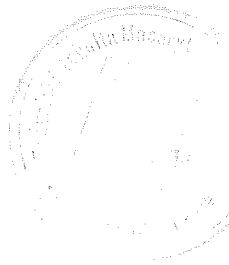


11-D-84

Iace 1

F. BUONAMICI



DI QUELLO CHE DEBONO FARE I ROMANISTI

Z. V. DO

NELLA MODERNA DOTTRINA GIURIDICA

OSSIA DI UN PROGRAMMA DELL'INSEGNAMENTO

DI DIRITTO ROMANO

NELLE SCUOLE ITALIANE MODERNE

(Estratto dall' *Archivio Giuridico*, Vol. LII, Fasc. 5-6)

BOLOGNA

TIPOGRAFIA FAVA E GARAGNANI

1894

DI QUELLO CHE DEBONO FARE I ROMANISTI  
NELLA MODERNA DOTTRINA GIURIDICA  
OSSIA DI UN PROGRAMMA DELL'INSEGNAMENTO  
DI DIRITTO ROMANO  
NELLE SCUOLE ITALIANE MODERNE

---

I.

I pensieri che ci accingiamo a tradurre in scritto ci sono stati suscitati nella mente dalla questione sociale, che in questo inquieto finire di secolo tutti ci preme, e che va acquistando grande importanza anche nelle scuole del gius privato, e perciò del diritto romano (1): dappoichè, siccome fu ben detto, le predicate riforme sociali sono in gran parte riforme di gius privato, e presso molti popoli civili, specialmente presso il nostro, le riforme del gius privato minacciano in ultimo le leggi e le tradizioni romane (2).

(1) **Glasson**, *Le cod. civil et la quest. ouvrier*. Paris, 1866. **De Greef**, *Introduit. à la Sociolog.* Bruxelles, 1886. **Menger**, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (Sonderausgabe aus dem Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik)*. Tübingen, 1890. *Revue philos. Etud. social. en France*, 1882. **Filomusi-Guelfi**, *La codif. civ. e le idee mod.* Roma, 1887. **Cimbali Enr.** *La nuova fase del dir. civ.* Torino, 1885. **Salvioli**, *I difetti sociali del cod. civ.* Palermo, 1891. **Vadalà-Papale**, *Il cod. civ. e la scienza.* Napoli, 1881. *Il proces. dinamico della leg. e delle codif.* Roma, 1893. **Della-Volta**, *La riform. social. e il cod. civ.* *Rassegna di scienze social.* Roma, 1893. **D'Aguzzano**, *La riforma integrale della legislaz. civ.* Nel period. *La scienza del dir. priv.* Firenze, 1893. **Boccardo**, *Il socialismo contemp.* Nuova Antol. Roma, 16 Ottobre 1891. **Bagehot**, *Lois scient. du developp. des nations.* V. Edit. Paris, 1892. **Puglia**, *Leggi biolog. e leg. giur.* *Rassegna di scienze sociali e polit.* Firenze, 1892. **Gumplowicz**, *La lutte des races.* Trad. 1893.

(2) **Gabba**, *Lettera ai dirett. del period. La scienza del dir. priv.* II, 67, Firenze, 1893. **Vadalà-Papale**, *Ivi nel Fasc. I*, pag. 38.

Nè appongasi ciò ad un soverchio risentimento che ci fa travedere. Ecco alcune sentenze della scuola novella, atte a giustificarlo.

« Il diritto privato vigente, specie quello romano tuttavia praticato, discorda assolutamente dal sentimento giuridico attuale; onde ha d'uopo di essere disfatto e ricostruito; e i codici civili, d'origine e di natura borghesi, debbono tradursi in un codice, come lo appellano, *privato-sociale*; risultamento odierno di tanti bisogni delle classi e degli uomini associati ». Così scrivono alcuni (1). Altri, come il Salvioli, trapassando dalle ricerche storiche a quelle sociologiche, addirittura insegnano doversi attribuire al diritto romano l'origine dei mali che travagliano la società, e il disequilibrio fra la legge e la coscienza pubblica (2). Il Gierke appone a colpa dei romani antichi la distinzione di gius privato e di gius pubblico, ignota ai germani primitivi; onde soggiunge che la lotta per il diritto dell'avvenire sarà quella del diritto romano col germanico (3). Leon Gregoire osserva che il movimento sociale non in altro consiste che nella reazione contro il diritto romano e quello dei codici moderni (4). Il Vadala-Papale invoca un'altra dottrina giuridica da farsi germogliare accanto alla dottrina vecchia, e dà insolita e indeterminata spiegazione del secolare dettato *quod ad singulorum utilitatem spectat* (5). Il Vidari, nome assai noto tra cultori del gius positivo, aggiunge che le esagerazioni dell'insegnamento universitario, in ordine al gius romano, debbono omai farsi smettere, e si deve dire con Orloff che il corso del diritto romano non può essere che un corso di storia (6). Il Morselli è proprio aspro contro i romanisti. E lo Scolari finalmente in una nota apposta ad un suo libro di recente fattura, (7),

(1) **Vadala-Papale**, *loc. cit.* **Vaccaro, Vanni**, ed altri. Vedi il **Nani**, *Il social. nel cod. civ. Atti dell'Accademia di Torino*. Vol. XXVII, 1893.

(2) **Salvioli**, *I difetti social. del cod. civ.* Vedasi anche la bella Prolusione del **Perozzi**, *Delle condiz. attual. dell'insegnam. rom. Temi Veneta*, XVI, Parma, 1891.

(3) **Dalla Volta**, *La riform. soc. e il cod. civ. Rassegna di scienze soc.*, Roma. Firenze. 1893.

(4) *Le Pape, les catholiques, et la question sociale*. Paris, Didier, 1893.

(5) *Dir. priv. e cod. priv. soc.* Nel periodico *La scienza del dir. priv.* 1, 7, Firenze, 1893.

(6) **Vidari**, sopra uno scritto del Pampaloni. Nel periodico *Il Filangeri*, Anno XIV, Milano e Napoli 1889. Par. I, pag. 743.

(7) La Nota ha questo titolo: *Il diritto romano e il codice civile*. Il libro stesso: *Il regno e la sociocrazia in Italia*. Venezia, 1892. **Morselli**, Prefaz. al **Morasso**, *L'Evoluz. del dir.* Torino, 1893.

senza lasciarsi cogliere dalla illusione d'un codice sociale moderno, ma pur volendolo preparare (1), esce in queste sentenze: *per la pratica nostra il gius romano esser morto* (2); *doversi omai studiare per il solo scopo di mostrarlo privo di ogni usabilità: esser prudente piuttostochè temeraria, e sincera piuttosto che rude, la massima che il molto sapere moderno di gius romano deve generare la deliberazione di sbarazzarcene* (3); *doversi raccomandare soltanto come storia ed esempio luminoso della organica e necessaria corrispondenza fra la legge e il diritto* (4); *esser savia l'accusa lanciata contro il diritto d'oggi di conservare l'impronta romana dell'individualismo* (5); *riuscire impossibile il sostenere che il concetto legale della proprietà, trasmessoci dal passato, collimi con quello dell'età presente* (6); *noi italiani poterci affrancare da qualunque obbligo verso la vecchia dottrina di Papiniano solo col ricercarne e sviscerarne la storia, imparando da quella come alle varie vicende di un grande Stato si adatta la mutabile giurisprudenza* (7).

La contesa, come ognuno da ciò si accorge, è molto importante. Ogni giorno poi si rende più; volete per i libri dei pensatori, volete per gli articoli degli scrittorcelli di Riviste. Il che veramente è danno: ma, a ben riflettere, non è danno assoluto o danno scevro di qualunque buon effetto. Imperocchè tutto il vivere dell'uomo, e però anche la scienza, sia combattimento. Dal quale sol-

(1) **Scolari**, *Op. cit.*, pag. 296, 376. Vedi anche il period. *La sc. del dir. priv.* I, Firenze, 1893. Di questo egregio professore deploriamo la recente perdita.

(2) *Op. cit.*, pag. 334.

(3) Pag. 370 « Lo studio della storia del diritto romano deve essere sempre più approfondito. Esso c'insegnerà i mezzi e i modi di liberarcene ».

(4) Pag. 334, 337.

(5) Pag. 349.

(6) Pag. 357.

(7) Pag. 326, 327, 334, 335. Queste opinioni, ed anche altre meno temperate di quelle dello Scolari, informano oggi in generale le menti dei giovani. In una Tesi per esame universitario, or non ha guari, da un giovane ricco d'ingegno, fu scritto quanto al Krieken, uno dei critici della teoria organica della società, così « deve egli essere uno studioso del diritto privato, e particolarmente del » diritto romano; perché i molto dediti a questa parte della scienza, in generale rifuggono dalle idee larghe, e, dicono essi, indeterminate del gius pubblico »!

tanto il vero ottiene il suo trionfo. Non vince, ossia non conquista la verità, chi non combatte. È mestieri però che la pugna e il contrasto venga sostenuto fortemente da ogni lato; che le intemperanze siano conquise, ovunque si affacciano; e che i principii, ancora restii agli improvvisi rinnovamenti, siano rilevati, e, se fa d'uopo, sorretti. Noi romanisti, come si disse, siamo specialmente presi di mira. Per la qual cosa a poco a poco messi al bando della scienza, e incolpati di fiera avversione a ciascuno dei miglioramenti, pei quali le società civili cotanto si agitano, dobbiamo riflettere su noi stessi, e considerare il nostro ufficio, se può ancora, o non può, entrare nella giurisprudenza moderna; e se è vero che omai lo studio romano riducesi ad una semplice divagazione storica; della quale poi il pratico può fare assolutamente di meno.

## II.

Di già un giovane dei nostri, abbenchè seguace del positivismo e del socialismo imperante, ha sentito il bisogno di correre alla difesa nel seguente modo (1) « Se vi furono intere generazioni di » bigotti del diritto romano, e ve ne sono ancora; vi sono pure, la » Dio mercè, fra i romanisti italiani, moltissimi spiriti indipendenti, » e senza pregiudizi di scuola, i quali leggono altri libri oltre il » *Corpus juris* e sanno assegnare al diritto romano il suo giusto » valore. E poichè il prodotto di questa scuola italiana di romanisti » incomincia ad essere tenuta in pregio anche oltr'Alpe, non la biasimiamo noi, o la trasandiamo in casa nostra . . . . Il romanista » dei nostri tempi, che vede nel diritto romano un prodotto storico » concatenato alla operosità intellettuale del mondo antico, non può » credere che quella continua evoluzione, che, partendo dai primitivi » *mores*, passa a traverso i comizi, il senato, le scuole dei giure- » consulti, il concistorio degli imperatori, e sembra chiudersi nel » sepolcro delle collezioni giustiniane, mentre poi in Occidente segue » maestosa nella scuola, nel fòro, e in una letteratura senza confini, » sia arrestata d' un tratto, proprio nel turbine della vita odierna ». Il valoroso giovane finisce il suo discorso coll'aggiungere a queste nobili protestazioni le altre seguenti « I romanisti seri ed accorti, » senza tradire il culto d' una antichità tuttavia vitale, non mancano

(1) **Brugi**, *I romanisti e le riforme del diritto civile*. Nel periodico *La scienza del dir. priv.* I, 2. Firenze 1893.

» di fede nelle forze ricreatrici della scienza; memori che lo stesso » Giustiniano scrisse, come scriverebbe un evoluzionista dei nostri » giorni ». *Humani juris conditio semper in infinitum de- » currit, et nihil est in ea quod stare perpetuo possit; multas » enim formas edere natura nova deproperat* ». Belle parole e degne di essere ricordate sovente; come quelle che significano il diritto romano avere ancora una parte da fare; i romanisti una lotta da sostenere; i giureconsulti in genere una importante difesa da compiere: dappoi che generalmente si dice che l'edificio del nostro diritto privato in qualche parte screpola, in qualche altra precipita, e che affrancarlo bisogna dalle tradizioni romane per sorreggerlo (1).

## III.

Mettiamo di nuovo in parole vie più lucide e schiette la nostra dimanda. Questo corpo o sistema complesso di principii ideali, di tradizioni, di usi, di dottrine, d' esempi, d' ammaestramenti, che si chiama diritto privato romano, *nella giurisprudenza e nel ciclo storico al quale noi italiani apparteniamo e le nostre generazioni apparterranno per lungo trascorrer di tempo*, ha egli smarrito il valore scientifico, dogmatico, e pratico? sicchè non debba più stimarsi che un argomento d'erudizione, od un racconto di vecchi ed eleganti simboli? anzi si debba svellere dai nostri costumi, dalla nostra vita pratica, e dall' insegnamento positivo delle nostre Università, per la vagheggiata rinnovazione delle società civili (2)?

## IV.

Singolari a notarsi nella storia d' Italia e di altri popoli, sono le guerre che di quando in quando si mossero al diritto romano, procurando di sfrattarlo dalle scuole e dal fòro. Una volta fu quasi

(1) **Scolari**, *Op. cit.*, pag. 332.

(2) La frase dello Scolari, che si legge anche in uno scritto dell' Appleton, e che è imitazione di una frase pure adoperata dall' Jhering; ma con altro intendimento; è quella che riportammo di sopra: « studiare nel diritto romano » i mezzi e i modi di liberarcene » *Op. cit.*, pag. 370. Nell' Appleton essa ha una importanza assai diversa; per altro non mai giusta. *Methodes dans l' enseign. du droit*, pag. 35. Riparleremo in seguito di questo notevole scritto dell' Appleton.

posto all'indice dall'autorità ecclesiastica. L'idea ghibellina lo avea sollevato alla dignità di giure universale, e Federigo I lo avea giudicato valido mezzo di opposizione alle Decretali. Celebre è la Bolla *Super specula* d'Onorio III del 1219; e l'altra (dagli storici messa in forse) d'Innocenzo IV del 1254 (1) le quali disdicono gli studi romani. La smania d'impugnare la validità del Codice che attribuiva all'imperatore il convocare e il reggere i Concilii, e, in altre parti ancora, la rivalità dell'uno e dell'altro diritto non si mitigò che nel secolo XV. Parve, essa pure, una forma dell'eterno combattimento fra sacerdozio e impero; che pur troppo non quietò, anzi s'inasprì nei tempi più recenti. Nei quali infatti non mancarono scrittori che, invocate le vecchie ubbie, tornassero a inveire contro il romanismo. Per tacere dell'abate Crozat, del padre Danzas, e del conte Carlo di Montleon (2) ricordiamo il più vivace e insolente di siffatti scrittori; il Coquille; il quale una gran parte dei travagli che affaticano le società odierne attribuisce allo studio e alla imitazione delle cose antiche. Egli la piglia violentemente col Cesarismo, che, ai suoi tempi, da poco trascorsi, era da lui temuto più di ogni altro pericolo. A suo giudizio, in Francia ed in Italia, il giure romano ne era il sostegno o il puntello. Deve adunque vincersi e soggiogarsi, egli dice, questo principio di supremazia civile che si fonda sulla dottrina e sull'insegnamento delle cose romane (3).

Un'altra volta però fu a nome della scienza che si procurò di conseguire lo stesso scopo, cioè l'abolizione nelle scuole e nel fóro del diritto romano. Facciamo menzione a questo proposito di Gaudenzio Paganini (così reputato ai giorni suoi da fargli meritare il sepolcro nel Camposanto di Pisa) che nei suoi libri e nelle sue lezioni rese Giustiniano oggetto di ogni dispregio (4). Più di lui, e per uguale ragione, si rese noto l'Hotmann; il quale, menato dall'invidia piuttosto che dal convincimento dell'animo, per recare onta al

(1) Si contende l'autenticità di quest'ultima. **Dugard**, *La Papauté et l'étude du droit rom. au XIII siècle. Biblioth. de l'écol. des chartes.* 1890. 382.

(2) **Schupfer**, *Manuale di storia del dir. ital.* Città di castello, 1892, Libro II, Tit. 1, Cap. 2, §. 2, pag. 174, 185.

(3) *Les légistes, leur influence pol. et rel. par. J. B. Coquille, rédacteur du périod. l'Univers.* Paris, 1863. A pag. 284 vuol dimostrare che il dir. rom. è incompatibile colla libertà.

(4) *De Iustin. saecul. moribus.* In **Meermann**, Tom. II, pag. 701, 708.

Cujacio, e piacere all'Hopital, consigliò di bandire dall'insegnamento i testi antichi, dichiarò inutile l'intendere alle Pandette, e il venerando libro definì un ciarpame di ritagli e di brandelli screziati d'opere antiquate (1). Frivolo e brutto assunto fu il suo; non privo per mala ventura d'imitatori; come di recente furono il Bravard-Veyrières, autore d'un miserabile scritto, il Jousserandot, e altri (2).

Chi poi non sa, seguitando la istoria, che il gran fatto della rivoluzione francese si fondò sul principio scientifico del diritto naturale, e sull'abbandono di ogni diritto positivo? Essa non parve soltanto un trambusto infinito di cose, di persone, d'abitudini, e d'idee; ma una teorica condotta al suo effetto; o un sistema di gius pubblico e privato che si costituì *a priori* (3). In Rousseau raccogliessi la somma di tutte le idee dei nuovi scrittori di gius naturale; ond'egli, più di ogni altro di quell'epoca memoranda, riassume in se stesso la rivoluzione. Fra le tante conseguenze di quei fortissimi e memorabili fatti e di quelle dottrine, vi fu, come bisognò che vi fosse, questa, che la tradizione del passato non si stimò più d'alcun momento, anzi si dichiarò degna di esser posta in non cale, o licenziata a capricciose e simmetriche fantasie. Il Mirabeau infatti rammemorava, dolendosene, il tempo in cui le leggi romane sole dominavano in tutte le parti del diritto: il qual tempo essendo trascorso, egli soggiungeva, era da rallegrarsi che fosse alla fine succeduto il regno della pura ragione (4). Anche allora adunque si stimò argomento di sapienza lo screditare il diritto nostro, e il consigliare a gettarlo via come arnese tarmato, impedimento alla splendida luce del gius naturale.

Non mancò di propagarsi questa dottrina fra noi; specialmente per mezzo della scuola dei Verri. Utile a sapersi è anche questo che, avendo invaso l'Italia i principii della Enciclopedia, e prodotto, quasi direi, il libro *dei delitti e delle pene*, un'Operetta scritta contro il medesimo libro e pubblicata a Milano nel 1874 s'intitolò: *Apologia*

(1) *Antitribonian.* pag. 179. *Varior. opusc.* Tom. VII. Pis. 1771.

(2) **Bravard-Veyriér**, *De l'étud. et de l'enseign. du dr. rom.* Paris, 1837. **Jousserandot**, *L'édit perpét.* I, 13. Paris, 1833.

(3) **Stahl**, *Filosof. del dir.* Trad. ital., Sez. V, Cap. 1, Vol. II, pag. 316. Torino, 1853. **Richard**, *L'idée du dr.* Paris, 1892, pag. 35. **Bonfadini**, *Sull'indole e sugli effetti della rivoluz. franc. nel secolo scorso.*

(4) « *Après en avoir été esclaves il est temps que nous en soyons juges.* »

della giurisprudenza romana o critiche al libro etc. (1). Lo stesso Lampredi, ingegno nostro spontaneo e potente, in parte nutrito dalle idee della rivoluzione, dissuase dalla cattedra lo studio di quel vetusto modello di legislazione (2). La guerra, come si vede, fu aspra ed insistente. Ciò non ostante, e non ostante che continuassero ad esser tali i profondi intendimenti della rivoluzione a riguardo del diritto romano nella pratica e nelle scuole, questa è molto notevole cosa, che, calmati in Francia gli spiriti violenti, quando si volle compilare un Codice, si compilò stupendo per il tempo suo, *ma sostanzialmente romano* (3).

Di coteste lotte, tante volte rinnovatesi, varie furono le ragioni, come abbiamo detto, e di varia maniera. La politica spesso si congiunse alla scienza. Il che se accadde nella rivoluzione francese, accadde anco dopo di essa. Alludo, come ognuno intende, alla lotta agitata sul principio del secolo fra il Thibaut, il massimo Savigny, il Goeschen, e i loro seguaci (4). Il punto di storia, che ora tocchiamo, è troppo conosciuto perchè se ne scriva da capo. Basta il ricordo che dalle sapienti discussioni scaturì, e dalla mente dell'Hugo e dal Savigny raggìo, splendidissima, su tutta la scienza l'idea storica. La quale cagionò tale rinnovamento quale dal Kant in poi la scienza nostra non aveva mai avuto. Senza dubbio a ciò non riuscì straniera la politica del tempo; ma nemmeno vi fu tanto mescolata che altre ragioni non vincessero (5). Infatti quando la potenza Napoleonica, opprimendo l'Alemagna, introdusse il codice in molti dei suoi piccoli Stati, preparò ed accese, quasi senz'accorgersene, la reazione tanto nella parte delle armi quanto in quella delle leggi. Avvenuto poi il riscatto, il Thibaut in una scrittura informata tutta al patriottismo, esortò la Germania ad acquistarsi, dopo la libertà, leggi proprie. Il diritto romano, egli si condusse a dire, non

(1) **Schupfer**, *Manuale di storia*, Lib. III, Tit. 2, Cap. 2, pag. 487. Poco prima ivi si parla del Muratori, del Cirillo e del Delfico che pure potrebbero essere richiamati nel nostro proposito.

(2) **Carmignani**, *Prodromo d'un insegnam. della filosof. del dir. Giorn. toscano di scienze morali*, Vol. I. Pisa, 1841.

(3) I padri di quel codice furono veramente il D'Aguesseau, il Domat, il Pothier. **De Cillis**, *Il dir. rom. attraverso la civiltà europea*. Napoli, 1879.

(4) **Salvioli**, *Manuale di storia del dir. ital.* Cap. 22. Torino, 1890.

(5) Il professor Gabba ha detto che le grandi codificazioni furono sempre opere o fatti politici. Lo Scolari approva la sentenza. La quale certo contiene gran parte di verità. **Scolari**, *Op. cit.*, pag. 379, 380.

possiede nè i pregi formali, nè i pregi sostanziali di un ottima legislazione . . . Di più, quand' anche alcuni ne possedga, esso non si attaglia al popolo tedesco. Vero, seguita a dire il giureconsulto, che le successive applicazioni di quello stesso diritto, e gli studi dei pratici ne hanno temperata l'indole; ma non tanto da trasformarla come era mestieri che si facesse (1). E fin qui le ragioni della lotta sono principalmente politiche. Ma provocato a rispondere, il Savigny si sollevò ai principii della scienza, e la vittoria del gius romano attuale nelle scuole e nei tribunali riuscì di nuovo, con gli argomenti sublimi della ragione, assicurata. La politica fu l'occasione della lotta; la scienza se ne avvantaggiò. Ebbero eco questi trionfi in Italia; e ciò tanto in una nascente scuola storica, la quale parve in allora di poca importanza, ma non lo fu per gli effetti, quanto in una scuola storica-dogmatica o, come la qualificarono, razionale, sostenuta dal Del-Rosso. Il quale nel 1841, scrivendo *di un primo passo verso la pace fra le scuole alemanne*, si espresse così (2). « In questo particolarmente la somma importanza della scuola storica » apparisce . . . Se la studieranno bene, vedranno che questa è la » somma della filosofia, la quale invece di fidarsi tutta a sè, vuole » per maestra la esperienza; invoca il passato per regola futura; » lungi dal mettersi in ostilità coi dettati della ragione, procura » di offrirle argomenti nei fatti; e finalmente fa che gli uomini » siano diretti col soccorso di una grande antropologia . . . ».

## V.

Gli studi romani, dopo questi validi eccitamenti, si divulgarono dovunque, e salirono in molto onore (3). Ma la questione del codice privato si riaccese in breve nella stessa Germania. Anzi si trattò in un

(1) **Pampaloni**, *Il futur. cod. civ. germ. e il dir. rom. Prolusione*. Siena, 1888. **Pollacco**, *Il dir. rom. nel recente progetto del Cod. civ. germ.* Padova, 1889.

(2) *Giorn. tosc. di scienze morali. public. dai prof. della Univ. di Pisa*, pag. 127, An. 1841. Il Del Rosso finiva il suo articolo con queste generose parole del Savigny, esaltandole: « So bene che le controversie sono una delle » condizioni vitali della nostra scienza . . . ma se ci dividiamo in due campi » nemici, e rendiamo personali le lotte, noi alteriamo la verità, e arriviamo a » risultati deplorabili ».

(3) **Roby**, *Introd. al Dig.* Trad. ital. Firenze 1887. **Brugi**, *Le cause intrinseche della universalità del dir. rom.* Palermo, 1886.

modo così profondo da render lecito agli osservatori il giudizio che il codice ivi nuovamente proposto segni il finire del diritto romano in quello stesso paese (1). Le contese scientifiche e le contese nazionali anco questa volta si confusero le une colle altre, e ne fecero una sola.

Riandando le cose antiche si è voluto trovare in quelle l'esempio e la ragione di questa stessa lotta. Dappoichè in Germania il gius romano fu ricevuto o per causa di conquista, o per causa di universalità scientifica (2) e senza dimettere mai la qualità di forestiero; diversamente dall'Italia ove è nativo, e serba intatto il carattere nazionale. Quindi in Germania sviluppossi naturale un contrasto. La lotta per lungo tempo fu segreta; anzi dissimulata; di più, stimata impossibile; per il superbo pensiero che le leggi dei Cesari dovessero pure essere le leggi dei successori dei Cesari (3). Per questo motivo più che per altri, seguì il predominio del diritto romano sul popolo tedesco. Nè gli fu avversa la stessa riforma religiosa. Anzi Lutero e Melantone, il *praeceptor Germaniae*, ne attestano la convenienza e la bellezza (4); mentre la pratica e i dotti lo rendono oggetto di ricerche speciali; cosicchè nella seconda metà del secolo XVI la sua scienza ha una vera esaltazione, che quasi sembra l'esemplare di quella venturosamente toccatagli nel presente (5). Giusta

(1) **Pampaloni**, *Op. cit.*, pag. 4. **Manenti**, *Sul progetto del cod. civ. germ. Archiv. giur.* XL, 358. **Pollacco**, *Op. cit.* Trattando di quest'ultimo lavoro, il Ferrini scrisse: « Per la scienza del diritto in Germania volgono i » tempi peggiori . . . la decadenza ha invaso tutto rapidamente . . . la dogmatica del diritto si va sciupando in vane astruserie, e s'accentua il dissidio fra » la dottrina e la pratica ». Nel *Filangeri*, Anno XV, Par. I, pag. 51. Milano, 1890. A questo proposito chi poi non ricorda la satira dell'Heine contro gli studi delle Pandette, ed i suoi scherzi, che egli non ha mai risparmiati per ciascuna cosa? **Brugi**, *Disegno di una storia del dir. rom.* Padova, 1888.

(2) **Landsberg**, *Sulla origine della regola « quidquid non agnoscit glossa etc. »* citato dal Windscheid.

(3) **Stobbe**, *Storia delle fonti giur. ted.* Traduz. ital. I, 612, 624, 640. **Lehr**, *Traité elem. de droit civil germ.* Paris, 1892. Vol. I, n. 20, pag. 13. Gli imperatori tedeschi talvolta incominciarono le loro costituzioni richiamando Giustiniano come loro antecessore nell'impero. **Kopp**, *Hist. juris scient.* Marb. 1768, Par. IV.

(4) **Pampaloni**, *loc. cit.* **Melanet**, *Oratio de dignit. legum. In select. declam.* Tom. I, Servet. 1587, pag. 247.

(5) Vedansi le *Note alle Pandette* del **Windscheid**. Trad. ital. *Introduzione*, §. 1.

quello che il Windscheid ci narra, allora là il gius romano non era chiamato *un diritto*, ma *il diritto*, a forma della stupenda frase giustiniana: *jus civile . . . quotiens non addimus nomen cujus sit civitatis, nostrum jus significamus: sicuti cum poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur apud Graecos egregius Homerus, apud nos Virgilius* (1).

Gli avvenimenti del principio del secolo, il rafforzarsi del sentimento nazionale in alcuni paesi, e la filosofia popolare accolta nelle scuole, fecero dileguare le idee dello antico impero; onde, passato questo tempo e passato pur quello della contesa bellissima fra il Savigny e il Thibaut, della quale facemmo già cenno, e costituita l'unità politica germanica, ne successe non la pace o il tranquillo dominare della scuola storica; ma, sotto un'altra forma, lo stesso combattimento. Vogliam dire che si ridestò il desiderio antico, e che vie meglio determinato fu l'assunto dei giureconsulti alemanni, chiedenti alla dottrina e alla pratica un gius privato non più romano ma tedesco. Fuvvi perfino chi sostenne, insistendo in quelle proposte, che la recezione del diritto romano in Germania nel modo giusta il quale aveva avuto effetto, era stato una sventura (2). E se non mancarono nè mancano pensatori temperati, i quali credettero e credono che almeno giovasse come centro di gravità a raccogliere e comporre un diritto comune tedesco, il maggior numero oggi è di coloro che seguono la prima opinione. Per la qual cosa la eliminazione delle regole e degli usi latini è ciò che precipuamente s'invoca nei congressi, negli scritti, nelle scuole di quel paese; la massima che il gius romano non vale in complesso, ma nelle singole parti, delle quali è d'uopo volta per volta di provare l'accettazione, è quella che si sostiene; e la guerra che s'intima, è alla scuola storica (3) e al Savigny. Anzi di lui si mormora non aver saputo misurare la distanza fra il gius tedesco e il giustiniano, e invece di congiungere la pratica alla teorica, che pur dichiarò essere il suo divisamento, averne procurato il distacco. Non crediamo però che questa volta in Germania la lotta debba

(1) *Instit. de jur. nat. gent. et civ.* §. 2 (I, 2).

(2) Espressione assai singolare del Beseler. Vedi **Brunner**, in **Holtzendorff**, *Encyclop.*, pag. 269. **Pampaloni**, *Prolus. cit.*, pag. 35, Nota.

(3) **Pampaloni**, pag. 42. Lo Scolari pure narra che in Germania oggi si dimanda che dei due corsi d'insegnamento, Istituzioni e Pandette, se ne faccia uno solo, ed anco vi è chi si appaga della sola storia. **Scolari**, *Op. cit. Appendice*, pag. 336.

riuscire intieramente al divisato effetto, che è di far di meno del diritto romano. Specialmente abbiamo ragione di non crederlo dopo i lavori del Mommsen, dell' Ihering, dell' Arndts, del Windscheid, e di tanti altri; ma pure la lotta esiste.

VI.

Un dubitare assai più profondo, e dei contrasti assai più aspri agitano oggi le scuole italiane: nelle quali si muove ugualmente la guerra alla tradizione romana (1) ma si muove per altri argomenti, diversi da quelli delle scuole germaniche. Fra noi non è la guerra di un diritto proprio e nativo contro una legislazione importata (ciò che non potrebbe mai immaginarsi in Italia del diritto romano) bensì è la guerra di una giovane dottrina, più ideologica che positiva, acclamata scienza sociale, abbellita di molte e luminose promesse, e invadente il campo del diritto privato, contro le massime del gius privato Romano, tuttora da noi accolte, nell' uso e nel codice conservate, designate però nella lotta come degne di esser bandite dalla scienza e dalla pratica a cagione del riordinamento sociale.

VII.

La prima proposta che in questo campo di riforme giuridiche fanno i sociologi, tendente a svellere i principii romani dal nostro gius attuale, è quella *di un codice privato sociale*; di cui già abbiamo fatto cenno. Si è inventato in Italia il nome presuntuoso. Il trovar dei nomi nuovi (notiamolo subito) è in verità ottimo espediente per incontrar fortuna presso molti; imperocchè le parole grosse e coniate di fresco, e il secentismo delle frasi, sono un carattere dell'età nostra (2), ed un appariscente sapere che parecchi inganna e travia. Su questo punto è omai impegnato il disputare. Anzi un periodico paesano, nato da poco tempo e contenente gli scritti del Vadalà-Papale, del D'Aguauno, e di altri dello stesso sentire, la qualifica *di ardente*, e la giudica specialmente destinata a sradicare dal codice nostro il

(1) **Chironi**, *Sociologia e dir. civ.* 1885. **Cimbali Enr.**, *La nuova fase del dir. civ.* 1885. **De-Logu**, *Cod. priv. e cod. soc.* 1891. **Vadalà-Papale**, *Per un cod. priv. social.* 1891. **Scolari**, *Op. cit.* pag. 347, 348, che peraltro ad ammetterlo subito è più renitente degli altri scrittori di questa scuola. Lo scritto d' Enrico Cimbali « *La nuova fase etc.* » fu voltato in spagnuolo e pubblicato con una prefazione di F. Sanchez Roman.

(2) **Pelosini**, *Ricordi, tradizioni e leggende.* Pisa, 1891.

principio dell' individualismo romano, ed a sostituirvi quello del socialismo.

Per codice privato-sociale pare che debba intendersi un complesso di disposizioni giuridiche delle quali lo scopo non è il vantaggio diretto, o la difesa dell'uomo, considerato principalmente come singolo; con le sue facoltà, e con le sue cose; ma il vantaggio o la difesa di lui come elemento della società, e in quanto quel vantaggio e quella difesa è principalmente difesa e vantaggio sociale. Quel codice adunque non considera l' uomo dirimpetto all' altro uomo; ma l' uomo dirimpetto alla società ed allo Stato; per forma che in questo diritto privato il bene o il profitto sociale predomini, anco a scapito dell' individuo. Una *singulorum utilitatem*, dicono i sostenitori di siffatto codice, si mantiene ancora suo vero oggetto; ma una *singulorum utilitatem* guardata a traverso le odierne esigenze sociali, le quali s' impongono come regola unica e suprema (1). L' uomo e la società civile oggi si manifestano all' osservatore (dicono ancora medesimi scrittori) quali enti di sembianza assai diversa da quella che la passata filosofia descrisse. L' uno, organo della civile società dalla quale riceve tutti gli influssi che formano e muovono la vita, e della quale riflette tutte le mutazioni; ad esse poi adattandosi. L' altro non un semplice aggregato di uomini, ma un essere per se stante, o un superorganismo vivente per forze proprie, ed operante per proprie funzioni (2). È nella sua dinamica, vale a dire nella dinamica sociale soltanto, che spunta e si comprende il diritto. Il quale, posta naturalmente la società, rappresenta la forza di coesione, di coordinamento, e di subordinazione, che, anche se guarda al piacere e all' utile dell' individuo, non può essere che una forza sociale. Quindi del pari sociale la sua prima regola o il suo primo imperativo categorico. Non gli deve mancare lo spirito d' individualismo, ma su di esso deve primeggiare l' altro spirito della socialità, moderatore degli intenti e del carattere del gius privato.

(1) Nel period. *La scienza del dir. priv.* Fascic. I, pag. 4. Firenze, 1893. **Paolucci**, *Il nuovo indirizzo nella scienza giuridica e nel diritto positivo.* Salerno, 1888. **Vadalà Papale**, *L' ordinam. della leg. positiva nella Società.* 1893.

(2) *Droit et sociolog. par M. Saint-Marc. Revue critiq. de legislat. Nouv. Serie*, Vol. XVII, An. 1888. Nel period. *La scienza del dir. priv.* I, pag. 15, si legge: « Non è possibile nel diritto moderno distinguere i fattori giuridici » puri dai fattori sociali. . . . Ormai la vita dell' individuo non si mette più a » base degli studi scientifici, ma si comprende unificata alla vita sociale, da cui » attinge la forza ».



VIII.

Siffatta teorica, la quale oggi impera sugli ingegni vivacissimi e fantasiosi dei giovani, e da essi è portata a dannose conseguenze, non resiste ad una seria osservazione dei fatti; onde non sembra da menar buona l'idea e nemmeno il titolo e la frase di un codice privato sociale.

Prima di dimostrarlo a rigore, come ci proponiamo di fare, fermiamo due principii di ragion giuridica che il dubbio non può offendere.

Uno è la necessità dell'elemento sociale nell'idea e nella effettuazione pratica del diritto. I nostri vecchi maestri avevano già insegnato che l'uomo nasce sociale come nasce pensante e che il diritto non vive che sotto la forma di un rapporto fra gli uomini. Per conseguenza ogni controversia intorno al valore sociale del diritto non può mai conchiudersi col dubbio che l'elemento stesso si debba valutare, o no; ma solamente conchiudersi colla misura del rapporto fra i due elementi, vale a dire fra l'individuo e la società. L'altro principio dei due sopra divisati è poi il ravvicinamento continuo che deve procurarsi di questi due elementi; sicchè il vantaggio dell'uno sia il vantaggio dell'altro, la perfezione della società si trasformi in esaltamento dell'individuo, e, viceversa, la bontà e il valore di questo si estenda su quella senza che i due elementi si confondano.

Poste e fermate tali premesse, la dimostrazione nostra procede pianamente. Imperocchè se il codice ispirato e foggato secondo le premesse medesime, sancisce un diritto contenente in giusta parte l'elemento sociale, e fa giusto conto della incessabile azione e reazione, come dice il Carle, corrente fra la società e l'uomo, inutile è il titolo ora trovato perchè basta l'usato fin qui; il quale ebbe sempre una tale significanza. Se invece il codice comprende un gius privato che mostra e affetta di secondare grandemente gli interessi sociali, avviandosi, benchè lentamente, a fondare la signoria della società sull'uomo, esso diventa indeterminato e pericoloso perchè invoglia del soverchio, e trae agevolmente a false conseguenze. Se infine contiene un diritto privato, che, abbandonato il principio individuale, si sottopone assolutamente al fine della società, ed in questo si chiude, riesce erroneo e fatale. Poco ci vuole a dire che i sociologi prendono sotto quest'ultimo aspetto il codice privato sociale.

IX.

Non reputiamo ardua cosa il dar la prova della erroneità e improprietà di questo carattere, o di questa inclinazione pratica che vuolsi assegnare al gius privato.

Cominciamo, per riuscire a ciò, dal riflettere che, trattandosi di determinarne il principio supremo e imperativo, la maniera del ricercarlo non può essere che lo studio della sua stessa forma e indole. Naturalmente la legge che governa una serie di fatti non può trarsi, argomentando, da ciò che li precede, li circonda, o li segue, ma dai fatti medesimi. Ed ora qual'è la schietta natura dei fatti, nei quali il gius privato degli uomini consiste? Non altro che quella di un'attività esercitata dall'uomo verso l'uomo, secondo il bisogno, l'istinto, il sentimento, la volontà, il sodisfacimento procurato in un determinato territorio, e la difesa possibile. L'atto giuridico dell'uomo, considerato nella sua più semplice natura, contiene questi elementi. Tutti adunque hanno una importanza nel comporne la legge o il principio supremo. Ma una importanza pari? No certamente: bensì proporzionata al valore degli elementi stessi. E poichè ognuno intende che in ogni atto umano l'idea, la coscienza, il volere, sono le forze di ogni altra più alte e più potenti, facile è il conchiudere che anco nell'atto giuridico esse sono le forze e gli elementi che gli danno il vero carattere, e che per conseguenza la somma regola del diritto non può trovarsi fuori dell'uomo solo.

Vero che il diritto si dispiega in infiniti rapporti, ed, oltre essere privato, è anche sociale, come dicono, e pubblico; ma questi spiegamenti o applicazioni non distruggono quella sua essenza, che abbiamo sopra descritta: imperocchè a traverso del bene e dell'avanzamento della Società Civile e dello Stato, il diritto, compiendo il suo circolo, torna là onde mosse, cioè all'uomo solo.

Tale è la natura del diritto in generale; e tale in specie quella del diritto privato. Certamente è necessario, lo ripetiamo, l'elemento sociale: ma se torniamo a considerare tutti gli elementi dell'atto giuridico, specialmente nell'ordine privato, vediamo che le somme forze, le quali lo governano, sono dell'uomo solo, e che la Società non gli dona che il territorio, la norma positiva, la forza pubblica, e infiniti miglioramenti: tutte parti necessarie; non però costituenti del medesimo, nè rappresentanti la sua forza principale, nè producenti il concetto d'una regola somma. Giustamente ha scritto il Nani « Si

» deve rivendicare al diritto privato una completa indipendenza perchè  
 » esso non ha per base la società e l'individuo in pari tempo, ma  
 » unicamente l'individuo (1) ». Colle quali parole chiudiamo opportunamente la nostra dimostrazione. Essa ci ha portato logicamente a concludere che il principio imperativo del diritto privato non può essere che l'uomo, che il codice privato non può essere che di diritto privato, e che il nuovissimo titolo di codice privato-sociale non risponde affatto alla precisione ed al rigore delle idee e delle parole; quando non contiene un profondo errore di scienza giuridica ed una fatale indeterminazione di principii.

X.

Noi non neghiamo che la vita pubblica, apertasi oggi nei nostri paesi, lo spirito di uguaglianza e di solidarietà, che, più potente di quello del 1789, si diffonde fra i popoli, la cooperazione di molti e la ingerenza talvolta benefica dello Stato, producano vantaggi, o, come i sociologi annunziano, non sperati adattamenti, dai quali il gius privato trae massime ed applicazioni per l'addietro ignorate; ma neghiamo che per questo si debba travolgere il principio logico del diritto stesso.

Può darsi, a modo d'esempio, che l'espropriazione non si voglia determinata soltanto dalla necessità o dall'utilità, ma anche da una discreta comodità; e che si promulgino leggi vincolatrici di libertà, per esempio, quanto alle opere d'arte; onde il proprietario, alienandole ai forestieri, non ferisca il decoro che la patria, la quale le ha create, ottiene dal possederle. Ebbene; se queste restrizioni del dominio si prendono come misure singolarmente proficue in certi luoghi ed in certi casi, possono essere discusse, esaminate, consentite, alla pari di altre che il codice contiene. Se invece si giudicano naturali effetti d'un principio giuridico sociale, o d'una facoltà assoluta dello Stato, giusta le teoriche del Gierke e del Menger, il gius privato le respinge. Parimente è noto che le leggi assegnano ai contratti delle rigide forme. Non per questo vuolsi dire, come leggesi in Courcelle Seneuil (2)

(1) Vedasi a questo proposito il **Carle**, *La vita del dir.* 2ª ediz. Torino, 1890, Lib. I, il **Montague**, *I limiti della libertà indiv.* nella *Biblioteca di scienze polit.* diretta dal prof. Bruniati. Vol. VII, e lo **Gneist**, *Lo Stato secondo il diritto.* Traduz. Bologna, 1884. Lo scritto del Nani è *Il socialismo nel cod. civ. Atti dell'Accad. di Torino*, Vol. XXVII, Anno 1892.

(2) **Courcelle-Seneuil**, *Preparat. à l'étude du droit.* Paris, 1887, Livre III, Chap. 7. *Du droit civil*, pag. 262.

che la facoltà di contrattare è una delegazione del potere sovrano. Ben giudicarono adunque coloro i quali scrissero essere la nuova dottrina sociale un gran pericolo, anzi un gran danno della libertà. E il preteso codice privato-sociale un grande ostacolo posto al libero e fruttuoso svolgimento delle facoltà e delle forze, che sono le maggiori di tutte; quelle dell'idea, della scienza, e dell'ingegno dell'uomo (1).

Singolare a questo proposito si mostra nelle scuole la successione delle idee e la storia dei vincoli della proprietà. Non ha guari a nome della libertà si maledivano i fedecommessi; oggi, tuttavia a nome della libertà, si esorta alla proprietà vincolata e soggetta. Non si deve permettere, dice il Gierke, che le considerazioni dottrinarie, e il punto di vista capitalistico, signoreggiante ai tempi nostri, abbiano per effetto il soverchio sminuzzamento, lo sperpero, e la divisione infinita dei possedimenti agricoli. Logico quindi appare il disegno di abbandonare il principio individuale del libero dominio, e di rimettere in uso la proprietà sottoposta a diversi vincoli. Ma di questo argomento ora basta; chè ne dovremo riparlare.

XI.

Sgombrato in tal modo il campo della scienza dalla vana parola o frase *codice privato-sociale*, ci occorre di chiedere, in servizio della nostra tesi, qual'è poi il fondamento del diritto privato nostro in questo ciclo storico cui noi apparteniamo, e di cui può solo occuparsi una scienza avveduta e sicura. Siccome abbiamo detto in principio, la scuola sociologica non solo ha inventato il codice privato-sociale, ma inoltre ha discusso i principii di una novella scienza del gius privato, per la quale è annunziata e preordinata la fine inevitabile d'ogni insegnamento romano positivo. Entra pertanto nel proposito nostro, anzi ne è parte principale, lo studio di questo punto.

Il diritto privato (noi parliamo unicamente di questo) deve esser considerato in un popolo determinato ed in un periodo storico, durante il quale i suoi caratteri o segni rilevanti non si sono potuti

(1) Utili a leggere per questo proposito le opere giuridiche del **Romagnosi**; e specialmente la *Introduz. allo studio del diritto pubblico universale. Oper. Ediz. Giorgi*. Vol. III. Le sentenze di questo grande filosofo sono state però spesso tirate da una parte dall'altra a significati diversi nelle scuole diverse.

mutare essenzialmente. Così osservato si vede essere quello che vien suggerito dalla coscienza giuridica degli individui raccolti in Società; quello che, contenuto in leggi, è stabilmente praticato, non ostanti le giornaliere modificazioni; quello infine che perennemente si svolge e rifà mediante la giurisprudenza dei tribunali e la scuola. Illustriamo ora, l'uno dopo l'altro, questi argomenti i quali dimostrano, in un determinato paese e in un determinato ciclo storico, l'indole e la forma del gius privato positivo.

La coscienza giuridica è sentimento, riflessione, motivo della volontà. La sua parte nel trovare e nel render sicuri e pratici i primi e i più semplici elementi del diritto privato, è grandissima. Risulta da inclinazioni naturali, da abitudini, da reminiscenze accumulate e trasmesse per eredità nell'animo, nell'intelletto, o, come dicono, nell'energia psichica dell'uomo. Essa non è davvero l'opinione pubblica; anzi se ne disforma assai per l'origine, la forza, e la indipendenza. Questa infatti nello stesso rinnovamento del diritto erra facilmente, e talora diviene cieca seguace di alcuno. Quella non mai, perchè risulta da elementi fissi, e agevolmente si traduce in costume e consuetudine (1). Certamente può avvenire che in una coscienza giuridica nazionale entrino idee, tendenze, o cognizioni venute da altri popoli. Allora si fa la selezione di tutti gli elementi, o nazionali o stranieri. Quindi o un popolo si sovrappone ad un altro, il quale perisce, e con esso dispare e si annulla la sua primitiva coscienza giuridica; o si fa la accettazione adeguata di massime, di fatti, e d'inclinazioni; per la quale la coscienza giuridica di un popolo si modifica, ma non si altera nella sostanza o nel principio che la muove.

In Italia questa coscienza giuridica si è manifestata chiaramente. Lasciando di rammentare i tempi anteriori a Giustiniano, notiamo che quando il gius romano prese corpo e persona nei libri giustinianei, e si rese ben definita una grande quantità d'istituti civili; questi vennero tacitamente adottati e seguitati per una necessità non discussa ma sentita. Le leggi barbariche, specie le longobarde, soverchiarono in alcune delle nostre città l'uso romano, mentre l'antico impero crollava, ma gli uomini delle campagne e le plebi conservarono il fuoco sacro, non estinto peraltro nemmeno nelle

(1) Sulla pubblica opinione e sopra il suo valore, dopo il Romagnosi, il Gabba, ed altri, ha dissertato in modo nuovo lo Scolari in un'altra Appendice della citata sua Opera *Il Regno e la Sociocrazia in Italia*.

città; onde, avvenuto il risorgimento, la coscienza giuridica rinvirata fece pubblico vanto di ciò che, pur tacitamente, avea sempre creduto e confessato. Non mancarono gli influssi delle leggi forestiere, del gius canonico, del gius feudale, degli statuti, delle ordinanze commerciali, e di tutto insieme il gius comune. Ma il fondo del gius privato restò sempre romano. Tale si mantenne nel glorioso medio evo; tale nel tempo moderno. E, come già notammo, allorquando la grande rivoluzione parve che rifacesse tutto (molto invero rifece) e pose *i diritti dell'uomo* fondamento della legislazione, l'Italia traendosi dietro a quella, ma col proprio senno, compilò i codici dei suoi piccoli Stati. Quali furono essi? Quelli che la coscienza giuridica popolare richiedeva. In una parte nuovi e diversi dall'antico diritto; nelle altre parti essenzialmente romani. Sarebbe un inutile fastidio il ricercare di ciò prove particolari e minute. Notiamo questa sola. Il linguaggio, la terminologia, l'assioma usuale sulla bocca del popolo, il dettato legale e latino di chi non sa nè di legge nè di latino, e che nelle infinite occasioni di tutti i giorni lo ripete per abitudine, è argomento di quel fatto. I filosofi e gli storici poi sanno profondamente che cosa significa un linguaggio scientifico conservato da un popolo (1).

## XII.

La coscienza giuridica del popolo italiano è adunque, e sarà per lungo aggiungersi di tempi, romana. Ma per conoscere il fondamento del diritto privato attuale, non è questo il solo argomento. Di sopra avvertimmo che eziandio è mestieri di guardare alla legge positiva pacificamente osservata. E s'intende che vogliam dire di guardarla nella sua indole propria e come segno del carattere storico e nazionale prevalente. Il nostro codice del 1865 è stato di sovente giudicato il migliore dei codici moderni; forse eccettuato

(1) Fouillé, *La scienc. soc. contemp.* III, 4. De-Candolle, *Histoire des scienc. et des savants, précédée... de l'étude sur l'hérédité et la selection.* Genève, 1885, IV, 5, 6, pag. 170, 186. Consulta Tarde, *Les transformations du droit.* Il D'Aguianno fa la critica e cerca di confutare i principii di questo libro. È stato scritto « Lo Stato e le sue leggi debbono riflettere la coscienza giuridica popolare ». Scolari, *Op. cit.*, pag. 49, Nota 8. È sua anche la bella frase « la legge riproduce il diritto. Non pare però buona e necessaria la distinzione di coscienza giuristica e coscienza giuridica.

quello spagnolo recentissimo, a pro del quale si tessono molte lodi (1). Al momento della sua compilazione il nostro codice fu voluto più come espediente politico di saldare le parti riunite della nazione, che come opera giuridica; onde disse alcuno che veramente non riproducesse il genuino diritto nazionale. La quale opinione dello Scolari sembra vera in parte; ma non in tutto (2). Infatti essa non rileva o almeno non rileva con quella efficacia che alla fine osservazione si addice, la riproduzione che pure nel codice stesso si faceva della parte romana, la quale è diritto nazionale. E questa parte, anche materialmente considerata, era grandissima; nè di essa poteva farsi di meno; nè ad essa poteva togliersi il valore di diritto genuino nazionale, per ripetere le predette parole. Per la qual cosa, francese per la forma, moderno per documenti di recente data e per l'avanzamento della scienza, nella sostanza il codice nostro è romano e romani i principii, sui quali s'impertina (3). E ben lo dichiarano i più assennati dei nostri maestri; i quali si ascoltano dire dalle cattedre ai giovani, che studia il diritto civile nostro colui il quale attento studia il romano, e si disciplina alla scuola di questo; e che il codice civile sta alla vecchia legislazione di Giustiniano come un sommario di regole con poco ordine messe insieme sta ad una vasta raccolta di premesse, di conseguenze, di rigorose dimostrazioni fra loro legate, e di esempi che per l'analisi e la mirabile sottilità del distinguere diventano altrettanti principii.

### XIII.

Quindi anche il secondo argomento, tratto dalle leggi pacificamente vigenti, ci assicura della intima ragione, veramente romana, del diritto nostro. L'ultimo argomento adoperato per lo stesso intento è quello della interpretazione, della giurisprudenza, e dell'uso. Poco ci vuole a comprenderlo. Chi non sa infatti che tutta l'ermeneutica delle nostre scuole deriva dagli antichi, i quali tradussero in formule e precetti giuridici le massime della più schietta e naturale logica umana? Il Quartieri, il Savigny, il Pescatore di recente lo

(1) **Bianchi Emilio**, *Studio analit. sul nuovo codice spagnuolo*. Firenze, 1891. *La critica forense*, Period. di Napoli, Anno I, Fasc. 14, pag. 447. Napoli, 1892.

(2) *Op. cit.*, pag. 331, 333, 334.

(3) **Arndts**, *Pand.* Vol. I, §. 1. Trad. ital. Nota del prof. Serafini.

hanno provato (1). Il Del-Rosso, che pure è dei nostri tempi, riuscì allo stesso effetto scrivendo una *Logica del diritto privato*, la quale è poco conosciuta, ma degna di esserlo molto per la originalità, la completezza, e l'abito perfettamente scientifico. Le regole alle quali, ragionando, discende; gli ammonimenti e gli esempi sono in sostanza della classica antichità, di nuovo ammanniti ai moderni, siccome conviene di massime di valore perpetuo e universale (2). Quanto all'uso poi è cosa comune fra noi che colui il quale o studia di aggiustare le differenze degli interessi privati, o ricerca nel giure privato le più intime ragioni; ove s'incontri in un esempio e in una regola romana adattata al caso, non solo acquista reputazione di giureconsulto serio ma espone un parere che ritieni immune da errore. Ponete mente alle raccolte delle sentenze che in Italia, in Francia, ed anche altrove si pubblicano: non vi accadrà quasi mai di non accorgervi delle indagini continue del magistrato per acconciare al caso la norma romana che lo governa, e delle frequenti reminiscenze, e dell'arte che fa quasi uscire dall'articolo del codice, onde illustrarlo, l'idea antica che fin dal suo nascere vi si era incorporata. Non basta. Una grande quantità di scoperte, di arti già inusitate, e di forme dell'industria diverse da quelle del passato, hanno generato altri bisogni, altri rapporti, altri soddisfacimenti: quindi altre applicazioni del gius privato. Ebbene (singolare a osservarsi) i nostri giureconsulti fanno di tutto per sottoporle alle norme primitive e vetuste, e ci riescono. Così è del telegrafo, del contratto di assicurazione, e degli effetti della fotografia. Che significa ciò? Forse smania di provare l'ingegno e farne mostra ambiziosa? Forse lusso di erudizione inutile? No certamente. Altre sono le significazioni di questo fatto: vale a dire la immensa comprensione dei principii romani, e la tendenza nostra naturale di risalire ai medesimi. La quale tendenza non è poi che la coscienza giuridica nazionale manifestantesi sotto varie forme.

### XIV.

Ed ora qual giudizio dobbiamo fare delle parole dello Scolari, e di altri, protestanti che la legislazione romana oggi in Italia è

(1) **Quartieri**, *Hermeneut. legal.* Pisis, 1820. **Mailher De Chassat**, *De l'interp. des lois.* Paris, 1825. **Savigny**, *Sistema.* Trad. dello Scialoja, Vol. I. Roma, 1884.

(2) **Del-Rosso**, *Logica del diritto.* Pag. 334.

morta alla pratica (1); nè può farsi risuscitare, nemmeno in parte (2), nè più nulla di buono per la pratica stessa se ne può ottenere (3); nè infine altro conviene di farne nelle scuole che curarne la bella e mirabilmente avvicinata istoria assai opportuna agli studi, come dicono, evolucionisti? Un severo giudizio senza dubbio. Infatti quel diritto il quale, come di sopra abbiamo dimostrato, *in primo luogo* è suggerito a tutti da una intima e assuefatta coscienza giuridica, e da un linguaggio affatto indimenticabile; *in secondo luogo* informa e dà vita al codice vigente, lo illustra, lo compie; *finalmente* si ricerca abitualmente come uso e come scienza giuridica, non è davvero un diritto morto o non pratico. A noi pare invece la sua parte più viva e più sana. Non è mica vero che sia diritto vivo ed efficace, e pratica pura quella che consiste nello smilzo e freddo articolo del codice. Per il leguleio ignorante può darsi. Non già per il giureconsulto; non già per l'interprete; non già per il filosofo; non già per lo storico; non già per il popolo, che dove non conosce la legge, inconsciamente è guidato da un segreto sentimento o reminiscenza giuridica. I codici non sono che succinte indicazioni e prescrizioni di forme, o piccoli mezzi proposti per mettere in assetto e dichiarare le materie giuridiche. Ma la maggior parte del diritto nazionale è fuori dei medesimi. E in Italia cotesta maggior parte, come dicemmo, è diritto romano vivente nella coscienza giuridica di tutti, nell'uso dei giureconsulti pratici, e nelle premesse necessarie di ogni articolo del codice. Questa sicuramente è vita, non morte, di sentimenti di massime di abitudini giuridiche.

E poco importa che il codice stesso abbia statuito che la sua promulgazione rende vana ogni legge o consuetudine precedente, e che pei casi ai quali non provvede, si debbano seguire le massime generali del diritto (4). Ciò non basta a farci concludere che questa vitalità del gius romano non si riscontra e non si deve riscontrare nella pratica. Lunghe e faticose furono le discussioni dei giureconsulti circa al collocare nel codice quelle parole, e commentarle.

(1) Pag. 334.

(2) Pag. 334, 339.

(3) Pag. 335.

(4) Art. 48 delle DD. transitorie, 30 Nov. 1875. Cod. civ. Art. 3, DD. sulla publ. e interpr. delle leggi.

Altra volta su questo proposito così esprimemmo il nostro sentire: « La portata vera delle parole suddette è quella di massime teorico-pratiche, aventi nel gius civile il carattere di massime generali, chiare, semplici, derivate tanto dalla scienza del gius naturale, quanto da altre sorgenti. Diciamo teorico-pratiche, perchè debbono servire di mezzo al giudice che risolve le controversie. Aggiungiamo aventi il carattere di massime generali, perchè l'articolo appunto i principii generali richiama. Mettiamo chiare e semplici nelle loro formule, perchè, ove tali non fossero, non avrebbero il valore di principii generali. Chiudiamo col dire derivate tanto dalla scienza del gius naturale quanto da altre sorgenti, perchè questo è l'evidente significato dell'articolo » (1). Ma qualunque cosa su tal proposito si dica, certo è che la ricordata disposizione delle nostre leggi transitorie non può annientare la vita tuttora piena ed efficace del diritto romano fra noi. Invero che il magistrato, cui la legge è guida assoluta, non debba, giudicando, oltrepassare cotesti limiti del codice, sta bene: e che il privato litigante, nel proporre le ragioni sue al tribunale, sia impedito di vagare fra supposti usi, e di licenziarsi a regole non positive, sta meglio ancora. Queste meschine regole o metodi giurisprudenziali non hanno però nulla che fare colla coscienza giuridica popolana, che fortemente promuove ed informa ogni giorno tutti i fatti giuridici. Sono due regole diverse; o, per dir meglio, una è un piccolo espediente politico, e l'altra una regola naturale. Certo possono ambedue coesistere, ma non mai scambiarsi l'una per l'altra. Onde l'obbietto non toglie la vivace coscienza giuridica nostra, fattrice di diritti, e in questo ciclo storico essenzialmente romana.

Inoltre è vero che il legislatore ha richiamati i principii generali, per abbracciare tutta quella parte del diritto che oggi dipende non solo dalla filosofia, ma anche dalla sociologia (2); ponete il diritto industriale, la cooperazione, il contratto del lavoro, e i pericoli degli operai. Ma non ha escluso tutta l'altra parte del diritto stesso, e tutte le altre abitudini, e le reminiscenze, e le secolari tradizioni, che sono principii generali e sono pure coscienza viva

(1) **Buonamicci**, *Dell'uso del dir. rom. nella giurisprudenza moderna*. Pisa, 1877.

(2) **Scolari**, *Op. cit.*, pag. 349, 356. Nel period. *La scienza del dir. priv. Lettera ai direttori*. Firenze, Febbraio 1893.

ed operante della nazione. Ne volete esempi volgarissimi? Le leggi moderne non parlano del diritto di superficie. Si deve dunque avere per scomparso dalla nostra pratica? Al contrario. Chi lo gode ha la coscienza giuridica di sostenerlo contro tutti; e i tribunali hanno l'ufficio di giudicarlo. Il che fanno coll'analogia, coi principii generali, col diritto romano, e cogli esempi di un'antica giurisprudenza. Lo stesso accade di dire quanto alle donazioni *mortis causa*, alle obbligazioni naturali, e via discorrendo.

## XV.

Bisogna peraltro intendersi bene su questo diritto romano. In antico dalle XII tavole a Giustiniano esso porse in se medesimo uno stupendo esempio di evoluzione. Dipoi accertato e, quasi direi, impersonato nel *Corpus juris*, si rese cagione di altre evoluzioni al di fuori di sè; le quali furono più vaste ma più lente. Tanto nel primo periodo quanto nel secondo se ne trasandarono, scorrendo e mutando i tempi e i fatti della storia, alcune parti. Il *quidquid non agnoscit glossa, nec agnoscit forum* si può pigliare per un segno od una forma di selezione. Venne in seguito il così detto gius comune; ed in esso continuò il lavoro di eliminazione o di svolgimento. Infatti anche allora che non si parlava tanto di contrasti fra il diritto romano e il diritto sociale, e specialmente di un contrasto tanto ardente quanto quello di oggi, pur tuttavia parlavasi di gius romano *moderno*. Il Savigny condusse il suo grande trattato sotto il titolo *di diritto romano odierno*; e il Del-Rosso, suo contemporaneo, pubblicò in Toscana il *Saggio di diritto romano privato attuale*, proemiando al medesimo con un discorso nel quale tu trovi significata la ragione del titolo.

Il sottile lavoro di cui parliamo certamente non cessa. Esso è di modificazione quanto alle forme; di mutamento quanto ad alcuni istituti; d'abbandono circa ad altri; talora di ritorno e di rinnovamento; sempre di assoluto rispetto quanto ai principii; spesso di applicazioni prima non pensate e svariatissime. In qual modo peraltro e con qual metodo il filosofo, il legislatore, e il magistrato italiano distingueranno quel gius romano, che è parte tuttavia vivente ed efficace del sentimento popolare, e quasi intimo spirito della giurisprudenza, da quel gius romano cui resta solo il valore

di storia o la virtù d'un esemplare stupendo? Non è possibile a determinarsi con sicurezza. Solamente caso per caso, o punto per punto, si riuscirà a discernere l'applicabilità o non applicabilità di una regola romana nel silenzio o per la interpretazione del Codice. Talvolta nasceranno difficili contrasti. Allora da essi più nettamente uscirà il principio di conciliazione, che è anche di avanzamento. Questo però è sempre vero, che norme e metodi precisi e completi non se ne possono dare. Diciamo soltanto che il filosofo e il giureconsulto, che in ciò si adoperano, debbono badare a due cose. L'una che siano conservati i sommi principii del diritto privato; per esempio la individualità e la libertà del dominio, che è tradizione antica della nostra coscienza giuridica. L'altra che si ritenga come non attuale nel diritto romano, neppure come coscienza giuridica, quella parte che evidentemente è esclusa da istituti pratici confortati da molta esperienza nel tempo, divenuti popolari, e riconosciuti nella giurisprudenza giornaliera. Non basta il dubbio o l'ingegnosa confutazione riuscita in qualche caso. Poche infatti non sono le istituzioni giuridiche, che disdetto in una certa epoca, vengono richiamate e restaurate in un'altra.

Vero è, come scrive il Gabba, che il territorio del diritto privato si è disteso più largamente che al tempo romano; ed omai l'antico diritto non risponde più ai bisogni delle società civili presenti e avvenire. E vera ugualmente è la sua sentenza, per la quale una dottrina speciale, diversa dalla giurisprudenza, dalla filosofia, dalla storia, e dalla legislazione comparata deve provvedere a questi continui mutamenti, progressi, modificazioni, ritorni delle idee giuridiche intorno all'utile privato. Ma da questa sentenza all'altra che il diritto romano non è più elemento o parte della nostra coscienza giuridica, e che se pare tuttavia spirito ed elemento del codice civile, da questo deve staccarsi affatto e ridursi a semplice reminiscenza storica, avvi molto divario. Noi concediamo che la moderna dottrina rinnovata, la economia politica, e la sociologia onesta riescano a dimostrare non più utile o adattabile alle occorrenze attuali or questo or quel principio romano, ma al tempo stesso asseveriamo che una parte grandissima di quei dettati rimane e vive nel nostro diritto, ed inoltre che il nuovo, se vuol esser solido e durevole, deve congiungersi al vecchio. Sopra tutto è necessario che la continuità della coscienza giuridica e dei principii che la informano, sia osservata; nè può farne di meno la scienza speciale del diritto privato, che ora s'invoca. Questo dovea anche dire, e con

molta chiarezza dire, il Gabba; se voleva, come doveva volere, che tutti i criteri della scuola, non alcuni soltanto, fossero rilevati e distinti.

XVI.

Ed ora provato, come ci sembra, che lo spirito e il fondamento del nostro diritto privato è assolutamente romano, dobbiamo discendere all'esame di qualche punto più speciale, spettante allo stesso argomento. Nel libro dello Scolari si legge « L'accusa lanciata al » gius moderno è di serbare l'individualistica; e il voto, che sem- » pre si ripete, è che esso la lasci per tenere in maggior conto l'a- » zione delle forze e delle circostanze sociali, modificatrici della e- » nergia individuale ». Dipoi « Il sentimento individuale giunse nella » legislazione di Roma a un grado eminente di forza e di sviluppo. » D'onde il carattere precipuo dei sistemi di diritto privato, che a » quella legislazione si sono ispirati. E direbbesi invero che il pen- » siero o l'obbiettivo massimo e dirigente del legislatore moderno è » quello del rispetto senza limiti per la individualità; cosicchè in » effetto vorrebbe campare il diritto al di sopra, se non altresì al » di fuori, di ogni rapporto in cui l'uomo è collocato (1) ».

Di grave momento è la questione ora proposta (2); la quale giova avvertire non essere poi che una faccia di quella più complessa, e di forme molteplici, che oggimai commuove gli ingegni dei dotti da Blanc a Schaeffle, dal cardinal Manning a Carlo Marx, il gran demolitore; ed agita le plebi, i parlamenti, le scuole d'Europa e d'America (3). È certo che una potente reazione ora si

(1) *Op. cit.*, Pag. 349, 356.

(2) **Vadalà-Papale**, *Diritto privato e cod. priv. soc. De-Logu*, *Codice priv. e Cod. soc.*, *Antolog. giur. V. Cimbali Enr. e la nuova fasc del dir. civ. Rassegna di scienze sociali*, Ann. XI, 1893. **Benoit-Malon**, *Le socialisme integral*. II. Paris, 1892.

(3) *Nuova Antologia*. Roma, 1° Settembre 1891. **Ricca-Salerno**, *Le controversie del socialismo in Inghilterra*, 16 Ottobre 1891. **Boccardo**, *Il socialismo contemporaneo*. Per un esempio di singolarità delle idee e delle parole, alle quali alcuno della scuola si è licenziato, vedasi un libro recente: **Mor**, *La donna, ossia la educazione di essa alla stregua dei caratteri del sesso dichiarati secondo i dati desunti dalle scienze storiche e naturali*. Perugia, 1893. « Ivi » « L'individuo non può essere considerato come qualche cosa a sè, e, » cioè, fuori dell'ingranaggio del meccanismo sociale, ma deve esser preso come

spiega nelle società civili contro l'individualismo: reazione tanto potente che omai dilaga, invade ogni parte dell'edificio sociale, e ne scuote le colonne. L'avversione profonda all'attuale ordine civile che sanziona tante ingiustizie e dissimula tanti dolori; il centro di gravità degli Stati dalle classi medie spostato per fissarlo nelle classi lavoratrici; la divinazione d'un avvenire più equo per tutti; sono gli intenti della reazione stessa. Della quale a buon diritto si scrisse avere acquistata l'importanza e la evidenza di una legge storica. Crediamo noi stessi vera tale sua natura; specie se pensiamo ai probabili suoi risultati, ai rapporti che la legano al passato, al modo secondo il quale si conduce e si manifesta. Accade infatti di essa legge quello che delle altre leggi naturali. Il riconoscimento loro non è che l'effetto di lunghe e faticose battaglie d'intelletti e di armi. La pugna in principio si fa tra i sentimenti esaltati degli uomini, i criterii non anco resi puri, i partiti, le opinioni esagerate, le scuole. Allora tutto quello che è soverchio, incerto, eccessivo, debole si consuma e scompare da un lato e dall'altro. Effettuasi anche qui una naturale selezione. Non restano quindi vittoriosi, e destinati a durare che pochi principii, i quali di eccezioni diventano regole accette universalmente e ferme nel periodo storico che loro tocca.

Nel socialismo, con tanto sapere e talora anche tanta generosità d'intenzioni, sostenuto in Germania, in Inghilterra, e in Italia, ciò appare chiaramente. La lotta si manifesta sotto diverse forme e nomi. Accanto a divisamenti che paiono ragionevoli se ne fanno altri che sono l'opposto. Da una parte fra tanti disegni di riforma, l'idea del collettivismo opportunistica si pone come base comune, o vuolsi dire meta delle tendenze generali: onde grandi effetti scaturiscono. Dall'altra havvi chi, a tanta mutazione contrastando, custodisce nella mente una vaga idea del socialismo pacifico e misurato. Da un'altra ancora l'individualismo sembra che si rifaccia vivo; e, notate, perfino nella scuola dello Spencer (1). Veramente la grandezza e la estensione della lotta, che si vede

» particella dell'immenso congegno, costitutiva e dipendente dal tutto insieme;  
 » anzi come particella intima; vale a dire come appunto il derivato nella plasmica, che l'ente sociale ha sempre fatto, e viene incessantemente facendo sui propri dipendenti. L'uomo emerso ed emergentesi dal fondo bruto, è in tutto » creatura del nume sociale; nume superorganico; psiche universa di esseri di » natura ».

(1) *Scolari*, *Op. cit.*, pag. 356.

impegnare nelle scuole dei dotti, e nei comizi del popolo non è da negare. Noi la giudichiamo ogni giorno maggiore, e, così giudicandola, ci sentiamo risolti da ogni dubbio nel credere che questa rivoluzione delle idee, dei sistemi, e delle tendenze civili, segnalerà la fine di questo secolo, come quella sanguinosa di Francia segnalò la fine dell'altro. Anco questa volta aspra sarà la pugna; e degli utili effetti ne resteranno. Non però quelli che si vantano dalla scuola; ma quei pochi che nella pugna si accerteranno, si affineranno, e dimostreranno la continuità onde sono avvinti al passato e apparecchiato il futuro.

XVII.

Nell'istoria romana l'individualismo giuridico si manifestò specialmente per opera delle scuole e delle leggi giustiniane (1). Prima fu degli stoici, poi quali l'uomo è signore dell'universo, poi del cristianesimo e del diritto (2). È indimenticabile la sentenza romana a rispetto dell'uomo « *cujus causa omne jus constitutum est* »: cui fa riscontro il precetto *honeste vivere*, che è pur segno d'individualità morale e di responsabilità giuridica. Stupenda inoltre e informata alla stessa idea è la definizione del diritto privato: *quod ad singulorum utilitatem spectat*. I sociologi non la respingono dalla casa della scienza; ma fanno peggio; la travestono, e la tormentano a usanza dei commentatori dei versi danteschi. Ecco quello che di recente è stato scritto in proposito. « L'obbiezione che » allargamento dei rapporti contraddica al concetto romano, obbiezione dovuta alle vive proteste del Salvioli contro l'influenza dello » stesso diritto romano, il cui studio fu appunto ritenuto la causa » della inerzia degli studi giuridici dell'epoca nostra, non ha ragione » di essere; ove pur si comprenda che, trasformando il codice civile in codice privato-sociale, non si deroga alla natura del diritto » privato, che d'altronde è inderogabile : . . . Perciò la *singulorum utilitatem* non si deve restringere ai rapporti unicamente

(1) Costa, *La filos. greca nella giurispr. rom. Prol.* Parma, 1892. Moriani, *La filos. del dir. nel pensiero dei giur. rom.* 1886. Quando sul finire della terza guerra punica i greci recarono a Roma la dottrina dell'Accademia, del Liceo, e del Portico, nacque per essa pubblico entusiasmo. Catone il vecchio protestò. Ma la filosofia seguì la sua strada.

(2) *Leg. 2, Dig. De statu hominum.*

» individuali, nè a quella serie dei medesimi già rilevata dal diritto » romano; ma estendersi alla nuova vita sociale (1) ». E che significa quest'accozzaglia di parole? A noi non suona che come un insieme di grosse e numerose frasi senza lume d'idea pura e determinata. I romani a quella *utilitatem singulorum* non assegnarono che un valore solo e concreto; tanto concreto, tanto materiale, tanto positivo, tanto comune, da risolversi in ultimo in valore pecuniario. Altro spirito o pensiero in quella frase non alberga, nè deve albergare. Quindi il mutarne significanza per la nuova vita sociale è cosa che poco s'intende. Trasformisi pure, e diventi migliore la vita sociale, la *singulorum utilitatem*, oggetto del gius privato, rimane la stessa: cercando l'individuo, nelle sue intime condizioni di uomo o di famiglia, vantaggi sempre uguali; con mezzi diversi se vuolsi; ma vantaggi uguali. La definizione è intimamente animata da questa idea; che veramente regna ogni ragione di gius privato. Il cui individualismo poi muovendo da queste massime, si dirama in tutte le parti del diritto; sia come *potestas*, sia come *dominium*, sia come *emolumentum*, sia come *il quid interest*, che poi è il criterio risolvente delle continue controversie degli uomini in società. A Roma, specialmente nei tempi più splendidi della filosofia, il gius privato non smarrì questa sua natura. Anco là (nessuno lo nega) lo Stato prestò la formula e la pubblica difesa al diritto, e la legge in molti casi soggiacque alle esigenze sociali; non per questo accadde che due diritti si confondessero in uno solo, come oggi si pretende con quest'alchimia del codice privato-sociale (2).

XVIII.

Due conseguenze noi tiriamo da siffatte considerazioni sull'individualismo romano. L'una è che, alzandoci a guardare la cosa più largamente, la troviamo conforme all'idea sincera e semplice di ogni diritto privato. L'altra, che lo stesso individualismo se si comprende

(1) **Vadalà-Papale**, *loc. cit.* Period. *La scienza del dir. priv.* I, pag. 8, 9, 12.

(2) È da ricordare l'opera del **Dupont-Withe**, *L'individ. et l'état.* Paris, 1858, benchè rimasta per il tempo un po' indietro delle altre opere moderne sullo stesso argomento. Vedi anche **Puglia**, *Leggi biologiche e leggi giur. Rassegna di scienze social. e polit.* Anno X. 15 Settemb. 1892, Firenze.



bene e secondo la idea romana non contraddice ai bramati miglioramenti nell'assetto delle forze e dei mezzi sociali.

La prova e la illustrazione del primo riflesso è agevole a farsi. Essa dipende dal rapporto che nel diritto privato passa fra l'uomo e la società civile. Un rapporto poi non è che il ravvicinamento dei termini che lo compongono secondo la loro natura e la loro forza. Ora, essendo massima di logica questa che in un fatto complesso, o in un rapporto, l'elemento prevalente o regolatore sta in quel suo termine che, per il rapporto stesso, è la forza maggiore, ne viene che nel caso nostro questa forza maggiore e questa legge sia non dalla parte della società ma dalla parte dell'uomo, cui solo spetta il circolo intiero dell'azione; cioè il pensiero, il fatto, e la riflessione. Senza discutere (il che non tocca a noi) di ciò che precede, accompagna, o determina l'azione dell'uomo, certo l'idea, la riflessione, la coscienza, la parola articolata, l'analisi delle sensazioni, l'ipotesi nel ragionamento, e la scoperta appartengono solo all'uomo. Questa potenza che fra tutte è la prima, nacque ed operò sempre nell'individuo solo: onde non fuvvi mai un gran fatto sociale che non pigliasse origine e nome da un uomo solo. E giustamente lo Stoppani, citando Linneo, ed altri, tornò con essi ad osservare che non è vera l'opinione di coloro i quali fanno dell'uomo un semplice oggetto di storia naturale; bensì quella degli altri che ne fanno, fra i viventi, una classe a parte (1). Senza le infinite relazioni sociali, ognuno lo sa, nè sorge nè si sviluppa l'idea del diritto privato; ma tutte insieme coteste relazioni, e la loro istoria, non danno l'idea, il sentimento, la riflessione, l'analisi che sono i principali elementi del diritto privato medesimo. Quindi deriva naturalmente che se la forza principale di questo fatto è l'uomo e la sua idea, la legge del fatto ha per suo principale elemento l'uomo stesso; e il diritto privato giusta la propria natura risulta individuale. Nell'uomo solo riposa la ragione del fine, laddove nella società non riposa che la ragione del mezzo. A parer nostro questa è una massima vera e fondamentale della scienza, già traveduta dall'immortale ingegno di Kant padre dell'individualismo, il più grande dei filosofi dopo Aristotile, alla cui morte, scrisse Pier Giuseppe Proudhon, la filosofia pronunciò il *consummatum est*.

(1) Stoppani, *Il dogma e le scienze positive*, I, 4. Milano, 1880. *Sulla Cosmogonia Mosaica*, pag. 400. Milano, 1887.

Quanto alla seconda conseguenza delle due sopra divisate, cioè quanto al continuo avanzamento giuridico che l'individualismo non contrasta, quasi non occorre rilevare quanto è giusta essa pure. Nella virtù naturale delle cose sta che il diritto si dispieghi e si trasformi con una incessante evoluzione la quale non è sempre di progresso, ma sempre è di apparenza nuova. Accade istituto per istituto, fatto per fatto, uso per uso, e pensiero per pensiero. Si manifesta e si conosce più facilmente nelle cose speciali; meno facilmente nel generale. Dal che deriva l'effetto che, secondo l'ordine delle idee giuridiche nella storia di un popolo, si osservino frequenti mutazioni in molte parti del suo codice; in alcune altre più di rado; ed in quelle che sono i principii fondamentali, o costituiscono il carattere e la coscienza giuridica del popolo stesso, solamente allora che il ciclo storico si rinnova. Non avvi quindi difficoltà per i romanisti, anzi avvi inclinazione e speranza nel consentire a molte delle riforme che, a modo d'esempio, il Gabba e lo Scolari disegnano nelle loro scritture (1); ma a questo patto, che non si pretenda di distogliere il gius privato dal suo vero scopo, o d'inventare come dicono, un codice privatocivile. A noi sembra vero come un assioma questo principio romano, che l'individuo collocato dirimpetto alla società, è la forza prima e lo scopo precipuo del diritto privato; *cujus causa omne jus constitutum est*; e che, pur serbato questo fondamento del diritto attuale, cioè l'individualismo romano, un migliore assetto nelle forze e nei mezzi sociali può ottenersi.

## XIX.

I romanisti hanno pertanto anco questa ragione tolta dalla indole scientifica di ogni diritto privato; il quale appunto per esser privato non può perdere il carattere dell'individualismo in generale, e fra noi dell'individualismo romano. Ma non basta. Vi sono altri punti da considerare in un modo speciale, relativamente alla nostra ricerca circa all'uso moderno del gius romano. Per esempio vi è la questione del dominio. Vediamo come erroneamente, a proposito di questo, si combatte l'individualismo del diritto romano che è pur quello del nostro codice. Lo Scolari ha scritto (già lo notammo) « che la dottrina della proprietà individuale naviga in un » mare tempestoso, nè alcuno sa, o può sapere, dove andrà a pa-

(1) Scolari, *Op. cit.*, pag. 357 in fine.

» rare . . . . . Oramai non si può senza contrasto od esitazione  
 » sostenere che il concetto legale della proprietà, quale ci fu  
 » trasmesso dai romani, corrisponda col sentimento della età presente.  
 » E mentre gli attacchi all'odierna costituzione di quella si fanno  
 » sempre più vigorosi e arditi, le difese si alleniscono per l'insor-  
 » gere di circostanze e necessità che danno ai primi quanto tolgono  
 » di forza o di risolutezza ai secondi. La scuola del diritto naturale  
 » ha dovuto cedere il campo dopo che nella storia apparve la ori-  
 » gine essenzialmente sociale della proprietà: quindi non potè più  
 » radicarne il titolo nei sentimenti e negli interessi dell'individuo (1) ».  
 Altri ha detto che « la forma attuale e vigente della proprietà non  
 » rappresenta che un diritto di partecipazione al prodotto dell'indu-  
 » stria nazionale senza lavoro ». Ed altri ancora sotto diverse  
 forme ha proposto di svellere dal concetto della proprietà, e in specie  
 della proprietà degli immobili, ogni idea d'individualismo; abbandona-  
 ndo agli annali della storia il concetto romano, e di conseguenza  
 quello del nostro codice. Ecco altre sentenze che su questo punto si  
 divulgano « Non è già che il gius romano trascuri i rapporti delle  
 » persone colle cose, e quelli delle persone colle persone, ma per  
 » subordinare tutto ai fini dell'individuo, accorda maggior conside-  
 » razione ai primi che ai secondi. Per la qual cosa i nostri codici  
 » meritano il titolo speciale di *codici di proprietà* . . . . Essi  
 » concedono un'assoluta facoltà d'usare (*jus abutendi*) che al più  
 » potrebbe prendersi come una eccezione . . . . . Omai servitù,  
 » oneri civili, oneri fiscali, con le spesseggianti e disinvolve espro-  
 » priazioni, sottomettono sempre più la ragione privata del possesso  
 » alla ragione, non che del bisogno, della comodità pubblica; con-  
 » trariamente allo spirito di quella legislazione la cui autorità ri-  
 » ritiensi da qualcuno bastevole ad ogni ordine di cose (2) ».

In queste parole vi sono errati giudizi e fatti pure sba-  
 gliati. Noi, prima di tutto, senza preoccuparci troppo della fa-  
 cilità ed opportunità odierna delle pubbliche espropriazioni, met-  
 tiamo i legislatori ed i magistrati in guardia, sicchè non vinca il  
 fatale principio della comodità. A questo abbiamo veduto che si  
 accenna da alcuni rinnovatori. E si vuole che oggi nella espro-  
 priazione pubblica esso vinca. Il buon diritto è mestieri che molto  
 si curi di ciò. Nessuno, ove quel principio fosse assolutamente

(1) *Scolari, Op. cit., pag. 357.*

(2) *Scolari, Op. cit., pag. 358.* Vedasi *Cimbali Enr., La proprietà e i suoi limiti nella legislaz. 1880.*

accolto, potrebbe misurarne o valutarne gli effetti. Dalla necessità si di-  
 scesse alla utilità: da questa vuolsi ora passare alla comodità. Si andrà poi  
 al sacrificio per gli altri. E il diritto dell'uomo? Dipoi diciamo essere  
 pur da respingere dal terreno del diritto privato l'altra massima  
 che l'assoluta facoltà di usare delle proprie cose, cioè il dominio,  
 debba prendersi non come regola, bensì come eccezione nel campo  
 del diritto; contro all'antico dettato *unusquisque rei suae mode-  
 rator et arbiter*. La cui limpida verità non fu turbata da tutte le  
 restrizioni che gli stessi romani vi apposero; e nemmeno da quella  
 che suona così: *expedit reipublicae ne quis re sua male utatur*.  
 Finalmente respingiamo il modo di biasimo con cui si dice potersi  
 i nostri codici chiamare *i codici della proprietà*; perchè nella  
 proprietà individuale racchiudono ogni diritto privato. Per noi que-  
 sta è antica idea. Già scrisse Ulpiano: *Totum autem jus consistit  
 aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo: aut  
 enim hoc agitur quemadmodum quis rem vel jus suum conser-  
 vet; aut quomodo alienet; aut amittat* (1). Ed insegnò il Del  
 Rosso: il diritto privato è la storia della proprietà, nè altro ha per  
 fine immediato che la distinzione del mio e del tuo, dopo che davanti  
 alla legge civile ha dichiarate le qualità delle persone per godere  
 dei diritti, ed i rapporti familiari (2).

## XX.

La questione della proprietà, della sua origine, e della sua forma  
 migliore; di quella mobiliare primitiva e di quella territoriale, ora  
 collettiva, ora privata; è infinitamente più ampia del breve cenno che  
 ne facciamo, e bellissima: ma a noi non tocca di trattarne a lungo  
 in questo luogo.

Dicono che la proprietà privata fosse in principio indeterminata, in-  
 certa, limitata (3). Naturalmente fu tale; ma tutta la proprietà ebbe

(1) *Del Rosso, Saggio di dir. rom. priv. attuale, Vol. I, Disp. 2.*

(2) *Del-Rosso, loc. cit. Scolari, pag. 358, 359.*

(3) Si è molto disputato di ciò dagli storici. **Fustel de Coulanges**,  
*Quest. historiq.* Paris, 1893. Fra i lavori più recenti vedi **Beaudoin**, *La li-  
 mitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Nou-  
 vel. revue historiq.* Paris, 1893. **Capone**, *Saggio di ricerche sulle vicende  
 della proprietà e sull'origine storica del possesso in Roma. Archiv. giur.* Vol.  
 L, fasc. 1 e seg. Le nostre opinioni sono però indipendenti da questi scritti, co-  
 munque pieni di dottrina. In quello citato del Capone si esaminano le sentenze  
 delle varie scuole.

il suo germe nell'individuo solo perchè il sentimento della medesima in sostanza non fu che una maniera del sentimento di conservazione. Quando però gli uomini cominciarono ad appropriarsi in un modo permanente la terra; l'appropriazione collettiva prevalse nella famiglia, nella tribù, nella gente, nella società civile. Una prova dell'antichissima esistenza della proprietà comune, dice Laveleye, è somministrata dalla tradizione universale della età dell'oro. E la provano pure i nuovi riparti delle terre ogni fissato numero di anni, e i pubblici banchetti così comuni a Sparta e tra gli Enotrii; poichè, osserva il Viollet, il consumare insieme i frutti della terra significa comunione d'uso e di diritto della medesima, stimata l'unica nutrice di tutti gli uomini. Queste forme, per lo più rozze, incerte ed incomplete non potevano per altro escludere l'applicazione del potere individuale libero dell'uomo alla propria casa ed alle proprie terre. A Roma, poichè di Roma noi ci dobbiamo specialmente occupare, si ebbe senza dubbio, fin dalle sue origini, la proprietà collettiva delle terre; sebbene sotto altra forma che quella di demanio dello Stato (1). Ma accanto a questa forma di dominio ci fu pur quella del dominio privato. Nella eterna città le razze, le quali composero da principio il popolo romano, di già avevano toccato questo grado di civiltà. Oltre tante altre memorie degli scrittori romani, si richiamano qui come argomenti di quel che diciamo, le *adsignationes regiae* e più in specie l'*adsignatio romulea*. Non vi fu a parer nostro nemmeno il condominio familiare delle terre. Si oppongono infatti ad esso l'*heredium*, il *mancipium*, il *testamentum*. La parola *heredium*, abbia preceduto o seguito l'altra *heres*, ha un significato solo che è quello di padronanza delle terre; ed essa si adattò all'individuo. Nel sorgere del diritto romano si vedono adunque coesistere le due forme della proprietà collettiva e della proprietà individuale; come, oltre le cose dette, lo dimostra la coesistenza dell'*ager publicus*, dell'*ager privatus*, degli *agri gentilicii*, dell'*ager compascuus*, della *lustratio agri privati*, e via discorrendo (2).

(1) **Coletti**, *Proprietà collett. ed usi civici. Rassegna di scienze sociali*. Firenze, 1893. **Valenti**, *Le forme primitive e la teoria econom. della propr.* Roma, 1893. **Cencelli Pertì**, *La propr. collett. in Italia*, 1890. *Rassegna di scien. soc.* Fasc. 244, Anno XI, 15 Aprile 1893. *Journal des econom.* L, Ann. 1891, Juin, pag. 138, seg.

(2) **Valenti**, *Le forme prim. e la teoria econ. della propr.* Roma, 1893. *Cooperazione e propr. collett. Nuova Antologia*, Serie III, Vol. 34, pag. 339. Vedasi pure l'*Economista* del 15 Gennaio 1893.

Siffatta coesistenza delle varie forme della proprietà delle terre in Roma fu certamente un fatto notevole, ed ebbe le seguenti qualità. Non nocque al principio dell'individualismo del dominio; anzi lo favorì in guisa che divenne il principio unico e assoluto sotto Giustiniano. Si rese poi esempio talora imitato; come nel medio evo, quando appresso al più forte dominio individuale si posero i fedecomessi di famiglia, le manimorte, e i beni comunali. Oggi pure, lasciando intatto l'individualismo del codice nostro, si discute in Parlamento di queste proprietà comuni, delle quali in alcuni paesi o villaggi d'Italia si conservano gli avanzi. Noi vorremmo che molto in Italia si pensasse all'errore commesso di aver distrutto le proprietà comunali, e all'opportunità, in moltissimi luoghi, di ristabilirle. Nella Camera si sono spiegate varie opinioni. Chi ha perorato per le teorie socialistiche alle quali coteste comunanze si prestano, chi vuole alle medesime adattare la veste di società cooperative, giusta il codice commerciale; e chi preferisce la divisione, o, come suol dirsi, la quotizzazione dei beni; commettendo poi al Governo di adoperarsi sicchè i dividendi abbiano i mezzi di coltivare le loro porzioni di terre, e di sottrarle alla speculazione privata. La quale ultima cosa è veramente difficile a conseguirsi; ed in vari luoghi e tempi, come in Toscana sotto l'immortale Leopoldo I e in Inghilterra per mezzo dello *Small Holding Act* si tentò ma non riuscì ad effetto (1).

Ed ora concludiamo su questo punto. Mentre, predicando il collettivismo, la scuola richiama l'esempio dell'antichità, e respinge poi la definizione ammessa dalle leggi romane, e perciò dalle nostre, noi osserviamo che in Roma ci fu sempre e prevalse il dominio

(1) Su questo grande argomento della forma della proprietà delle terre sono moltissimi anche gli scritti recenti. Vedansi, fra gli altri, i seguenti: **Spencer**, *Princip. de sociol.* Trad. fr. . . **Loria**, *La vecchia e la nuova fase nella questione della proprietà. Studi senesi*. 1888. **Letourneau**, *L'evolution de la propriété*. Paris, 1889. **Fustel de Coulanges**, *Quest. hist.* Paris, 1893. *Les orig. de la propr. fonc.*, pag. 83, ove si esaminano le opinioni di Maurer, Viollet, Mommsen, Laveleye, e Lamprecht. **Vadalà-Papale**, *Il fenomeno sociale della proprietà privata*. Dal periodico *Il pensiero italiano*. Milano, 1892, 1893. **D'Aguzzano**, *Sulla ricerca genetica del diritto di proprietà*. *Archivio giuridico* XLI, 3. Pisa, 1888.

individuale delle terre, il quale non fu affatto impedito o turbato da una proprietà comunale, riconosciuta utile per certi usi e per certe classi di persone. Di qui la legittima conseguenza che se il nostro diritto privato non esclude o non può escludere la libertà individuale, relativa alle terre, si possono avere coesistenti varie forme, che appagano certi bisogni, senza offendere il principio essenziale della proprietà. Ora non potrebbe ciò essere considerato utilmente ai tempi nostri, certo non disposti ad ammettere, come alcuni vorrebbero, il collettivismo o la comunione delle terre? E se paresse utile, il fondamento della considerazione non sarebbe la teorica dell'individualismo romano?

XXII.

Le riforme del diritto privato, oggi ventilate nelle scuole, dopo quella accennata, sono parecchie altre. Non ne va scevra neppure la famiglia. Circa alla quale si disputa se le leggi vigenti, dopo la mutazione delle circostanze esterne, rispondono al suo modo di essere (1). Non possiamo trattenerci molto su questo punto; che pur sarebbe dei più gravi e degni. Ma non vogliamo tralasciare le seguenti parole del Nani, piene di verità. « La tutela dell'interesse pubblico » incomincia dal primo giorno della vita dell'uomo, e lo accompagna » poi in tutti i suoi rapporti. . . . Il Codice quindi si occupa anzi » tutto dell'allattamento dell'infante. Sia legittimo o illegittimo è la » madre che ha l'obbligo di quest'ufficio. Lo prescriverà un arti- »-colo del Codice; in quanto che nel caso della legittimità così vuole » la morale, e nell'altro caso, oltre la morale, l'interesse della so- » cietà; che ne resterebbe offeso se la madre abbandonasse il figlio » per collocarsi, supponi, quale nutrice in altra casa. Questa essendo » la regola, non potrebbero mancare poi le eccezioni. Un altro ar- » ticolo permetterebbe adunque di far da balia alla madre cui è » morto il figlio lattante, ed alla madre del figlio semplicemente na- » turale, la quale altrimenti non ha di che sostentare se e il figlio

(1) **Starcke**, *La famille primitive*. Trad. fr. Paris, 1892. **Westermarck**, *The history of human marriage*. London, 1891. Ne ha fatta una recensione i Gabba nella *Rassegna nazionale* del 16 Settembre 1893. **Bridel**, *Le droit des femmes et le Mariage*. *Bibliothèque de Philosoph. contempor.* Paris, 1893. **Cavagnari**, *Nuovi orizzonti in rapporto alle istituz. pupillari*. Milano, 1891.

» stesso. Allora però sarebbe necessario il consenso medico e quello » del tribunale delle tutele. Come si provvede in questo intervallo » di tempo al bambino il codice non direbbe; nè ugualmente direbbe » cosa alcuna circa ad un altro modo d'allattamento, che è l'artifi- » ciale, oggi venuto assai in voga. Un giudice non sospetto di troppa » severità in tema di legislazione sociale, il Fould, respinge con in- » dignazione queste proposte, che gli ricordano la *Civitas Solis* di » Tommaso Campanella, notando essere assurdo l'assegnare ad un » codice civile il compito d'inculcare alla donna i doveri della ma- » ternità ». Senza molto discutere a noi basta questo savio giudizio del Nani.

XXIII.

Ed ora, abbreviando il discorso, due altre sole proposte osserveremo essenzialmente sociologiche; alle quali ci sembra che si adattino bene, per risolverle, i principii del diritto romano. Anco questa è una difesa contro l'esilio intimato alla dottrina romana ed alla singolare idea del codice privato-sociale. La prima proposta, che è del valoroso giovane Vittorio Pollacco, si volge alla maggiore estensione da darsi all'obbligo civile degli alimenti in pro degli inabili al lavoro (1). La seconda riguarda la successione intestata.

Bella prova d'ingegno ed anche di cuore, è sul primo punto la scrittura del Pollacco; la quale incomincia dal dissertare intorno alla carità verso gli sventurati, giudicata una funzione dello Stato (2). Bella prova d'ingegno, ripetiamo, ma non prova o argomento di diritto. Assolutamente sa di strano e d'inopportuno la regola *ubi successio est emolumentum, ibi alimentandi inopes onus esse debet*; dappoichè, sebbene alcuni pratici si siano compiaciuti di adoperarla, pur tuttavia non è intimamente vera, nè in armonia con se medesima. Al contrario, discorde affatto nei suoi termini. E notevole è questa discordia che toglie ogni valore alla regola. In vero l'emolumento o l'utilità di una sperata successione bisogna che da una parte ci sia; ma qui non vi è dappoichè dall'altra parte sono considerati soltanto i meschini e gli abbandonati. Inoltre in questo caso

(1) Articolo estratto dal period. *La scienza del diritto priv.* Anno I, fasc. 4, 1893.

(2) **Nitti**, *L'assistenza pubbl. in Italia*. Trani 1892. Citato con altri dal Polacco.

il profitto e l'onere non hanno un rapporto necessario, soltanto sospeso dal caso di morte, siccome nella regola, riguardante la tutela, dell'antichissimo non del nuovissimo diritto romano. La quale regola qui viene pertanto alterata e guastata. E che così si adoperassero una volta i pratici, dai quali poco la parola, e niente lo spirito del diritto romano era compreso, pazienza: ma i giovani delle nostre scuole oggi non lo debbono fare.

Il Pollacco, pur movendo da questi riflessi, ed essendo esaltato dalle nuove fantasie del codice privato-sociale, prende ad esaminare i gradi della successione legittima, e l'obbligo degli alimenti a favore degli inabili al lavoro dentro il quarto grado di parentela legittima. Giunge poi fino agli ascendenti dei suoceri, nei rapporti di affinità. E quanto alla famiglia semplicemente naturale, chiede più profonde mutazioni, ammettendo l'obbligo in discorso tra il figlio naturale riconosciuto e i parenti del padre di questo (1). « Sia pure » immorale, egli scrive, il fatto della procreazione fuori di matrimonio; quanto più non lo sarà la condotta dell'avo che rifiuta » assistenza all'innocente frutto degli amori di una figlia tradita? » La legge non doveva coprire iniquità così gravi ». A quante mai considerazioni darebbero occasione siffatti divisamenti, e siffatte proteste.

Delle quali noi ora passandoci diremo soltanto parerci un vero disconoscere la natura del gius degli alimenti il ragionarne così. Certo al generoso argomentare non faranno difetto molte e giuste lodi; ma i giureconsulti penseranno che in ciò non si può andare al di là di semplici esortazioni morali. Il diritto non ci entra. Infatti nessuna legge civile ha mai potuto ammettere il gius degli alimenti, o il romano *beneficium competentiae*, se non a modo di eccezione, e come conseguenza di fatti volontari, o quasi volontari, dai quali discendono dei doveri che ciascuno sente, può dirsi, per naturale inclinazione o istinto, e che perciò la legge limitatamente osserva. Questo solo è il concetto romano e giusto di un diritto agli alimenti; diciamo di un diritto non già di una pietosa dimanda. Nè altrove che nella famiglia tale istituto eccezionale, e i relativi doveri possono sorgere: ma, intendiamo bene, nella famiglia strettamente presa, non già largamente: come si fa per la successione. Chi giudica in guisa opposta, converte la eccezione in regola. E questa

(1) Pag. 36, 37. A pag. 29 recansi esempi di vari codici.

regola, che allora sarebbe diritto civile al soccorso e alla pietà altrui, contrasterebbe con ogni ragione giuridico-privata.

Pensate poi gli effetti pratici ai quali, seguendo l'idea del Pollacco, si verrebbe. Nel settimo grado di parentela può accadere non si abbia neppure la conoscenza personale dell'uno o dell'altro parente. All'improvviso un vecchio padre, cui il lavoro concesse di raccogliere un peculio ai figli amatissimi, è intimato a mantenere cinque o sei giovanetti colti da sciagura, ma dimoranti da lungi, ed a lui già ignoti. Essi, sostengono i riformatori, vi hanno un diritto. Ma questo è veramente un diritto civile? No. Qui è luogo alla pietà, non al diritto. E quando il Pollacco ci squaderna sotto gli occhi il dettato *civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest*, noi riflettiamo che quella santa massima non è stata ben compresa. Ma questo non è tutto. Altri effetti della proposta, ove si scrivesse nelle leggi, sarebbero quelli di convertire un diritto simile in un facile incitamento alla oziosità per la parte degli uni, ed alla spensieratezza per la parte degli altri che debbono provvedere; e di elevare ad un grandissimo numero, intorno ad ogni casa, i disgraziati che *jure sanguinis* pretendono mantenimento, educazione, difesa. In questo modo il patrimonio di molte famiglie, appena raccolto, si distruggerebbe. Vano è il dire che non ci deve esser colpa in chi chiede; vano il limitare (anche troppo) l'età del bisogno e del soccorso; e vano l'affidarsi (come il Pollacco è costretto di consigliare) al discreto arbitrio del giudice. Tali rimedi in pratica non garantiscono nè aiutano da una ingiustizia macchinata; in quanto che le prove delle colpe e dei demeriti sono troppo difficili; nè riesce, ove tace la legge, d'evitare la contraddizione dei giudicati.

Per avere però miglior contezza della questione si può toccare un altro punto, che è il più generale e il più elevato. Esso ci porta a cercarne la ragione nella dottrina sociologica moderna. Lo Spencer e il D'Aguianno lo hanno già fatto; e, come essi, il Pollacco; usando le seguenti parole: « Il caso deve guardarsi tanto sotto l'aspetto » della morale privata, quanto sotto quello dell'etica sociale. La famiglia è unità sociale, ed è questo il carattere che va accentuato, » sottraendola al funesto influsso di quell'individualismo esagerato, che » è penetrato anco in essa; come è riuscito a governare tanti altri » istituti di diritto privato. Ora ammesso il principio che il soccorso » agli inabili al lavoro è una imprescindibile funzione sociale, è ragionevole che al primo e fondamentale fra gli aggregati sociali » esso incomba, fin dove la legge ad altri effetti lo considera ».

Parliamo senza ritegno. Questo è da una parte un rendere di parecchi il patrimonio di ciascuno, e dall'altra un cagionare vera confusione fra la morale e il diritto; contro la quale dal Tommasio in poi tanto e così solennemente fu scritto. Allora parve un grande avanzamento di civiltà la vittoria del diritto in quella lotta. Oggi si va a ritroso delle antiche credenze, mettendo la civiltà nel contrario. Per la qual cosa noi concludiamo che anche su questo punto si fa palese l'errore di un codice privato-sociale, e che opportunamente invocansi le massime romane. Esse in verità contengono una gran forza medicatrice delle odierne e fumose intemperanze.

## XXIV.

L'altro dei due proponimenti favoriti della scuola sociologica, dei quali dicemmo di occuparci, consiste nella maggiore limitazione dei gradi di parentela chiamati alla successione intestata. La questione è di data antica, e sotto diverse forme presentata. Oggi peraltro una particolare importanza ha acquistato in quanto che, intesa secondo le ragioni individuali non secondo le ragioni puramente sociali, può essere adottata anco dai più schifiltosi delle novità. Infinite opinioni si sostengono in proposito. Il Cimbali mantiene la misura antica che va fino al decimo grado; ma vuole che i chiamati dei gradi più alti dividano la eredità o collo Stato o col Comune (1). Altri giunge all'ottavo. Il Laurent al sesto; misura adottata dal codice spagnolo (2). Il Piola al terzo (3). Ma quest'ultima proposta, ci affrettiamo a dirlo, equivale al negare l'istituto di cui parliamo; ed apertamente si volge al fine sociologico di raccogliere molti beni nel dominio dello Stato, o di sottoporli, in qualunque altro modo, all'azione comune della società e degli associati.

A noi non appartiene di fare in questo luogo delle disputazioni sul numero dei gradi, e sulla opportunità dell'uno o dell'altro.

Ci appartiene bensì, per il nostro scopo, di ricordare che nella scuola dell'individualismo, sia romano antico sia moderno, non sono mica chiamati a succedere i parenti lontani, talora non conosciuti nemmeno, per la sola ragion giuridica della parentela; bensì anco per

(1) *La nuova fase del dir. civ.* Torino, 1885.

(2) *Avant-projet de la revis. du code civil Belq.* Art. 775, Vol. III, 4.

(3) *L'equilibrio politico e la riforma rappr. in Italia.* 1881.

quella veramente civile, economica, e politica, di togliere i beni allo Stato, e di lasciarli nel possesso e nel commercio dei privati. Anzi, nelle leggi, questa è la ragione principale. Nell'applicarla, naturalmente, i presunti affetti, i rapporti di sangue, l'uguaglianza del nome, e l'unità dello stipite familiare hanno fatto segnalare le persone; ma di assoluto diritto non vi è nulla; almeno al di là dei primi gradi: onde la regola che guida la legge è quella suddetta ispirata dall'utile e sano principio dell'individualismo.

Dalla nostra scuola adunque si potrà consentire, se vuolsi, in una diminuzione di qualche grado di parentela per succedere, ma non mai in guisa che il principio fondamentale della legge si annienti. Anco qui, ai nostri tempi e nei nostri usi, vuol essere invocata la forza medicatrice degli eccessi; forza la quale contiene in se il diritto romano. Il quale veramente non fece considerazioni speciali in ordine ai limiti della successione intestata; ma in ordine ad altro punto della medesima propose una regola nuova; che fu di chiamare alla eredità, ove manchino i parenti, prima dello Stato, le corporazioni alle quali il defunto appartenne: la curia quanto ai decurioni; i *cohortales*, i *navicularii* ecc. quanto ai loro consociati; la legione o la *veixillatio* quanto al soldato; la chiesa quanto al chericco (1). *Et si nemo sit, ad quem bonorum possessionem pertinere possit. . . . populo bona deferantur.* Ottima regola, e veramente romana, dalla quale anche il nostro diritto moderno potrebbe ricevere aumento e miglior direzione; imperocchè ove secondo il medesimo vi fosse luogo a successioni straordinarie, non lo Stato, giusta l'art. 758 del codice, ma il Comune solo dovrebbe essere chiamato ad ereditare.

## XXV.

Tutto questo dimostra la efficacia del diritto romano nelle moderne lotte della scuola, e nel gius privato nostro. Ma per lo stesso fine valgono inoltre le seguenti osservazioni; delle quali basta fare un cenno. Innanzi tutto osserviamo che nei più recenti ordinamenti, i quali stimansi eziandio i più liberali che si possono donare ai cittadini di uno Stato, di sovente non saltano fuori che vecchie

(1) *Leg. 1, 2, 4, Cod, De hered. decurion. navicularior. cohortal. etc.* (VI. 62) *Novel. 131. Cap. 13.*

regole romane; alle quali la coscienza nazionale nostra, e la dottrina nostra e di altri paesi agevolmente ritorna. Ponete la successione dei maschi e delle femmine chiamate del pari, l'obbligazione letterale, e parecchi istituti di diritto commerciale; il quale è un diritto, per la specie dei fatti che ne sono l'oggetto, con più frequenza degli altri diritti mutabile (1). Nel gius penale stesso ciò è accaduto; e già lo segnalò la scuola positiva (2). In specie uno scritto del Garofalo (3) e uno del Ferri, sopra l'altro notevole, e intitolato *La riabilitazione del diritto penale romano* (4). Ivi leggesi. « Non mancano esempi » per dimostrare che la scienza criminale, meglio indirizzata alle » necessità pratiche della vita, ha molte volte da imparare dal senso » pratico del diritto penale romano, e molte regole da rimettere in » onore ». Perfino qualche segno del sistema dell'individualismo qui liberamente si palesa. Infatti il Ferri soggiunge. « Nè si dica che » queste regole del diritto penale romano, ravvivate ora e completate » dalla scuola positiva, hanno una tendenza antindividualista: ciò » che del resto alla fine di questo secolo XIX non si prende più » per quell'esecrando peccato che pareva alla fine del XVIII . . . » Vi sono in quel diritto delle regole ispirate al liberalismo il più » puro, come l'*actio popularis*, la quale ritengo degna di essere » ripristinata o per completare l'istituto del pubblico ministero, o » per concedere un'azione ai cittadini *uti singuli*, o finalmente come » funzione di quell'*avvocato dei poveri*, che dovrebbe essere un » vero tribunato giudiziario popolare (5) ». Anche il giovane Magri, scrivendo intorno alle grandi riformazioni della scuola di gius penale ha rilevato che alcune idee modernissime, ora celebrate e date per perfette, non sono che teoremi delle scuole romane. Il conato a modo d'esempio. La dottrina del conato spiegata come la spiega la scuola ontologica si distacca dalla romana; spiegata in-

(1) Goldschmidt, *La lex Rhodia, etc.* Trad. 1891. Carnazza, *Il dir. comm. dei romani*. Catania 1892. Rossello, *Recept. argent.* 1890. Vedi poi sopra questo argomento in genere: Fadda, *L'arte e gli artisti nel d. r.* Genova, 1894.

(2) Vedi il periodico *La scuola positiva nella giurisprud. penale*. Roma.

(3) *Riparazione alle vittime del delitto*. Torino, 1887.

(4) Citato periodico *La scuola positiva*. Quest'articolo fu pubblicato la prima volta nel libro dedicato al professor Serafini nell'anniversario XXXV del suo insegnamento.

(5) Quest'istituto, desiderato anco dal Pollacco nella monografia succitata, sarebbe di grandissima giustizia e utilità. Fin da tempo remoto noi lo proponemmo. *Della vita e delle op. del prof. Federico Del Rosso*. Pisa, 1859, pag. 28.

vece come la spiega la scuola positiva è la stessa dottrina romana. Infatti ivi troviamo il tentativo punito come delitto perfetto dalla *Lex Cornelia de falsis* e dalla *Lex Pompeja de parricidiis*, e troviamo pure posta la massima che i problemi del conato non possono ottenere una risoluzione definitiva e sola, ma molte e varie risoluzioni, tutte relative ai fatti, all'animo del reo, ed alla indagine della *consuetudo delinquendi*, che fu già un postulato del diritto penale romano, ed oggi lo è dell'antropologia criminale.

## XXVI.

Per offrire intiera ai romanisti quella specie di programma che abbiamo fino da principio divisato, or resta a trattare della educazione giuridica, e dell'insegnamento. Intendiamo per educazione giuridica l'arte di mettere in esercizio e di dirigere le facoltà dei non esperti, per opera di coloro che già lo sono, sicchè dalla parte dei primi il comprendere e il praticare il diritto diventi abitudine. È popolare e comune se consiste nella parola amorevole, nel consiglio, nella facile persuasione, nel porgere l'esempio, nel dimostrare l'utile colla prova immediata del fatto. È scientifica o speciale se appartiene agli uomini della scienza; vuoi rispetto a se stessi, vuoi rispetto agli altri che da essi attingono sapere. L'una e l'altra però hanno un punto comune; il quale consiste nell'aprire, nell'illuminare, e nell'estendere la coscienza giuridica di ciascuno; cosicchè da una parte gli istinti coltivati, i sentimenti aguzzati, le tradizioni, e le forti abitudini; dall'altra la dottrina e l'autorità rendano facile a conoscere ed a praticare il diritto. Il popolo romano antico stette nella storia sopra tutti gli altri popoli per la educazione giuridica; sicchè dissero che esso ebbe del diritto un istinto speciale e prodigioso, come il greco l'ebbe dell'arte e del bello. Per noi in questa parte ci è molto da fare: ma poco si fa. Certamente la prima cosa che in proposito occorre è quella di conoscere il mezzo o lo strumento per il quale, tanto nel popolo, quanto nei dotti, si effettua questa educazione, e s'illumina e svolge la mente di ciascuno. Ora poichè educare significa trar fuori, condurre ai loro effetti, e perfezionare le facoltà, e le naturali tendenze dello spirito umano; e poichè, quanto al diritto, queste idee, o sentimenti naturali, dai quali risulta la coscienza nazionale nostra sono intrinsecamente romani; è forza di logica il concludere che l'educazione della quale parliamo, non può avere che un fondamento romano. Nella logica sarebbe cosa da non far

passare, e nel fatto sarebbe vanissimo, l'educare i giovani delle scuole e il popolo nostro, in questo ciclo storico in cui vive, ad un diritto che non fosse quello della sua coscienza, delle sue abitudini e delle sue memorie. L'educazione noi l'abbiamo definita l'arte di sviluppare ed esercitare le umane facoltà secondo la loro propria natura: costringerle a battere vie diverse da quella che la loro natura segna, non sarebbe educarle.

Questo non è tutto. Educare, giusta la definizione data, vuol dire ancora render chiara e franca la intelligenza e la volontà del discepolo, per opera del maestro; vuol dire render la mente pratica delle buone deduzioni logiche; e, per alcuni in specie, vuol dire raccogliere memorie, usi, convinzioni onde si forma e perpetuamente si feconda di nuovi trovati la scienza. Ora poichè la parte positiva del diritto romano è quella che sostiene e compie il nostro codice, ad eseguire il quale debbono avere il cittadino e il legale la intelligenza e la volontà chiara e pronta; e poichè i libri romani insegnano un'arte di logica insuperabile, e la quantità e la profondità dei loro argomenti giuridici, sono, chi li comprende, una vera ideologia scientifica, ne discende, anche per questa parte, non potere essere che romana l'educazione giuridica nostra. Il Windscheid ben disse. « Lo » studio scientifico che ottenne il diritto romano nell'Europa moderna » è divenuto il fondamento di qualunque scienza del diritto privato, » ed in certo modo di qualunque siasi scienza giuridica ». Ed ivi l'annotatore. « Il primo riflesso, se calza per ogni altro popolo, » tanto più deve valere per noi, in quanto la storia di Roma è storia » nostra, nostro il suo patrimonio scientifico, nostra la sua tradizione ». E in appresso, « Il diritto romano è un inarrivabile modello di logica, ed una scuola per la formazione del criterio. Eppure » però è sempre nostra convinzione che non sia da trascurare nessun istituto romano, anco quelli che non hanno che fare colla vita » moderna, in quanto importa non tanto il contenuto materiale, » quanto la elaborazione (1) ».

Che se dagli argomenti di ragione passiamo al fatto ed all'uso; quale è nei nostri costumi lo scrittore o lo scrittorello che, trattando la materia nostra, non ricordi i dettati, le parole, gli esempi romani? e quale la sentenza di tribunale che non si fondi sopra precetti antichi opportunamente citati? e quale la massima del diritto odierno

(1) Windscheid, *Pand.* Trad. ital. Fasc. I. Genova.

che non sia, anco forzatamente, tirata al principio antico? e quale l'uomo dato agli affari che, senza pur sapere di diritto, non abbia il proverbio latino da profferire, ove gliene capiti il destro? Tutto ciò poi è mera storia, o albagia erudita, o abitudine senza pensiero? No certamente. Nella massima parte dei casi, anzi quasi sempre, è naturale sentimento che erompe spontaneo: e la riflessione lo approva. Fatto consueto che si è reso abitudine della vita intellettuale e giuridica di ciascuno di noi. Ci lega al passato indimenticabile, e ci fa maestri all'avvenire. Serve adunque esso pure a dimostrare quale oggi può e deve essere la educazione giuridica di casa nostra. Ammonimenti simili faceva il Sumner Maine agli inglesi e agli americani. Quanta maggior ragione della sua, diceva opportunamente l'annotatore del Windscheid, abbiamo noi per farli al popolo nostro?

Uno dei punti che a questo proposito potrebbe essere considerato particolarmente, sarebbe quello relativo al linguaggio. Ne facemmo già un cenno. Esso nel diritto privato romano ha ottenuto dal succedersi del tempo tal fermezza che al detto si è sposata l'idea, e quello sta omai immutabile e intraducibile in altro idioma. Fuori di questo linguaggio adunque, le razze latine non possono acquistare altrettanta esattezza di parole e d'idee. Negli scritti del Sumner Maine che abbiamo di sopra citato si narra del Parlamento inglese, che consumò parecchie ore a discutere sulla parola *solidariamente*. Ciò non sarebbe accaduto, osserva il lodato scrittore, se dallo studio della giurisprudenza antica si fosse tratto il significato o l'uso costante della parola (1). Nè ciò faccia meraviglia, o prenda la similitudine d'un esempio forzato, imperocchè il linguaggio del diritto privato romano, considerato anche nella storia attuale, e in servizio della educazione giuridica, si vede facilmente, siccome vide lo stesso scrittore, essere diventato *la lingua franca della giurisprudenza universale* (2). Bentham si provò a introdurre nella legislazione inglese una fraseologia nuova; il Del-Rosso ugualmente. L'antico verberaltro, le antiche formule, e gli assiomi latini sono ancora quelli che imperano, e rappresentano i concetti del gius privato della nostra epoca. Or, dite, non è egli necessario che l'educazione giuridica comprenda questa parte? E non è dessa romana? Ed è forse nella storia sola, e non anco nel diritto positivo, che si riesce a comprendere tutto il significato delle parole legali?

(1) *Etude sur l'hist. de dr. Le dr. rom. et l'educat. jur.* 1889, pag. 394.

(2) Sumner-Maine, *Op. cit.*, pag. 409.



Le quali avvertenze, se risplendono della luce del vero e dell'opportuno relativamente a ciascuno, risplendono ancor più per il magistrato e per l'insegnante. Ad essi spetta una parte grandissima nella educazione popolare e scientifica. Il popolo apprende dal primo la fiducia nella privata giustizia e la serietà delle sentenze. Il giovane discepolo dal secondo il fondamento storico e razionale del diritto che si pratica, si adatta ai casi diversi, e si trae ai più utili effetti. Tanto l'uno quanto l'altro, desiderosi certamente di riuscire al loro nobile scopo, non debbono adunque nè ricevere nè porgere altrui una educazione diversa da quella che abbiamo detta. I maestri su questo punto hanno di frequente fatto sentire la voce loro, e dati nei libri i consigli. « Unico metodo di studio delle nostre leggi moderne è di muovere dalle romane » ha detto il Del Rosso (1). E il Sala « È doloroso il vedere che avvocati e professori spesso stimano inutile la fatica di ricercare e di svolgere i vecchi volumi: » miniere inesauribili di sapere giuridico » (2).

Veramente bisogna dirlo. Il più delle volte cagione di ciò è l'abborrimento della fatica. Questo distoglie i giovani dalle severe cure dello studio, e loro fa parere bastevole l'articolo del codice borghese; articolo democratico e perciò lontano dalla formula della scienza; la quale certo è sempre aristocratica. E qui giovi ripetere la frase singolare d'uno spiritoso francese: il diritto romano è il pane dei forti: per questo non fa a tutti gli stomachi (3).

## XXVII.

Ed ora dell'insegnamento del diritto nostro. Si è oggi consigliato dal Vidari, dallo Scolari, dai due fratelli Cimbali, e da altri, che omai non debbasene ricercare che la storia. « Per la pratica è » morto, essi così attestano, e non resta che la sua storia a insegnare le leggi generali della vita del diritto ». « Deve avere » certo un posto degno nell'insegnamento universitario: ma difficilmente alcuno impugnerà che l'insegnamento dogmatico del diritto » romano non debba oltre misura estendersi; e tanto meno con pre-

(1) *Saggio di dir. rom. priv. att.* Vol. I, pag. 66. Pisa 1844.

(2) **Sala**, *Del rinnovam. dei buoni studi giur.*, Torino, 1870. **Cuturi**, *Delle recenti discussioni sul metodo*. Bologna, 1887.

(3) Nell'**Appleton**, *De l'enseign. du droit*. Paris, 1891. *Extrait de la Revue internat. de l'enseign.* 15 m. 1891, pag. 22.

» giudizio dello insegnamento scientifico e storico del medesimo ». Narrando poi della Germania, lo Scolari aggiunge « esservi anco là » chi pretende che i due corsi delle Istituzioni e delle Pandette siano » confusi in uno solo.... noi italiani avere per altro maggiori ob- » blighi a quel diritto di ogni altro popolo.... ai quali obblighi po- » tersi poi soddisfare, invitando i giovani a sviscerarne la storia con » amore di scienza e con orgoglio patriottico » (1).

Che il diritto romano privato abbia grandissimo valore, come storia, è soverchio a dirsi. Anco prima d'Holtzendorff, menzionato da Scolari (2), erano stati indicati i due modi diversi di adoperarla: l'uno semplice e ristretto che serve alla definizione degli Istituti ed allo studio dei libri latini: l'altro più profondo, e al tempo stesso più esteso, e più complicato di ricerche, che giova a scoprire le leggi storiche di tutto il diritto nelle società civili. Per questi due modi appunto si giunge a vedere che, se il Vico, il Machiavelli, il Bossuet, il Montesquieu ebbero ragione di prendere Roma e il suo popolo per il modello o l'esemplare delle leggi civili e politiche, i giuriconsulti l'hanno del pari di prendere Roma e le sue leggi come modello ed esemplare della evoluzione giuridica. Nella formazione del diritto privato, scrisse una volta il Padelletti, si pare in Roma più evidente che mai in altro luogo il sentimento geniale dell'opportuno, dell'utile e dell'equo: onde le leggi naturali si accomodano agli infiniti aspetti della vita, e la più grande tenacità delle antiche istituzioni si sposa alla più grande elasticità delle figure delle quali il diritto ha bisogno (3).

È questa senza dubbio un'alta considerazione della istoria del diritto nostro. Ma può farsene un'altra ancora. La legislazione comparata omai ci ha mostrato che i popoli indo-europei ereditarono da più vetuste comunioni di genti asiatiche una somma di notizie e di usi o, come suol dirsi, una civiltà la quale dipoi si svolse, distinguendosi e singolareggiandosi, secondo i popoli, secondo le emigrazioni, secondo i luoghi. Vi furono dei dati primissimi e semplici. Dipoi varie energie, varie mentalità o potenze d'idee, varie inclinazioni, varie forze, varie ricchezze, varie forme di governo, e per conseguenza ci furono pure nel diritto privato vari modi di

(1) **Scolari**, 334, 335.

(2) Pag. 337.

(3) *Roma nella storia. Prolusione*, 1874, *Archiv. giur.* Vol. XII, pag. 191.

rappresentare le stesse leggi e il loro spiegamento. Le differenze e le somiglianze sono speciose; e vasta materia di studio e di riflessione. S' incontrano perfino nelle parole indo-europee significanti diritto, legge, giustizia (1). Uno studio delle medesime, di recente rinnovato, sparge luce sui diversi modi del significare e del comprendere tali idee presso le varie razze il che porta ad una sintesi stupenda. In realtà le istituzioni dei diversi popoli ariani si chiariscono fra loro, e mostrano la continuità storica e ideale. Ora è appunto in questa continuità che la storia del diritto romano figura come parte principale, e come grande contributo alla scienza universale del diritto; il che già hanno provato i lavori del Sumner Maine, del Leist, dello Schulin, del Dareste e di altri. In tanta dignità adunque la storia nostra deve esser condotta. E noi che scriviamo per persuadere ai nostri tempi lo studio del diritto positivo romano, vogliamo che sia aiutato non solamente da quello della sua storia, ma di più dall' altro di una storia elevata a queste ragioni sublimi e generali (2).

Che però lo insegnamento della storia nelle nostre scuole basti è errore grave il dirlo. Le ragioni di ciò sono state da noi già poste e largamente spiegate là dove provammo che la coscienza giuridica nazionale è sostanzialmente romana, che lo è il linguaggio giuridico comune, e lo è l' uso dei tribunali. Tutta questa parte è parte viva, positiva, attuale, dell' antico diritto. Per la qual cosa il solo racconto dei fatti, sia pur giudizioso, non è tutto quello che si deve sapere da noi; ed evidentemente esso non si riduce che ad un insegnamento fatto a mezzo, se non si distende eziandio alle altre sue parti.

Potrà adunque sostenersi ancora che la ringiovanita scienza giuridica, acclamata dalle scuole, non acquista dal gius romano che l' arte di acconciare la regola al fatto ed alle condizioni storiche del popolo; di guisa che omai non importa che studiare l' epoca attuale e poi fabbricare il gius privato che le conviene? Non ripetiamo che ciò significherebbe disdire al gius romano la parte che già dimo-

(1) **L. Hearn**, *The Arian family. Puglia, Studi di storia del dir. r.* Messina 1886. **Capone**, *Di alcune parole indo-europee significanti giustizia, dir. etc.* Milano, 1893.

(2) **Zocco-Rosa**, *Della vocazione del secolo XIX alla cultura scient. del dir. rom.* Catania, 1890. Oggi si coltiva anche una giurisprudenza detta etnologica della quale si dice autore il **Post**, *Einleitung in das Studium der etnol. Jurisprud.* Oldenburg, 1886.

strammo avere nella coscienza giuridica italiana, e nel codice civile di cui è il sottostrato necessario. Non ripetiamo questo, ma facciamo alcune altre riflessioni per rispondere all' ipotesi.

Non pare possibile, avanti tutto, di tessere una buona istoria di questo diritto senza ricercare il lavoro delle scuole, i metodi, e le applicazioni speciali; vale a dire, senza approfondirne la parte positiva. Il gius romano (avvertasi a ciò) non è come molti altri istituti umani; pei quali la storia è tutto. Tanti secoli è stato la legge vivente del nostro e di altri paesi, che la storia non può trascurar questo fatto; nè, esaminandolo, può farlo profondamente senza scendere alle ricerche positive. Chi mai appellerebbe buono e compiuto studio di esso diritto, quello solo delle Istituzioni di Gajo e di quelle di Giustiniano senza le Pandette? Inoltre si anela dovunque e si predilige il nuovo; ma non è ignoto al filosofo che ogni novità riesca ingannevole e fuggitiva se non scorre pianamente dal vecchio, ed, almeno in parte non lo mantiene: onde la stessa arte di creare il nuovo diritto per i nuovi bisogni, non si potrebbe praticare se non si avesse molta conoscenza del vecchio. Una terza ragione ci dimostra, fra noi, inseparabile lo studio della storia del diritto romano dallo studio positivo del medesimo. Giusta quello che dicemmo, il gius privato romano vive ancora di una vita reale nei nostri costumi, nel nostro linguaggio, nel nostro codice. Ora la conoscenza di questo elemento di vita giuridica nazionale nostra non può attingersi che dallo studio del diritto positivo. La qual cosa è tanto più importante a notarsi quanto più importante è il conservare i principii efficaci del diritto antico, al nostro ciclo storico tuttavia adattati, per opporsi a questa fantasmagoria del codice privato-sociale (1).

## XXVIII.

Quello che in tal guisa siamo andati dicendo sull' insegnamento del diritto privato tra noi è tanto logico da non aver mestieri d' altre illustrazioni. Aggiungeremo soltanto questo, che se nella dotta Germania, e ce lo racconta lo Scolari, si è proposto di fare delle Istituzioni e delle Pandette un insegnamento solo, noi invece ripetiamo colla formula del Sumner Maine: nessuno dovrebbe leggere il suo Digesto senza sapere profondamente le sue Istituzioni. Il diritto nostro non è una casistica; nè il credito che conserva tuttavia

(1) **Brunetti**, *Il dir. rom. nella giurispr. Archiv. giur.* Bologna, 1894.

nelle scuole e nel fòro deve indurre nella tentazione d'invocare per semplice uso la sua testimonianza o di citare le sue leggi senza saperle profondamente. Solo allora che lo studioso e il pratico sarà provveduto di cotesto sapere, potrà aprire il *Corpus juris* e cercare ed applicare la regola che fa al caso suo.

Ma non è questo solo che là si è detto sull'insegnamento in discorso. Un'altra singolare idea si è trovata; quella di conservare nelle Università l'insegnamento del diritto romano, ma a condizione di non altro si tratti che del classico, raccolto e raffazzonato sotto una nuova forma, per esempio quella seguita dal Lenel (1); non già delle Pandette e del Codice. Certamente il pregio della novità non manca a questo pensiero; come non manca, almeno a nostro sentire, la vanità del divisamento. Il gius romano che, nato nel nostro paese, nel succedersi dei secoli si accomoda a legislazione positiva dipoi soggiace insieme alle altre istituzioni ad ogni storica vicenda, e si riduce a scopi sempre più appropriati; è solamente il giustiniano. Lasciamo pur dire che il *Corpus juris* è mal compilato e messo insieme alla rinfusa. Lo ha consacrato la pratica così com'è. La sua forma è quella veramente di codice. E la sua autorità di codice fu osservata per lungo periodo di tempo; nè oggi può aversi per distrutta (2).

### XXIX.

Ora trapassiamo ad un ultimo punto, nel quale, quanto all'insegnamento del diritto romano, facciamo che parli uno scrittore francese per molto valore nelle materie nostre notissimo (1): « Le droit » romain est utile comme formant la partie de beaucoup la plus » importante de l'histoire du droit: comme istrument indispensable » d'éducation juridique: comme connaissance nécessaire pour l'intelligence de notre droit et des législations étrangères ». Lungamente il citato giureconsulto si aggira, illustrandoli, intorno a questi punti. Il seguirlo sarebbe cosa ottima, ma troppo lunga per il di-

(1) *Palingenesia jur. civ.* Lipsia, 1888.

(2) **Perozzi**, *Delle condiz. dell'insegnam. rom. Temi Veneta.* Vol. XVI. N. 21, Maggio 1891.

scorso nostro: onde ci contentiamo di ripetere queste sue ultime osservazioni (1).

« Dans notre droit moderne tout est infiniment moins net, parce » que tout est plus complexe; la structure du droit présente une » physionomie beaucoup moins régulière, moins géométrique. Le » droit romain joue ainsi, dans nos écoles, un rôle analogue à celui » des mathématiques pures dans l'enseignement des Facultés des » sciences. Comme les mathématiques chez elles, chez nous le droit » romain c'est la clef d'or qui ouvre la porte de toutes les autres » connaissances juridiques, et sans laquelle on se voit arrêté à cha- » que pas. Mais l'avantage, pour ainsi dire algébrique, de simplifi- » cation produit par cette terminologie merveilleuse, que Sumner » Maine appelle ailleur la sténographie de la jurisprudence, cet avan- » tage immense s'éclipse pourtant devant un bienfait plus précieux » encore. Le droit une fois réduit par l'analyse à ses éléments sim- » ples; la combinaison de ces divers éléments, dit Jhering, permet » à la science non pas seulement de reconstituer les règles dont » ils ont été tirés par l'analyse; mais encore de créer de nouvelles » règles et d'accroître ainsi le droit au moyen du droit lui-même. » Les dispositions de la loi, les règles du droit, sont stériles par el- » lesmêmes. Au contraire, réduites à leurs éléments simples, et mises » par ce moyen à la place que leur assigne leur parenté avec d'au- » tres règles, suivant qu'elles en sont, pour ainsi dire, les mères, » les filles ou les sœurs, elles s'élèvent au rang d'*éléments logi- » ques du système*. Dès lors, devenues fécondes, elles engendrent » de nouvelles règles. De même, lorsque, observant des phénomènes » naturels, on a trouvé la formule mathématique d'une loi physique, » on peut souvent en déduire une série d'autres lois que l'obser- » vation n'avait pas révélées, mais qu'elle vient ensuite confirmer. » Cela tient précisément à ce que, dès que vous avez trouvé cette » formule, la loi n'est plus isolée, elle devient nécessairement l'élé- » ment logique d'un système dont il est alors possible de dérouler » les divers anneaux. Ainsi le droit, qui, à l'œil peu exercé, appa- » rait comme un ensemble de réglemens, constitue véritablement,

(1) **Appleton**, *De la method. dans l'enseign. au droit, en particul. dans celui du dr. rom.* Paris, 1891. *Extrait de la Revue internat. de l'enseign.* 15. Marzo 1891, pag. 22, seg. Merita di essere ricordato a questo proposito, specialmente per i primi capitoli, il bel libro di **Alphonse Rivier**, *Introduction histor. au dr. rom.* Bruxelles, 1881.

» selon le mot d'Ihering, un organisme logique d'institutions et de  
 » définitions juridiques. Sans doute il ne s'agit plus, comme cela se  
 » faisait sous la restauration, d'invoquer des textes du Digeste de-  
 » vant les tribunaux. On y fait un usage assez sobre même des  
 » commentateurs modernes de nos codes; les repertoires de juri-  
 » sprudence sont les autorités les plus fréquemment invoquées. D'ail-  
 » leurs, en général, on ne plaide plus le droit; par conséquent il ne  
 » s'agit pas d'apporter un *Corpus juris* au Palais. C'est à l'école  
 » qu'il importe de remonter aux origines romaines pour faire com-  
 » prendre le véritable sens de nos lois. Souvent le code s'est borné  
 » à consacrer, en la rappelant d'un seul mot, toute une théorie ro-  
 » maine, à laquelle il faut nécessairement se référer. Ces rapproche-  
 » ments préservent d'une multitude d'erreurs grossières, et surtout  
 » de cette espèce de chauvinisme juridique, de fétichisme du code,  
 » qu'on a poussé parfois jusqu'à ériger en principes de droit de  
 » simples maladresses de rédaction. Parfois aussi certaines disposi-  
 » tions peu rationnelles qui ont été accueillies dans nos lois par re-  
 » spect pour l'autorité du droit romain, et qui n'ont pas d'autre  
 » raison d'être, doivent leur origine à la fausse interprétation de  
 » quelque texte du Digeste. La démonstration de l'erreur ne leur  
 » fait pas perdre, il est vrai, leur force légale, mais elle leur enlève  
 » toute autorité scientifique ou doctrinale. On se contentera donc d'en  
 » observer la lettre, sans en tirer de déductions, ni fonder sur elles  
 » des théories, comme seront tentés de le faire ceux qui en igno-  
 » reront l'histoire ».

## XXX.

Queste massime ed ammonimenti sono uguali ai nostri. Dell'a-  
 verli ora riassunti lucidamente ed elegantemente noi siamo ricono-  
 scenti all'illustre uomo straniero. Per questo ne abbiamo ricopiate  
 le parole precise. Un'aggiunta soltanto dobbiamo fare; della quale  
 egli non ebbe bisogno; imperocchè non volle occuparsi della guerra  
 intimata al vecchio diritto dalla scuola sociologica. Pur troppo dove  
 la detta guerra più ardentemente si agita, e dove più potenti effetti  
 può avere, è in Italia, e nelle nostre scuole del diritto romano. E  
 ciò è doppio male perchè, mentre al di fuori d'Italia la guerra al  
 gius romano è guerra ad un diritto quasi forestiero; fra noi è guerra  
 alla nostra idea nazionale ed alla nostra gloria. L'aggiunta è la se-  
 guente; e qui stà come la conclusione del nostro scritto.

Non solamente, per quanto osservammo, riesce difficile ed im-  
 perfetto il concetto del nostro diritto privato, se non se ne traggono i  
 principii dal romano; e non spiegabile riesce la pratica o le costumanze  
 nostre, se esse pure non s'illuminano colla istoria di quello: ma di più noi  
 crediamo che soltanto nell'individualismo romano, nella equità, nella  
 profondità e nell'austerità di quello possa trovarsi il mezzo di sostenere,  
 senza esserne vinti, la irrompente licenza delle proposte che ha in-  
 vaso il campo la nostra privata legislazione.

Ora l'adoperarsi in siffatta guisa va specialmente a diventare  
 l'ufficio e quindi lo scopo principale dei romanisti nelle nostre  
 scuole. Dove peraltro, è bene notarlo, si seguita a distinguere  
 la parte che, diritto attuale, riman ferma vuoi nelle regole, vuoi  
 nelle definizioni, vuoi nelle prossime conseguenze, vuoi nel lin-  
 guaggio; dalla parte che pur troppo cade, si dimentica, diventa  
 inopportuna, o segue le mutabilissime circostanze sociali. La di-  
 stinzione è antica: ma ora più importante di prima. Non si tratta  
 infatti di vedere soltanto come il diritto romano si modifica dirimpetto  
 all'ordinario progresso: ma come può sostenersi nei suoi alti prin-  
 cipii e ne' suoi istituti in seguito alle ardite intemperanze della  
 scuola, ed alla trasformazione sociale immaginata e pretesa. Noi vogliamo  
 soltanto persuadere di questo; che i miglioramenti sono necessari e  
 giornalieri, ma per quanti ne siano proposti nel diritto privato dalla  
 scuola sociologica, nessuno di essi potrà accogliersi, se vizia o  
 ferisce il principio individuale, solo adattato alle leggi private del  
 nostro paese e della nostra storia attuale.

Si fa un continuo, e omai fastidioso ciarlare di grandi riforme;  
 ma in fatto se è vero che nuovi principii e nuove regole tutti i  
 giorni si maturano nelle società umane; ancora sono minime, e quasi  
 insensibili le differenze. Perchè un principio nuovo diventi convinzione,  
 sentimento, uso, tradizione, eredità, si richiede un tempo ed una  
 esperienza ben lunga. D'una quasi infinita serie di cose nuove, esal-  
 tate in un secolo, pochissime restano in quello che succede. Conoscete  
 nulla di più iniquo della schiavitù, o di più respinto dalla convin-  
 zione giuridica di ciascuno? No. Pur tuttavia per l'abolizione della  
 schiavitù si combatte da secoli colle armi e cogli scritti; nè per anco  
 la vittoria è piena. E di quelli che si chiamarono i grandi principii  
 del 1789, senza dubbio rinnovanti il mondo, quali sono restati?  
 Certo pochissimi. Dei quali, notate, da alcuno perfino si dubita; essendo  
 nata una scuola che contraddice alla grande rivoluzione, e la chiama  
 nemica della riforma che oggi s'invoca. Il molto nuovo adunque non

c' illuda mai. Sarà sempre più potente nel campo del diritto privato nostro l'idea antica. Parrà talvolta spengersi od oscurarsi. In breve si riaccenderà di luce limpidissima: in sostanza riposando in fondo alla nostra coscienza giuridica, alla nostra lingua, ai nostri costumi.

Ecco come è necessario che sia seguitato o condotto lo studio del diritto romano in Italia. Ed ecco come risulta chiara la parte tuttavia spettante alle nostre scuole ed ai romanisti che le rendono onorate e famose. Non vogliamo però che in esse si faccia un soverchio agglomeramento o sminuzzamento degli insegnamenti romani, come poco fa in Germania, fino al numero di otto. Vogliamo soltanto, e senza che si dubiti mai della loro importanza, tanto distinta, quanto presa nell'insieme, le Istituzioni, la Storia, e la Esegesi approfondita delle compilazioni e dei testi (1). La quale ultima disciplina giova sopra ogni altro studio a far comprendere ai giovani, sollevando l'arte giuridica ad esemplari inimitabili, gli antichi testi per sè stessi, non adulterati da soverchi commenti, ma nudi: e dico nudi, secondo la singolare espressione di un moderno scrittore, non come poveri, ma come atleti.

---

(1) Ci è augurio e ragione di sperar bene la grande impresa assunta dal Governo Italiano, iniziatore il Ministro Ferdinando Martini, della riproduzione mediante foto-incisione in rame del ms. fior. delle Pandette. *Archiv. giur.* Vol. L, Fasc. 3, 4. Pisa, 1893.