore (3). Così per la sua bontà narrasi che alcuni antichi giuristi longobardi lo preferissero al proprio diritto (4). Ragioni intrinseche della universalità del diritto romano additavano pure i culti interpreti di questo dopo il rinnovato amore della cultura classica e il trionfo dell'umanismo, scorrendo nel *Corpus iuris* un mirabile frammento della venerata antichità (5), degno perciò di culto universale, sebbene talora fossero piuttosto umanisti che giuristi.

Intanto mentre nella pratica consolidavasi sempre più il diritto romano, applicato quotidianamente anche da un supremo tribunale ecclesiastico come

(1) Mentre al tempo dei commentatori ad es. lo statuto del Comune consideravasi ancora come intangibile e il diritto romano doveva solamente supplirlo (BARTOLUS, ad l. 1 D. *de reg. iur.* 50, 17; BALDUS, ad l. 7, D. *de iust. et iur.* 1, 1) ai tempi del dotto card. DE LUCA, *De iudiciis* disc. XXXV, n. 66 l'ius municipale è l'eccezione di fronte all'ius commune, quello dice*si odiosum ac exorbitans* rimpetto a questo.

(2) *Epist.*, 417.

(3) Come si diffuse tra i pratici tedeschi (seconda metà del secolo XVII) questa nuova veduta, in specie per opera del Conring vedilo egregiamente in STINZING, *Gesch. der deutsch. Rechtsw.* II, p. 4. Si osservi che fra noi il DE LUCA, *De servitut.* disc. 1, n. 11 e 12 rigetta la favola di che è parola nel testo e dice le leggi romane accolte per il consenso dei popoli ed a ragione della loro intrinseca bontà.

(4) Per la nostra tesi è interessante ricordare che i giuristi longobardi della scuola di Pavia dicevano già il diritto romano *lex omnium generalis*. Vedi i passi delle fonti (*Lombarda*), così sagacemente additati da Merkel, in RUDORFF, *Roem. Rechtsg.* I, p. 336, nota 9. L'idea non era tuttavia connessa ancora con quella dell'*imperium mundi* proprio dell'imperatore e della legge imperiale.

(5) Ad es. pel Poliziano il *Corpus iuris* era principalmente un meraviglioso avanzo della classica letteratura e tal veduta rimase prevalente anche in taluni culti interpreti, che dimenticavano così lo scopo pratico dello studio delle leggi romane: onde l'opposizione ad essi di SCIPIONE GENTILI che non propendeva certo al rozzo metodo dei bartolisti, ma aborrisce le esagerazioni dei culti. Cf. il mio scritto *Arch. giur.*, XXVI, p. 433.

la Rota romana, si incominciò a magnificare il valore filosofico di quello. Già i glossatori vedevano nel diritto romano, oltre che una legge, una filosofia (1) e nel secolo XVI eravi in Francia chi lo considerava come la ragione scritta; ma tale idea e tal frase divennero comuni a tutti, dopo che, trionfante la scuola del diritto naturale, si disse contenere il diritto romano *gli eterni e perciò universali principi di ragione, insieme a taluni nei derivanti dalle contingenze storiche del popolo romano* (2). Non ho da dire quanto questa tendenza fosse lungi dal vero e come infine si limitasse ad esaltare una piccola parte del diritto romano disconoscendo insieme il vero carattere di questo. I buoni materiali per una completa analisi delle cause intrinseche della universalità del diritto nostro furono preparati da quella gloriosa scuola che si disse storica ed a torto sembrò antifilosofica, essendo anzi fornita di convinzioni filosofiche (3). Essa rivolse gl' intelletti ai fattori intrinseci del diritto romano mostrando esser questo un prodotto della coscienza popolare maturato attraverso ad una operosa evoluzione storica in cui non venne mai meno l'intendimento della realtà, in cui il nuovo si addentellò continuamente all'antico. Fu questa scuola che formolò la distinzione tra la base storica del diritto e l'aspetto tecnico che poi esso assume (4): distinzione che schiuse e può schiudere ancora nuove vie allo storico e al filosofo del diritto. Se tuttavia ci domandiamo quanta parte vive tutt'ora delle convinzioni della scuola storica, noi dobbiam tosto riconoscere essersi omai da queste assai discostato il modo di pensare dei romanisti contemporanei.

Non è irriverenza verso una scuola che ha prodotto l'odierno risveglio del diritto romano: essa appunto ci spinse ad analisi spregiudicate di ogni più minuta fibra dell'organismo giuridico del popolo romano e quanti più sono i fatti osservati e quanto più si osservano, tanto migliore è l'induzione. Di più quella scuola fu talora trascinata da un soverchio entusiasmo nel suo spirito di reazione alle idee del secolo scorso. Ciò dee dirsi anche a proposito dell'argomento che ci occupa.

Infatti per la scuola storica il diritto romano era un carattere ²⁷ prodotto della coscienza del popolo romano; era quindi un diritto nazionale e se ciò è vero per noi, non potea dirsi lo stesso della Germania, ove bisognò

(1) Così bene osserva il FOETI, *Ist. cir.* I, p. 259 e si potrebbe dimostrare un'influenza del diritto romano nei tempi di mezzo anche in scrittori non giuristi, in specie nei filosofi e politici.

(2) V. i miei *Fatti aur. del dir. rom.*, p. 211-212.

(3) V. la mia monografia nel *Circolo giuridico*. XIV, p. 151.

(4) SAYIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit* etc. (3^a ed.) p. 12 e bene PUCHTA, *Civilist. Abhandl.* Berlin 1823, p. 174-75. Questo concetto del diritto secondo la scuola storica ha un alto valore filosofico poco osservato. Cf. ZALLER, *Ueb. die von Puchta der Darst. des roem. Rechts zu Grunde gel. rechtshil. Ansicht.* in Leipzig. 1853. VANNI, *Ric. di filosof. scient.* IV, p. 693-721.

ricorrere alla finzione che i giuristi lo avessero colà reso nazionale come interpreti della coscienza popolare: asserzione non rispondente al vero storico (1) e non a torto combattuta (2). Inoltre giustificavasi il ricevimento del diritto romano in Germania (e lo stesso potrei dire in altri paesi) con una ragione estrinseca, quale quella di essere stato accolto per mezzo dei giuristi. Ma perchè questi lo preferirono al diritto proprio?

È merito di Ihering (3) di aver levato la voce in Germania per rendere al diritto romano quel carattere di universalità pel quale, come nella cerchia dei prodotti economici, così in quella del lavoro intellettuale prendesi il miglior prodotto là dove ci viene offerto, sia dentro ai confini della nazione, sia fuori di questa.

Nè meno esagerava la scuola storica nel dire il gius romano un prodotto spontaneo e quasi inconsapevole della coscienza del popolo e nel ravvisare la consuetudine in se stessa quasi unica fonte di tutto il diritto. Oggi si vuol determinare con più verità la parte che nello svolgimento del diritto ebbero in Roma talune istituzioni politiche e giudiziarie (4), distinguendo in pari tempo la consuetudine che vive incerta nel popolo, ed è alimentata dal sentimento, dalla consuetudine che, riconosciuta dal magistrato, si fa precetto giuridico e si perpetua mediante la riflessione scientifica e il consenso del legislatore (5).

Con tutto ciò io dissi e ripeto, o signori, esser oggi possibile, mediante la scuola storica, una completa sintesi delle cause che già in Roma prepararono la universalità del diritto che noi studiamo. E tenendo appunto per

(1) Per quanto SPINZING, *Gesch. der populären. Literat. des röm., und kanonisch. Rechts in Deutsch.* p. XXIII seg. cerchi attenuare il significato della opposizione nazionale allricevimento del diritto romano in Germania nel secolo XV e XVI, è certo che il popolo tedesco non era favorevole alla introduzione del diritto romano nei tribunali, scambiando naturalmente il diritto con la imperizia o il malvolere di chi lo applicava. Io leggo d'altra parte in THIBAUT, *Civilst., A handl.* Soleid. 1814, p. 4 16 che quando il Leibnitz fece i famosi elogi del diritto romano, in moltissimi tedeschi vi fu un senso di meraviglia e quasi di disgusto.

(2) WINDSCHEID, *Pand.* I, § 10, nota 3.

(3) *Geist des röm. Rechts* I, p. 1-16.

(4) V. l'interessante opuscolo del PUNTSCHART, *Der entsch. Einfluss der Gesetzgeb. und der staatl. Einrichtung. der röm. Republik auf die universelle Bedeut. des röm. Privatrechts* Innsbruck 1880.

(5) Una negazione del valore giuridico della consuetudine come fonte del diritto trovasi nella recente opera di SCHULTZE, *Privatrecht und Process in ihr. Wechselbezieh.* I, Freib. und Tübing. 1883, ma io credo che si debba distinguere la consuetudine popolare, che è la materia prima, dalla consuetudine, che riceve impronta giuridica dal magistrato o dal giureconsulto. Così essa diventa diritto scientifico od *usus fori*.

guida una distinzione di essa scuola, noi vediamo assidersi in Roma il diritto sopra una base storica quale non si era presentata nelle precedenti civiltà. Ivi la persona umana in se stessa apparve subietto di diritti; ivi le anguste forme del gius civile caddero a poco a poco lasciando i rapporti giuridici nella loro razionale semplicità; ivi apposite istituzioni dettero opera continua a convertire in precetto il sentimento giuridico del popolo. Assunse così il diritto un aspetto tecnico nuovo. Dove in Grecia furono legislatori, filosofi, oratori che pur si occuparono del diritto componendo leggi, discutendo del buono e del giusto, trattando elegantemente le cause, in Roma furono pontefici, pretori, giuristi che senza comporre troppe leggi, senza abbandonarsi a filosofiche dissensioni, pur possedendo una propria filosofia (1), senza curare soverchiamente l'oratoria che poco si addiceva alla natura istessa del giudizio privato, tenuto spesso in casa del cittadino (2), crearono una scienza del diritto privato come non si era ancor veduta presso gli antichi, nè mai forse si vedrà presso i moderni.

Io toccherò brevemente queste singole cause della universalità del diritto romano più per scopo di sintesi che di analisi, distinguendo la parte che spetta al sentimento giuridico del popolo romano, da quella che fu propria dei suoi magistrati e giureconsulti.

Parve ad un compianto maestro mio causa precipua dell'universal carattere del diritto romano l'aver esso riconosciuto egualmente in ogni umana persona la capacità di diritti, giungendo così ad un'astratta nozione del diritto subiettivo (3). Ed invero, senza risalire a comparazioni col remoto ed oscuro Oriente, ci avvertono i dotti espositori del diritto attico che a questo mancò l'astratta veduta giuridica romana per la quale ogni uomo, purchè libero, era subietto di diritti (4). Facile cosa ed elementare sembra a noi dir che ogni uomo è persona, cioè capace di diritti? Pur ieri lo straniero consideravasi appena capace di quei diritti che gli appartenenti allo Stato che l'ospitava godevano nella patria di quello; e nel medio evo ~~era~~ dale il forestiero che veniva in qualche castellania dovea rendersi soggetto al barone o perdere tutto il proprio o anche divenire servo! (5)

(1) Rimando alla dotta monografia del MORIANI, *La filosofia del diritto nel pens. dei giur. rom.* Firenze 1876 e ad un mio opuscolo *Il moderno positivismo e la filosofia dei giur. rom.* Urbino 1881.

(2) VITRUV. *De Architect.* VI, 8, 1 descrivendo l'ideale di una ricca casa romana parla perciò di un luogo pei *privato iudicia* ossia pei giudizi civili ed è certo che spesso si tenevano nella casa del giurato tanto che TACITUS, *De orator.* 39 dice a ragione che quel modesto luogo (tanto più modesto quanto più la casa non era sontuosa e ricca) non si prestava a far fiorire l'oratoria.

(3) BRUNS, *Gesch. und Quell. des rom. Rechts* § 3 (in HOLTZEND., *Enzyklop.* I p. 105 4 ed.).

(4) HERMANN, *Griechische Rechtsalterth.* Freib. und Tübing 1884, p. 4.

(5) V. le fonti in MICHELET, *Orig. du droit français* Bruss. 1840, II, p. 267-68.

Ma torniamo ai giureconsulti romani. Essi dicono che tutto il diritto sorge a cagione degli uomini, che vi è un diritto dalla ragion naturale fra gli uomini tutti costituito e presso di loro egualmente conservato (1). Come giunse Roma a quest'alto concetto del diritto? Tali formole scientifiche sono conseguenza della pura speculazione filosofica? No per certo. Mediante il complesso svolgimento dei fatti storici, negli attriti del nuovo col vecchio, nella lotta delle classi sociali si venne formando il sentimento popolare del diritto comune ad ogni uomo; la formola scientifica fu il prodotto della riflessione dei dotti, espresse, non creò la coscienza nazionale (2).

Noi siamo abituati ad arrestarci alla antitesi dell'*ius gentium* con l'*ius civile*, ma un'erudita indagine non può prescindere dal risalire alle cause storiche che quell'antitesi produssero. Apparirà allora, prima di questa, un'altra antitesi tra il diritto gentilizio e quello delle plebi che potrebbe in certo aspetto dir vertente tra l'*ius gentilicium* e l'*ius civile* (3). Tra l'opera dei plebei e quella dei forestieri nello svolgimento del diritto in Roma esiste un nesso che non può esser dimenticato (4): i primi rendono soggetto del diritto il cittadino, i secondi l'uomo; gli uni e gli altri perfezionano il gius romano con quel lavoro incosciente che spesso contiene il germe di futura civiltà. Così il diritto da gentilizio si fece civico, da civico universale od umano, come dice un nostro filosofo (5). La vera base del diritto era trovata ed oggi pure non possiamo che coronar l'edificio codificando il diritto internazionale privato.

Vedono i moderni storici nella plebe romana un' operosa e valida forza rinnovatrice della costituzione dello Stato; l' antagonismo fra patrizi e plebei è tuttavia soggetto di esame principalmente riguardo al diritto pubblico; nel diritto privato credesi da taluno di poca importanza (6). Mancando infatti sicure testimonianze per il lontano periodo delle origini di Roma, si fanno le più disparate ipotesi; chi dice la plebe essersi trovata rimpetto ai patrizi nella stessa condizione dello straniero privo di diritti di fronte al cittadino geloso dei propri, chi dice esser sempre esistita fra la plebe e i patrizi una comunanza di diritto privato (7).

(1) L. 1, § 3, l. 9 D. *De iust. et iur.* 1, 1.

(2) Così per la scuola storica: antecedentemente si era soliti dire che ad es. l'*ius gentium* era un prodotto della speculazione ellenica trapiantata a Roma etc. Anche il circolo inflessibile del patriziato sembrava infranto dallo spirito filosofico a TROPLONG, *Infl. du Christ. sur le droit civ. des Rom.* ch. IV.

(3) L'appellazione di *ius gentilicium* è di GAIUS, III, li e di CICERO, *De orat.* I, 39.

(4) Bene intraveduto da IHERING, *Geist* I, p. 233 c 245.

(5) BOVIO, *Storia del dir.*, p. 169.

(6) V. anche il mio scritto *Arch. giur.* XXXIII, p. 3-21.

(7) PADELLETTI, *Man.* p. 14, ammette riccinnente questa comunanza. La tesi del tutto contraria è sostenuta ad es. da LAURENT, *Dr. civ. intern.*, p. 292. V. le osservazioni di Fadda in GIANZANA, *Lo straniero* I, 1 app. p. 11.

La folla plebea venne ben presto accolta in Roma nella generica classe dei *cives*. Lo dice una tradizione storica quasi concorde (1), nè mi sembra che possa rigettarsi. Ma lo Stato antico ammise, come in Grecia, delle classi che, fornite di cittadinanza o considerate in una condizione simile a questa, non ebbero tuttavia eguaglianza di diritti con le classi dominanti (2). In Roma pure la cittadinanza risultò da un complesso di facoltà quali il *commercium*, il *connubium*, il *suffragium*, gli *honores* che poterono anche venir parzialmente concesse ai cittadini senza che per tale difetto cessassero di esser tali. Ammesso pertanto che i plebei fossero cittadini, non ne viene necessariamente che avessero comune coi patrizi il diritto privato. Noi possiamo ritrovare il momento in cui ai plebei fu concesso di contrarre nozze coi patrizi, di votare nei comizi del patriziato, di essere eletti alle magistrature. Di quattro elementi della completa cittadinanza, solo uno, cioè il *commercium*, facoltà di contrarre obbligazioni ed acquistare e trasmettere i beni, ci fa sorgere dubbi. Ebbero i plebei sin da principio il *commercium* coi patrizi? Io lo credo, avendo i Romani già nei primordi concesso tal facoltà anche ai forestieri deditizi abitanti fuori e sopra la città (3). Il *commercium* era forse limitato alle cose mobili, non ancora esteso ai fondi: si concretava in specie nei mutui fatti dai patrizi ai plebei con la forma del *nexum*. Nè è da dimenticare che altre relazioni giuridiche fra patrizi e plebei, quantunque con forma contrattuale non ancora riconosciuta dall'*ius civile* (p. es. la *emptio venditio*, la *locatio conductio op.*) potevano sorgere per l'esercizio dei mestieri propri dei plebei (4), almeno nei casi in cui eccezionalmente per quel periodo autoproduttivo non fosse stata sufficiente al patrizio l'opera dei clienti e dei servi. Ora, quando intreccia-

(1) Vedi le fonti in PADELLETTI, *o. c.* p. 13. La tradizione fa tuttavia sorgere dubbi anche al BONGHI, *Stor. di Rom.*, 1, p. 145, ma si riserva di spiegare i motivi del suo dubbio nel seguito dell'opera.

(2) PLATO, *De repub.*, IV, p. 422. E (*Did.*) dice a ragione che ogni Stato greco non è uno, ma ne contiene più.

(3) Ai *foreti et sanates* già nelle XII tavole (*Tab. XI*, 6 Voigt). Nega assolutamente che i plebei avessero il *commercium* il DURUY, *Hist. des Romains* I, p. 72 nota 1 (Paris 1879). Molto a proposito, secondo me, il BERTOLINI, *Rivista stor. ital.* I, p. 208 allude a questo *ius commercii* dei plebei come base naturale della loro piena capacità politica posteriore che essi poterono raggiungere, essendo già provvisti della personalità civile.

(4) Anche GAUDENZI, *Arch. giur.* XXXII, p. 272 giustamente osserva che il lavoro degli schiavi alle origini non aveva ancora sopraffatto quello dei liberi di umile condizione. I bisogni della famiglia romana primitiva sotto un aspetto industriale ed economico sono stati saggiamente analizzati dal VOIGT, *Die XII Taf.* I, § 4. Così DURUY, *o. c.*, I, p. 72 nota 1 crede che i plebei esercitassero i mestieri, onde il loro culto per Mercurio: pare negli ciò PANTALEONI, *Stor. civ. e cost. di Roma*, I, p. 103-104.

vansi relazioni valide tra un patrizio e un plebeo doveva naturalmente sorgere il sentimento di un diritto indipendente dalla appartenenza dell' individuo alla *gens* o casata patrizia. Si formò così a poco a poco il sentimento di un *ius* comune ai sommi e agli infimi, ai ricchi e ai proletarii i quali tutti appartenevano alla stessa città: un *ius civile* rispetto al quale l' *iris gentilicium* doveva ben presto, invertendosi i termini, restare come diritto particolare connesso con le tradizioni di famiglia o coi riti religiosi (1). Da quel sentimento scaturirono le leggi delle dodici tavole che gettarono le fondamenta legislative di una quasi totale eguaglianza di diritto tra patrizi e plebei (2). Questi avevano fatto ciò che alle infime classi nelle città greche non era mai riuscito.

Così alla *gentilitas*, fonte primitiva di ogni diritto, sostituivasi la *civitas*. **Noi**, risalendo agli antichitèmpie i quali esistono testimonianze storiche, troviamo il diritto in Roma proprio del cittadino e solo di lui. Ma questo egoistico concetto non poteva durare, come era durato nella civiltà greca (3). Il popolo romano accoglieva genti, costumanze, religioni forestiere assimilandosele; sapeva che Atene e Sparta eran cadute per aver rigettato i forestieri (4). A noi qui poco importa che la *civitas* dal pomerio della città si estendesse dapprima, se bene con limitazioni, ai latini, poi a tutti gl'italiani, indi anche a taluni luoghi delle provincie. Era sempre l'idea del diritto connesso con la cittadinanza. A trasformare il sentimento giuridico romano richiedevasi una scissione del diritto dalla cittadinanza. Ciò accadde quando si videro in Roma individui sforniti della cittadinanza contrarre valide relazioni giuridiche sia tra loro, sia coi romani ed esser anzi giudicate da un apposito magistrato. Sebbene fino dai primordi di Roma, cittadini e forestieri del vicinato contraessero vicendevoli relazioni giuridiche, ciò sembrava naturale essendosi comunicata ai forestieri quella frazione della cittadinanza che consisteva nel *commercium* (5): non così dopo il secolo

(1) Così la *confarreatio* come forma di contrarre matrimonio pei *flamines maiores* etc. GAJUS, I, 112. TACIT. Ann. IV, 16. Così nell'eredità dei gentili, al qual proposito GAJUS, III, 47 dice: *totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse*.

(2) Rimasero tuttavia differenze caratteristiche delle due classi anche per ciò che riguarda il diritto privato. V. ciò che scrissi *Arch. giur.*, XXXIII.

(3) Allo straniero accordavasi soltanto la ospitalità in Grecia, nè esso poteva agire in nome proprio senza essere rappresentato da un cittadino. Quanto ai giudici per gli stranieri di cui parla GILBERT, *Hand. der griech. Staatsalt.* II, p. 296 Leipz. 1885 non sono in alcuna guisa da paragonarsi al *practor peregrinus*.

(4) V. le belle parole che TACIT. Ann. XI, 24 mette in bocca all'imp. Claudio: *quid aliud exitio Lacedaemoniis et Atheniensibus fuit... nisi quod victos pro alienigenis arcebant?*

(5) Il PUCHTA, *Das Gewohnheitsr.* I, p. 25 osserva che il primitivo commercio

sesto della città, quando cominciarono a farsi quotidiane le relazioni giuridiche *tra cives e peregrini*, senza neppur le forme del diritto civile romano. Nel popolo dovea sorgere naturalmente l'idea che quel complesso di facoltà (che la riflessione scientifica disse poi costituire *Pius privatum*) è indipendente dalla condizione di cittadino. Il sentimento della cittadinanza nel diritto privato si residuò a talune forme e a taluni istituti propri solo dei cittadini.

Questa è l'ampia base storica su cui la giurisprudenza romana potè costruire l'astratta nozione del soggetto dei diritti: essa lo trovò nel *homo*. Purtroppo, ben dice il Voigt (1), *homo* fu sinonimo di *homo liber*: la schiavitù fu l'unica imperfezione della base storica su cui lavorarono i giureconsulti di Roma. Ma prima di dispregiare il diritto romano perchè ammise la schiavitù, è d'uopo ricordare che essa fu propria di tutto il mondo antico, che appena ieri fu cancellata dalla civile Europa, che resta pur troppo ancora in altre parti del globo. La schiavitù (derivata da un grande errore economico che faceva scorgere nello schiavo il necessario strumento del lavoro, dalle crudeli conseguenze della guerra rimpetto alle quali sembrava pietà far vivere servo, anzi che uccidere, il prigioniero, dalle istesse massime dei filosofi antichi) era per i romani, come per gli altri popoli, un istituto radicato più nella costituzione politica che nel diritto privato; non poteva cancellarsi da magistrati o giureconsulti. Questi tuttavia tendevano praticamente e scientificamente a riconoscere la personalità dello schiavo.

Fu a ragione osservato che se al tempo dei classici giureconsulti un imperatore romano, anticipando di secoli la collezione giustiniana, avesse raccolto il diritto come trovavasi allora, certo questa compilazione sarebbe stata più completa, più ricca, più scientifica del *corpus iuris*, ma molto probabilmente non avrebbe ottenuto autorità e validità nella nuova Europa essendo allora il diritto romano ancor sì pieno di vita nazionale, sì caratteristico, sì dettagliato ed artificioso nelle sue forme che i nuovi popoli non si sarebbero acconciati alla signoria di un diritto tanto straniero (2). Come si è dunque liberato il diritto romano dalle rigide forme nazionali? Anche questo lavoro di semplificazione fu preparato dalla coscienza popolare, compiuto dalla giurisprudenza.

I plebei per i primi hanno svinecolato il diritto romano dalle forme sacrali e politiche; so bene che è oggi impossibile ricostruirci con verità isto-

internazionale avvenne fra romani e vicini già per lo più forniti del *commercium*: quindi lo scambio era regolato dall'*ius civile*. Una conferma di quest'asserzione si può trarre dal passo delle XII tavole riguardante i delitti *supra infraque urbem* di cui dicesi: *noxam mancipiumque idem quod Quiritium esto*.

(1) *Ius naturale* I, § 80.

(2) BLUNTSCHLI, *Die neuer Rechtsschul. der deutsch Jurist.* Zürich 1862, p. 24.

rica il misterioso periodo dei primordi della città : abbiamo tuttavia qualche raggio di luce per quella oscurità. Rapporti giuridici sorgono necessariamente dovunque famiglie ed individui si trovano ; così nella plebe matrimoni , contratti, testamenti erano inevitabili. Ma i patrizi compievano tali atti nelle assemblee politiche, con riti religiosi e con l'intervento dei sacerdoti. Se pertanto quelle assemblee e quei riti non furono alle origini comuni ai plebei (1), questi dovettero compiere gli atti giuridici con forme semplici non sacrali, nè politiche. Se la plebe risultava di stirpi diverse soggiogate od ospitate , ah! sa quanta parte dell'oro diritto hanno conservato, quanta ne hanno fuso insieme cominciando così quel lavoro di assimilazione che poi è visibile solo più tardi, perchè più tardi incomincia per noi l'istoria? Il Vico dette grande importanza al primitivo diritto plebeo dicendolo basato sulla natura e sulla buona fede : tra i plebei erano i matrimoni regolati dalla natura, le parentele dal vincolo di sangue anzi che dalla agnazione patrizia , i contratti dalla parola data (2). Antichissime furono in Roma quelle obbligazioni non vincolate alla forma, ma alla buona fede dei contraenti le quali dalla plica quotidiana passarono assai tardi nel sistema contrattuale dei giureconsulti (3). Chi può dire se esse non derivavano la loro origine dal gius della plebe? Intanto è certo che nel sentimento popolare primitivo la forma gentilizia degli atti giuridici dovette ben presto apparire come estrinseca, inutile, non essenziale ad essi.

Tal convinzione della diversità della forma gentilizia dal contenuto degli atti giuridici si originò facilmente, perchè l'*ius gentilicium* con cui quella forma era collegata si convertì ben tosto in un diritto di poche famiglie rispetto ad un *ius commune* ad una gran moltitudine (4). Più difficilmente dovette sorgere e farsi forte il sentimento della inutilità delle rigorose forme dell'*ius civile*. Nel mondo antico ogni popolo concepiva il proprio di-

(1) Tesi sostenuta con molta dottrina dal VOIGT, *Die XII Taf.* I, § 26 ed ora dal KARLOWA *Röm. Rechtsg.* I, p. 63 e che, malgrado i dubbi di autorevoli scrittori, sembra a me la più vera e la più conforme alla natura della primitiva costituzione di Roma.

(2) VICO, *De constant. philology.* p. 397-98 (Op. ed. Ferr. III) ha per primo intuito la grande importanza di questo diritto plebeo così spoglio di forma esteriore, vicino alla natura e alla buona fede, basato sulla persona come tale. Il concetto fu largamente sfruttato dai romanisti della scuola storica, ma pochi hanno citato il Vico.

(3) PERNICE, *M. Antist. Labeo* I, p. 407.

(4) Questo fatto molto importante per lo storico del diritto romano è sovente trascurato. Eppure il patriziato si era chiuso in Roma in un circolo che presto lo uccideva: le antiche famiglie venivano meno e fu anzi meraviglia che tanto sieno durate. Cf. MOMMSEN, *Röm. Geschichte* I 7 ed. p. 87. WILLEMS *Dr. pub. rom.* 4 ed. p. 71 Quindi *Ius gentilicium* doveva naturalmente sembrare estinto, le sue forme dovevano sembrare fossili.

ritto come esclusivo patrimonio nazionale: e il diritto pel popolo, specialmente in un periodo d'infanzia, si estrinseca nelle forme che divengono così l'aspetto visibile della nazionalità del diritto. Nè si dimentichi che i romani erano eminentemente formalisti, che per loro l'adempimento del cerimoniale garantiva la bontà di un atto, (si pensi all'uso dell'aggettivo *iustus* (1) nel loro diritto pubblico come nel privato), che la certezza del diritto, voluta ed ottenuta con l'agitazione per le leggi decemvirali, era assicurata dalla certezza delle forme esteriori. Eppure anche le rigorose forme nazionali del diritto civile dovevano apparire assai presto inutili, dannose anzi al popolo stesso. Ciò che Gaio ci narra della procedura antica che venne in uggia al popolo per le rigorose e pedantesche formalità, doversi dire anche delle forme degli atti giuridici secondo l'*ius civile* romano. Il popolo languavasi delle *ius angustiae* e delle *ius iniquitates* (2).

Il diritto sorge nell'atrito degli interessi, si modella secondo le condizioni economiche della società, ha bisogno di essere tanto più spedito, quanto più il commercio (uso genericamente questa parola) fiorisce. Sembra che già tra i cittadini romani certi atti giuridici attinenti al movimento economico della ricchezza fossero conclusi con forme differenti da quelle troppo anguste del diritto fissato nella legge; io non uogo recisamente questa recentissima asserzione del Karlowa (3); tuttavia credo che le relazioni tra cittadini e forestieri abbiano convinto il popolo che agli atti giuridici nociva è una troppo rigorosa e complicata forma. Quando numerosissimi furono i rapporti giuridici conclusi tra *cives* o *peregrini* con formalità semplici, con parole a talento dei contraenti o i processi tra quelli venner definiti senza legame di formole immutabili (4), si maturò nella coscienza popolare la vera lotta tra le forme dell'*ius civile* o quelle dell'*ius gentium*: le prime sostenute dal sentimento nazionale e formalista, le seconde accreditate dal bisogno di semplicità e celerità negli affari. Per i forestieri dovevasi, è vero, dar giudizio secondo la legge loro (5); ma in pratica ciò era

(1) Così *iustum parum piumque ductum, iusta servitus, iusta possessio* etc. dove l'aggettivo indica conformità alle norme o ai precetti del diritto senza includere la idea della intrinseca bontà o giustizia dell'atto.

(2) GAIUS, IV, 30 dice che la *legis actiones ex nimia subtilitate paulatim in adium venerunt*. Così parla di *ius iniquitates* corrette dal pretore III, 25. Si riconosce la esistenza in passato di *ius angustiae* ad es., nel § 3 I *de sen. tert.* 3, 3 e molti passi di tal genere si potrebbero citare.

(3) *O. c.*, I, § 59.

(4) Per le forme più semplici del processo dei *peregrini* v. VOIGT *die XII*, *raf.* I p. 640.

(5) Interessante memoria in questo proposito è quella del FUSINATO, *Le droit intern. de la rep. rom.* (Extr. de la *Rev. de droit. intern.* Bruss. et Leipz. 1885) ove si accennano molti punti ancor degni di studio malgrado la ricca nostra letteratura.

difficile perchè essa non poteva esser conosciuta con esattezza dal magistrato romano: era pur anco impossibile se di nazione diversa fossero stati i contraenti, o l'uno romano, forestiero l'altro. Quindi il giudice dovette lasciarsi condurre dal proprio naturale criterio; dal consiglio dei giuristi, dall'esame intimo del caso, dalla equità che consisteva anche, secondo i romani (1), nel ricercare ciò che le parti avevano veramente voluto. La forma degli atti giuridici sembrava quindi cosa secondaria. Se il *praetor peregrinus* e gli *iudices*, cui esso ricorreva, compievano quotidianamente questo lavoro di analisi e di semplificazione, il risultato influiva nella coscienza popolare, allargava il contenuto del *mos civitatis* (2), finiva per modellare l'editto del pretore urbano.

I giureconsulti poterono poi contrapporre negli atti giuridici la *voluntas* di chi li compie al *rigor iuris civilis* (3), quando già in coscienza giuridica del popolo era in possesso di questa più larga veduta.

Ma non dobbiamo esagerare l'opera di questa pieghevole e progressiva coscienza giuridica del popolo romano nella quale si rispecchiavano così lucidamente i fattori politici ed economici della relativa civiltà. Ed esagerazione vi fu, come dissi, anche per parte della scuola storica, la quale asseriva tutto quanto il diritto nato dalla consuetudine, cioè generato dal costume e dalla convinzione popolare e quindi dalla **giurisprudenza: dunque** pertanto, secondo una sua nota frase, mediante forze **intime e** tacitamente operose, non per l'arbitrio di un legislatore (4). Eppure, esaminando attentamente lo svolgimento del diritto romano, sembra più ragionevole dire che fra la consuetudine e la convinzione popolare da un lato e la **giurisprudenza** dall'altro furono in Roma operose forze intermedie che se non sono legislative, a queste grandemente somigliano. Esse estrinsecarono il sentimento giuridico del popolo, ne fissarono le consuetudini; la giurisprudenza non lavorò direttamente per indagare la coscienza giuridica popolare, poi che questa erasi in modo mirabile manifestata mediante quelle forze.

Nel popolo il diritto appare anzitutto come un sentimento ed un' aspirazione a regolare in un modo piuttosto che nell'altro quei rapporti della vita quotidiana che hanno bisogno di norme giuridiche: cambiandosi le condizioni sociali, nuovi sentimenti ed aspirazioni sorgono: si vuole sostituire un'altra norma giuridica a quella esistente. Ora il legislatore può esaminare quale sia il sentimento del popolo ed appagarlo nelle massime di un codice, il giureconsulto far simile esame e costruire scientificamente un sistema di diritto rispondente al sentimento popolare. Ma tale esame del sentimento popolare è difficilissimo. Come gl'individui dimostrano con atti

(1) Cf. i passi riuniti dal VOIGT, *Ius naturale* I § 70-74.

(2) V. le belle ricerche del KUNTZE, *Krit. Vierteljahrsschr.* IX p. 514 sg.

(3) L'antitesi è di Ulpiano XXV, 1.

(4) SAVIGNY, *Vom Beruf* p. 14.

esteriori il proprio carattere, così per i popoli conviene osservare in qual modo si conducono di fronte alle diurne esigenze della vita, alle multiforini relazioni in cui s'incarna il diritto. Vedonsi allora norme seguite costantemente, trasmesse dai padri ai figli, adottate perciò dal popolo col convincimento che sieno il vero ed utile diritto. Ogni giorno poi, mediante bisogni e rapporti nuovi, questo patrimonio popolare di norme giuridiche cresce e si trasforma. Pertanto se anche un tempo l'opera del legislatore esprime in precetti giuridici le consuetudini del popolo, in breve queste si rinnovano; la legge *contradice* al sentimento popolare. Ciò che quasi sotto i nostri occhi è accaduto pel diritto commerciale, ove è oggi tanta esuberanza di vita, avveniva assai celermente in Roma dopo le leggi delle XII tavole; la città si ampliava, il commercio cresceva, i costumi si modificavano, la ricchezza tendeva ad esser prodotta e distribuita in modo diverso da quello della primitiva società romana. Eppure le leggi decemvirali rimanevano in pregio e a mano a mano piegavansi ai rapporti nuovi perchè le nuove aspirazioni e le nuove consuetudini popolari erano accolte in sussidio della legge.

Io non nego che il sentimento popolare veniva anche talora appagato dalla legislazione comiziale in quegli argomenti di gius privato che più son connessi coll'ordine pubblico (1): ma ciò è ben poca cosa di fronte al grande numero di massime nuove che l'interpretazione delle XII tavole e gli editti dei pretori introducevano nel gius romano. Le convinzioni e le consuetudini popolari erano bensì la base di queste nuove massime, ma non già che quelle senz'altro potessero costituire il nuovo diritto da aggiungersi all'antico. La consuetudine che risponde al sentimento del popolo è incerta, frammentata a molti elementi, ingombra anche talora da pregiudizi, è d'uopo fissarla, semplificarla, convertirla in precetto giuridico. Dopo ciò mi sembra molto naturale che Pomponio, Gaio, Papiniano (2) non pongano tra le fonti del diritto romano la consuetudine del popolo; essi hanno piuttosto preso a considerare il momento in cui questa è convertita in precetto giuridico ed entra così nel diritto romano mediante altra fonte. Due massimi organi per dar questa giuridica impronta alle consuetudini furono il collegio dei pontefici dapprima, il pretore dipoi. Gli stessi decemviri che scrissero le leggi delle dodici tavole con lingua e tecnica giuridica sembrano essere stati allievi dei pontefici: questi non per abusivo, ma per legittimo ufficio (3)

(1) Cf. FERRINI, *Stor. delle fonti* p. 11.

(2) L. 2 § 12 D. *de orig. iur.* I, 2 (Pomp.), GAIO I, 2; l. 7 D. *de iust. et iure* I, 1 (Papin.) Anzi Pomponio identifica l'*ius non scriptum* con quello *quod in sola prudentium auctoritate consistit* come che, pur basato sulla coscienza popolare, riceve forma tecnica dai giureconsulti.

(3) Già il MOMMSEN, *Röm. Staatsr.* II, p. 20 e nota 2 aveva insegnato che il pontefice massimo fu investito d'*imperium* dopo la cacciata dei re, pari a quello che questi avevano; la tesi per ciò che riguarda la competenza legittima

erano un consesso di giurisperiti, interpretavano autenticamente il diritto; regolavano i processi, supplivano alle lacune della legge accogliendo norme nuove basate sulle aspirazioni e sulle consuetudini del popolo. Furono un organo quasi legislativo; l'interpretazione delle dodici tavole, cui presero tanta parte, venne detta *ius civile* come il giuriscritto nelle leggi. Ma del collegio pontificale poco sappiamo: più ci è palese l'opera del pretore romano. La consuetudine ed il sentimento giuridico popolare non acquistano mai tanta validità e certezza alle norme che creano, come allora che queste vengono riconosciute in un giudizio e secondo esse vien decisa la controversia: valgono così allo stesso livello della parola della legge. Massima parte del diritto romano è scaturita da questo affermarsi processualmente del sentimento giuridico popolare mediante l'ufficio del pretore, che per la sua speciale posizione e per le guarentigie di cui era circondato, trovavasi mirabilmente in grado di estrinsecare il diritto vivente nella consuetudine (1). Esapeva bene esso che il popolo trovava le antiche leggi barbare, pedantesche, incomplete. Ma il pretore era un giureconsulto o si valeva del consiglio dei giureconsulti; anche i più antichi editti 10 dimostrano (2); si avvicinava coll'opera sua a quella del legislatore; gli editti Sembravano *leges annuae* (3). La città greca non ebbe pretori, ma giudici di cui diffidava (4). Sembra dunque che forze coscienti, palesi, talora individuali (non misteriose, incoscienti, nè in tutto collettive) producessero un riconoscimento quasi legislativo delle consuetudini del popolo romano, dessero forma giuridica precisa alle aspirazioni di questo, preparassero i materiali che poi dovevano servir di base alla vera e propria scienza del diritto. Consuetudini ottime, aspirazioni popolari meravigliose sarebbero rimaste silenziose nella folla se prive di appositi organi di estrinsecazione; la scienza del diritto avrebbe dovuto cercar prima i materiali, poi elaborarli. Senza quei mezzi (di estrinsecazione e di fissazione) si perdettero appunto tante mirabili consuetudini dei popoli antichi (5).

dei pontefici anche nella interpretazione ed applicazione del diritto civile fu sostenuta con molta evidenza dal PUNTSCHART, *Die Entwickl. des grundgesetzl. Civilrechts der Römer* p. 32-43 e nel suo opusc. cit. in nota 15. Mi piace ricordare che anche CICERO, *de dom.* I, 1 dice essere stati istituiti i pontefici per presiedere alla religione tutelare gli interessi privati dei cittadini.

(1) Contro questa asserzione cf. adesso WLASSAK, *Edict.* p. 8.

(2) KARLOWA, *O. c.* I, § 60-61

(3) CICERO, *in Verr.* II, 1, 42.

(4) GILBERT, *O. c.* II, p. 344 narra come gli stati greci chiamarono giudici stranieri non avendo fiducia nei propri.

(5) È debito ormai pel romanista di citare la dotta opera del LEIST, *Gracco-ital. Rechtsg.* § 71-81 ove si mostra la esistenza di queste consuetudini presso tutti gli arii: ma chi ne conosce il preciso contenuto?

Chi volesse analizzare la coscienza giuridica popolare corno si era venuta formando in Roma nel periodo di tempo scorso fra il decemvirato e l'impero, vi troverebbe una sovrapposizione di massime diverse, uncozzar dei principii nuovi cogli antichi, un'aspirazione ad un diritto più semplice, più spedito, più umano (1). Infatti la giurisprudenza era divenuta un mosaico di norme scaturite da fonti diverse: dalle dodici tavole, dall'antica interpretazione di queste, dalle nuove leggi, dall'*ius gentium*, dagli editti dei pretori. Stando così le cose lamentavasi una soverchia quantità di leggi (2); chi poi guardava scientificamente il diritto lo vedeva risultare da un cumulo di principii ammassati e disgregati anzi che intimamente connessi (3). I reggitori dello stato divisavano perciò di comporre le sparse leggi in un solo codice (4), i filosofi di raggruppare sinteticamente gli sparsi principii, facendo opportune partizioni, traendo logiche conseguenze, dando al diritto aspetto di sistema scientifico (5). Ma per l'una e l'altra aspirazione non erano ancor maturi tempi al chiudersi dell'età repubblicana di Roma, sebbene quei materiali fossero pronti che la giurisprudenza avrebbe fuso a poco a poco. Come i grandi giureconsulti francesi dei secoli scorsi indagando i fat tori romani e nazionali del loro diritto no preparavano la fusione spianando in strada al codice napoleonico (lavoro simile a quello iniziato pel codice generale tedesco dalla scuola del Savigny), così i classici giureconsulti di Roma volevano fondare una vera e propria scienza del diritto indagando i fattori del gius nazionale. Essi perciò lavoravano stille leggi esistenti, studiavano l'editto, cercavano quali fossero gl'istituti dell'*ius gentium*.

Mentre la giurisprudenza ha toccato il suo apogeo in Roma sotto l'impero, sarebbe ingiustizia dimenticare i giureconsulti più antichi, detti *veteres* dai posteriori. I Romani, esagerando per certo un poco, credevano che sino dai primordi fosse esistita presso di loro una scienza del diritto, che quasi il diritto fosse sorto mediante l'opera dei giureconsulti (6). Il vero

(1) Così mentre ben presto il caso giuridico sembrò strozzato dalla procedura delle *legis actiones*, poi secondo SENECA, *Contrac.* II, 13, *De Clem.* II, 7 anche la procedura *per formulas*, non era più l'ideale di una libera ed equitativa considerazione di esso.

(2) V. ad es. LIVIUS, III, 34, SVETON. Caesar, 44 (*ex immensa diffusaque legum copia*).

(3) CICERO, *de Orat.* I, 42. Cf. GELL. N. at I, 22.

(4) Pensiero di Pompeo (ISIDOR. *Orig.* V, 1) e di Cesare (SVETON. *Caesar* 44).

(5) CICERO. *De Orat.*, I, 42, 189-90.

(6) Onde la frase di Pomponio relativa a Mucio, Bruto e Manilio *fundaverunt ius civile* (l. 2, § 39 D. *de or. iur.* 1, 2), di GAIUS IV, 30 *veteres qui iura, condiderunt*; e a dir breve, dall'*Enchyridion* di Pomponio si riceve l'impressione che sino il più antico diritto romano sia opera di pontefici e giureconsulti.

si è che l'opera dei giuristi fu sempre grandissima nello svolgimento del diritto romano: non può crederlo chi troppo s'innamora di una dottrina che, pari a quella che faceva uscire tutto il diritto dal cervello del legislatore, lo fa scaturire tutto quanto già formato dalla coscienza popolare. Ciò contraddice alle stesse vedute del Savigny. Giuristi furono i decemviri, i pontefici, i pretori; giuristi consigliarono sempre il popolo, furono interpellati in ogni atto della vita (1). Di nuovo nella scienza del diritto sotto l'impero non vi fu che l'indirizzo e lo scopo: durò l'antico metodo, l'istesso carattere pratico della giurisprudenza. Ma i *veteres* vissero in un periodo in cui le svariate norme giuridiche stavano formandosi, i più recenti giureconsulti sentirono il bisogno di dominare le molteplici norme per costruire gl'istituti giuridici (2); quelli eran ancor troppo sotto l'influenza del sentimento nazionale, questi poteron dire: « *non tam spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat* (3) ». E soltanto con questo ordinamento scientifico delle norme giuridiche fu assicurata la perpetuità del diritto romano. Si prenda pure l'editto del pretore nella tirabile ricostruzione del Lenel e si vedrà chiaro che esso non sarebbe bastato per modello giuridico ai popoli. Si pensi poi che nel diritto attico, non così ridicolo e rozzo come lo disse Cicerone (4), furono egregie massime intorno ai rapporti di vicinanza, alle acque, ai contratti etc. (5); ma non essendosi tnni fuse in un organismo scientifico rimangono nel terreno della istoria senza diretta influenza sul nostro pensiero giuridico.

Così le aspirazioni sistematiche di Cicerone erano soddisfatte; pure se egli fosse anche vissuto ai tempi di Papiniano e di Ulpiano forse sarebbe tornato a ripetere che era necessario comporre a sistema il diritto civile revocandolo a pochi principii fondamentali, facendo opportune partizioni, formolando appropriate definizioni (6). Infatti la sistematica dei giureconsulti romani

(1) Cf. le eccellenti osservazioni di IHERING, *Geist* III, p. 409 ed ora di KARLOWA, *O. c.*, I § 61. Si valuterà meglio d'ora in avanti il contributo dei giuristi alla formazione del diritto in Roma e se anche si diminuirà un poco la nostra estimazione pel così detto *talento giuridico* del popolo romano, dobbiamo pensare che questo non poteva offrire se non la materia che il giurista doveva manipolare. Interessante in questo senso è pure la monografia del KUNTZE, cit. in nota 50. V. ciò che dice Ulpiano l. 2, § 5 D. *quis ordo* 38, 15.

(2) Nella costruzione sistematica dell'istituto giuridico Labeone si adoperò mirabilmente PERNICE, *M. Antist. Lab.* I, p. 23.

(3) L. 12 D. *de off. praes.* 1, 18.

(4) *De Orat.* I, 44.

(5) V. la mia memoria nell' *Arch. giur.* XXXIV, p. 297 e per talune regole dei contratti secondo il diritto attico cf. adesso KARLOWA *O. c.* I, p. 108.

(6) Egli parla infatti di *genera*, di *partes*, di *definitiones*, di una vera e propria sistematica anche esteriore (*De Orat.* I, 42, 189-90). Ma questo metodo

non è esterna, ma interna: non si compiace di un geometrico intreccio di divisioni e suddivisioni a mo' della scolastica, sì vero lega intimamente e quasi invisibilmente i principii giuridici sentendo quale è fondamentale, quale secondario, quale è teorema, quale corolla: io, i nostri giureconsulti si ffrono sistematici senza volerlo sembrare; predomina ovunque in loro la casistica: essi temevano anzi le aberrazioni sistematiche; premunivano perciò lo studioso contro l'uso delle regole generali (1), non volevano mai che l'*ius* fosse generato con artificio logico dalla *regula* (2), a quella guisa che i dialettici medioevali facevano scaturire tutto dalla promessa senza curarsi della bontà di questa. Anche il diritto scientifico, secondo loro, doveva esser basato sulla realtà dei fatti (3); essi non si segregarono tutti coi loro libri dalla vita pratica. E se nel periodo imperiale è fonte nuova di diritto la legislazione degli imperatori, tanto che vi è chi parla di un *ius extraordinarium*, (emanato cioè dalle costituzioni di questi) di aggiungere all'*ius civile* e al pretorio, non sarebbe paradosso dir quella legislazione, che provvide a tanti nuovi bisogni, opera dei giureconsulti, i quali la prepararono nel consiglio del principe (4).

In tal modo il diritto romano acquistò organismo di scienza: i suoi grandi cultori ebbero veramente convinzione che fosse tale (5) e si occuparono anche del miglior modo di insegnarla: a loro rimonta l'origine di quelle istituzioni *quasi elementa totius legitimae scientiae* che noi dobbiamo studiare.

Antica e veneranda scienza è questa alla quale vi accostate, giovani egregi; il mondo l'adopera da secoli e si sente così l'asserzione di Hegel che il diritto romano è diritto privo di spirito e di cuore e porta in se tenacemente il carattere dell'egoismo (6). È dunque sì caduta iti basso la umana stirpe che universale si è fatto appunto il diritto di un popolo egoista? Non

dei *genera* per quanto seguito da parecchi giureconsulti romani (V. alcuni esempi in FERRINI, *Storia delle fonti* p. 32 nota 1) non produsse buoni frutti.

(1) L. 202 D. *de R. I.* 50, 17.

(2) L. 1 D. cod. tit.: *non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat.*

(3) L. 4, 5, 6 D. *de legib.* 1, 3.

(4) Molti dei nostri più grandi giureconsulti vi appartengono e potrebbesi forse dimostrare anche con più precisione come essi preparassero le costituzioni imperiali e si valessero dell'alto ufficio per fare autorevolmente tradurre in legge le proprie convinzioni scientifiche. Cf. ad es. l. 17 D. *de iur. patr.* 37, 14.

(5) Il concetto di una *iuris scientia* è proprio tanto di Cicerone quanto dei classici giureconsulti, ma il primo vede questa scienza sotto un aspetto più filosofico pel contenuto, più dialettico per la forma; i secondi vogliono che essa, essendo pure una vera filosofia, costruisca gl'istituti giuridici, sia rispondente ai fatti della vita e non si lasci troppo dominare dal sistema.

(6) *Filosof. della stor.* trad. Novelli p. 287.

vogliate crederlo. Il diritto romano subì largamente il benefico influsso della equità e della morale e se pur sembra proteggere rigidamente gl' interessi dell' individuo e regolarne i rapporti esteriori quasi prescindendo dall' interno sentimento, ciò si deve al l' essersi esso formato più nell' attrito degli interessi che nei libri dei filosofi teoretici. Chi ignora che del movimento economico duce è l' interesse individuale? Ma il filosofo osservatore vi dirà in pari tempo che dalla coincidenza degli egoismi individuali scaturisce il benessere sociale, che egoismo ed altruismo sono due aspetti di un istesso fenomeno (1).

A voi, giovani rarissimi, volgo la mia parola. Uditela non per autorità ch'io mi abbia, ma perchè l' oratore è reso autorevole dalla grandezza dell' argomento che tratta. Studiate il diritto romano: esso è nostro; tra noi sorse, tra noi fu coltivato da giureconsulti dottissimi, i quali con troppa ingratitudine dimenticati da noi nei polverosi scaffali delle biblioteche, servirono invece di modello agli stranieri. Avvenne così che da una parte ricevevamo come cosa forestiera material nostri, dall' altra ci privammo del miglior sussidio per comprendere il nostro diritto civile. Là in quegli alti in folio stanno soventi racchiusi i germi degli articoli del nostro codice civile e dove questo ha talora abbandonato il tipo nazionale dei nostri istituti giuridici, i polverosi in folio ritemprano lo studioso alle vive sorgenti della giurisprudenza italiana, la quale, senza sottrarsi alla influenza del diritto canonico, attinse largamente al diritto romano, tanto che nelle decisioni della rota romana sono qua e là citate persino le XII tavole, come fonte legislativa. Quanta gloria spetti all' Italia per il suo immenso contributo alla scienza del diritto può dirlo soltanto una completa istoria letteraria della giurisprudenza romana; ma questa non è ancora scritta e noi dobbiamo, come carità del natio loco ci consiglia, rammaricarci lo sparto.

Un grande padovano antico, '1. Livio, scrisse nelle sue istorie: *nec arma modo sed iura etiam romana late pollebant* (2). Assai più tardi, quando Roma era omai un ricordo, Italia era soggetta a nordiche genti e dell' antica grandezza non restavano che rovine disseminate nei campi devastati e codici sepolti nelle abbazie, Cassiodoro selamava ancora: *Iuri romano servit quidquid sociatur Italiae* (3). Conservate, voi pure, entro voi stessi in nobile fiamma di questo antico sentimento: nè erodiate già che io, chiamandovi allo studio del diritto romano, voglia darvi il consiglio di segregarvi dalla rigogliosa vita moderna che ci attornia e che presentando nuovi rapporti, nuovi istituti, nuovi fenomeni fa sì che la giurisprudenza si divida e si suddivida in discipline egualmente necessarie.

(1) V. le acute osservazioni di IHERING, *Der Zweck im Recht* I, cap. 3.

(2) IX, 12.

(3) Var. I. 27.

Chi volesse ostinarsi a incatenare al puro diritto romano tutta quanta la odierna vita civile ed economica tradirebbe lo spirito di quel classico diritto che in Roma si venne di giorno in giorno piegando ai bisogni nuovi, tanto che Giustiniano istesso il quale pure volle costruire un chiuso e completo edificio dell'antica sapienza si affretta a dire solennemente: *dicinae res perfectissimae sunt, humani vero iuris conditio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea quod stare perpetuo possit: multas enim formas edere natura nocas deproperat* (1). Non saremo certo noi che in nome del diritto romano impediremo il libero svolgimento delle scienze a quella guisa che nel medio evo un grande filosofo osservatore, il sommo Aristotele giovò, frainteso, a consolidare la tirannia dell'*ipse dixit*. Ma noi rivendichiamo al diritto romano la larga parte che gli compete tra i fattori del nostro diritto civile e lo studiamo come insuperato modello di tecnica giuridica e di sagace accordo tra scienza e pratica, salutando perciò con gioia la introduzione nelle nostre università di un corso di storia del diritto romano, che già esisteva nelle estere, il quale completerà l'insegnamento sistematico ed esegetico del diritto stesso.

E se, risalendo i secoli, noi perveniamo alla gloriosa scuola dei glossatori bolognesi, di cui è figlia la nostra università, ci si offre allo sguardo un mirabile risorgimento del diritto romano appunto allora che i comuni italiani rinascivano a nuova vita ed artisti italiani pingevano affreschi immortali od ergevano moli ammirande e navi italiane solcavano i mari sino al remoto oriente diffondendo commerci e civiltà. Era pure quel tempo in cui si agitavano grandi problemi politici, religiosi, filosofici senza che il diritto romano sembrasse un intruso, venendo anzi amorosamente coltivato pel bisogno di completare le imperfette leggi esistenti. Come allora, così ai di nostri, ricorriamo senza diffidenza ai responsi dei grandi giureconsulti romani: come allora torni l'università italiana a splendere di luce sua propria. Lavorando con forze unite insegnanti e discepoli, porteremo così il nostro contributo alla grandezza della patria che noi tutti desideriamo forte e sapiente però che i popoli sono veramente grandi, ove alla forza delle armi quella pure si aggiunga del sapere.

1 Dicembre 1885.

BIAGIO BRUGI.

(1) L. 2 § 18 C. *de ect. iur. enacl.* 1, 17.

BIBLIOGRAFIA

*Les transformations politiques de l'Italie sous les empereurs romains—
43 av. J. C. — 330 ap. J. C. par CAMILLE JULLIAN ancien membre
de l'école française de Rome—Paris, Ernest Thorin editeur, 1884.*

L'Italia sotto gli imperatori romani è stata argomento di studi a illustri scrittori. La sua amministrazione fu trattata dal Borghesi, le divisioni geografiche dal Momsen. Nei manuali della storia del diritto (Walter, Bethmann-Holweg, Puchta) l'Italia occupa un apposito capitolo. Altri scrittori, come il Lange, lo Hirschfeld, l'Huschke, il Savigny, il Zachariae von Lingenthal, lo Zumpt, l'Herzen, il Kuhn, lo Houdoy hanno trattato o la situazione dell'Italia durante le guerre civili, o alcune questioni costituzionali, o il sistema finanziario, o l'ordinamento municipale, o i carichi delle popolazioni. Il Jullian, già allievo della Scuola francese di Roma, ha abbracciato tutto intero l'argomento, e lo ha svolto con copia di dottrina. Egli fa la storia dell'amministrazione dell'Italia sotto l'impero ossia dal 27 novembre 43, quando il potere dal Senato e dalle assemblee popolari passò al triumvirato fino al 330 anno in cui venne fondata Costantinopoli, dacchè, compiutosi allora il pareggiamento dell'Italia alle altre provincie, l'amministrazione di essa non differì punto da quella delle altre.

L'Italia, ottenuta nell'89 la cittadinanza, consideravasi come un prolungamento di Roma e allo stesso titolo di questa, come il capo e la cittadella del mondo romano. I triumviri intesero a riordinarla, ma fu mestieri prima domarla. Al novello ordine di cose avevano fatto opposizione l'ordine Senatorio, l'ordine equestre, e soprattutto i municipi per difendere le loro terre, i loro beni e privilegi. L'Italia non era stata retta da alcun governatore nè aveva pagato alcun tributo in riconoscimento della sovranità. Il suolo era esente dall'imposta fondiaria, immunità di diritto cui aggiungevasi pur quella di fatto.

I nemici del triumvirato vennero cacciati in esilio e confiscati eheni. Secondo la legge agraria di G. Cesare a' veterani dovevano farsi le assegnazioni di terre. E Ottavio assegnò loro le terre di demanio pubblico, e queste non bastando, il territorio di ventisei città, fra le quali erano le più ricche d'Italia. Gli Italiani insorsero. A domare la insurrezione egli riuscì coi temperamenti, dichiarando avrebbe conservato all'ordine senatorio; fondi che ancora gli rimanessero, non avrebbe assegnato le terre date in ipoteca alle doti delle mogli, ogni proprietario dei municipi assegnati nell'anno decorso conserverebbe una porzione di terre eguale a quella di un veterano. Scemarono indi le imposte, abolitasi quasi del tutto la tassa sugli affitti.