



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

## Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

## Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

3 2044 097 562 748



HARVARD LAW SCHOOL  
LIBRARY

ITALY







2231

PIETRO BONFANTE

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PAFMA



DIRITTO ROMANO



FIRENZE

CASA EDITRICE LIBRARIA *FRATELLI CAMMELLI.*

(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)

Piazza della Signoria, 5.

1900

Casa Editrice Libreria "FRATELLI CAMELLI", (R. Conti, Proprietario)

FIRENZE — Piazza della Signoria, N. 5. — FIRENZE

PADELLETTI-COGLIOLO

# STORIA DEL DIRITTO ROMANO

MANUALE AD USO DELLE SCUOLE

SECONDA EDIZIONE

Firenze, 1886. Un vol. in 8 gr. di pag. XII-704. **Prezzo L. 10.**

Il successo della Storia del Diritto Romano del Padelletti ed i giudizi unanimemente favorevoli della critica mostrarono la superiorità di quest'opera sopra tutte le altre italiane e straniere di sì fatto genere. È perciò che in Germania, ove gli studi romanistici sono tanto in onore, si sentì il bisogno di tradurla, e lo stesso fecesi testè in Russia. Esaurita la prima edizione e fattesi più numerose le richieste, in ispecie dopo che la Storia del diritto romano fu elevata ad ufficiale insegnamento nelle Università, pensammo di farne una seconda. Ma volevamo che questa nuova ristampa tenesse conto di tutti i resultamenti della scienza dopo la compianta morte del Padelletti; ne affidammo perciò l'incarico all'illustre Prof. Pietro Cogliolo, professore di diritto romano e della corrispondente storia nella Università di Modena. Il Prof. Cogliolo aggiunse più di 300 pagine di note a carattere piccolissimo, nelle quali non solo è data completa tutta la bibliografia giuridica, e non solo sono esposte tutte le opinioni fino alle recentissime, ma inoltre egli ha resi noti i resultamenti di *studii suoi proprii* e *ricerche originali*. Per queste ragioni l'opera presente viene ad essere *la più completa di tutte le Storie del diritto romano*. Essa sarà indispensabile non solo agli studenti, ai quali è rivolta, e non solo agli studiosi del diritto romano, ma ancora ai pratici e ai giudici quando loro torni utile di conoscere la storia di un certo istituto giuridico. Per questo scopo e per facilitare le ricerche, all'opera è unito un indice alfabetico copiosissimo. Siamo fiduciosi che il favore del pubblico corrisponderà alle nostre premure.

PIETRO BONFANTE

PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PARMA



# DIRITTO ROMANO<sup>c</sup>



FIRENZE

CASA EDITRICE LIBRARIA "FRATELLI CAMMELLI",

(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)

Piazza della Signoria, 5.

1900

For. T. 7  
B 713D

---

**PROPRIETÀ LETTERARIA**  
della Casa Editrice Libreria " *FRATELLI CAMMELLI* ",  
(RAFFAELLO CONTI, Proprietario)

---

---

Prato, tip. Giachetti, Figlio e C.

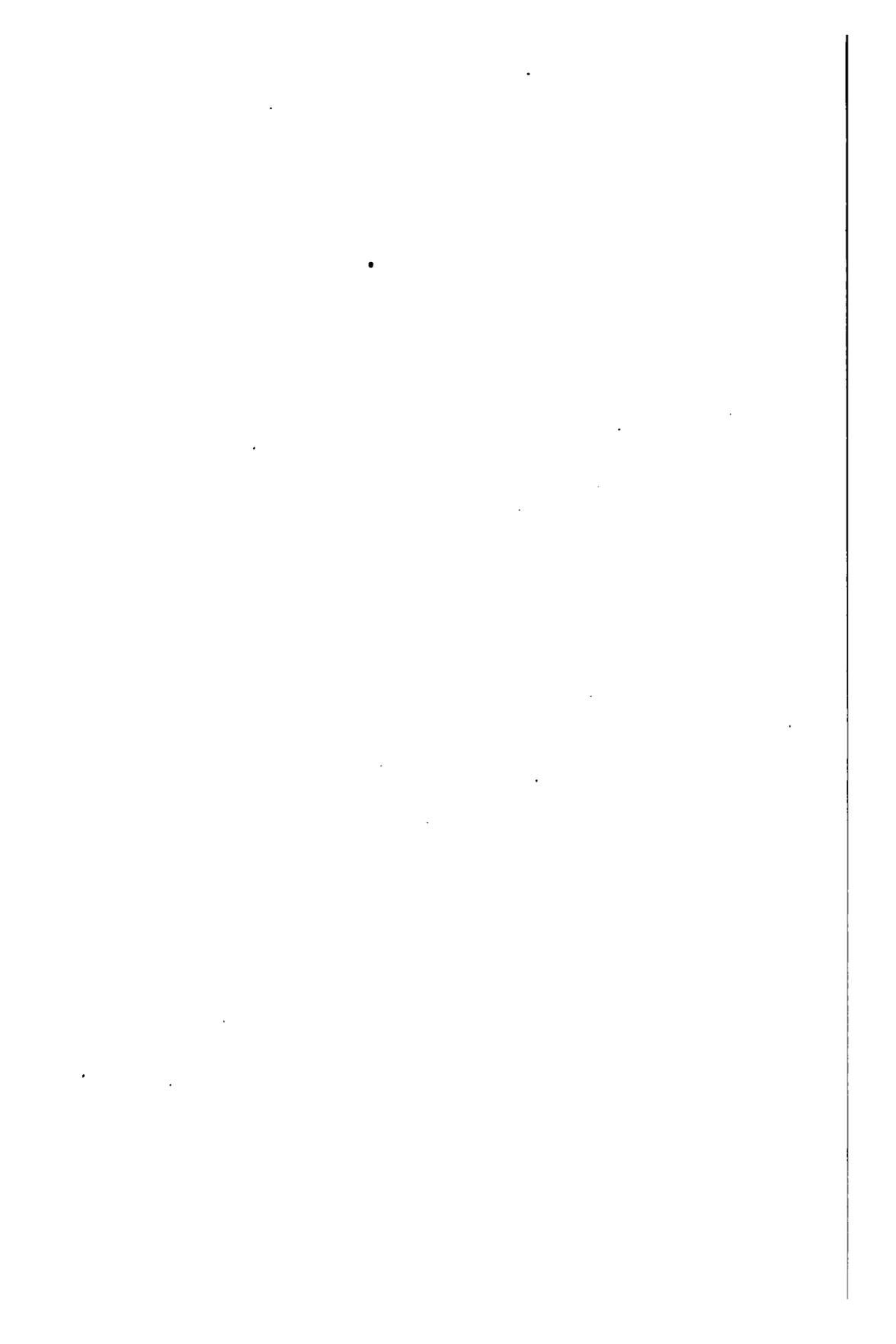
6,27  
15

AI MIEI MAESTRI

FRANCESCO SCHUPFER E VITTORIO SCIALOJA

*Manfredi  
di Palermo*

712283



## PREFAZIONE

---

Ho inteso disegnare le linee fondamentali dei singoli istituti romani tanto nel loro spirito genuino, quanto nel tipo giustiniano e postgiustiniano, secondo i risultati della più recente revisione storica e critica delle fonti. Per la ricerca genetica e il giudizio sociologico di ciascuno mia costante mira, come a suo luogo manifesto, è di fondarmi sull'analisi interna degli *elementi di struttura* comparati alle reali e mutevoli funzioni d'ogni istituto e sulla *tendenza dell'evoluzione*, che i due millennî di vita del diritto romano nella società antica e nella moderna rivelano in linee a grandi distanze evidenti non meno che le rappresentazioni grafiche di una legge statistica.

Certamente questo metodo critico-naturalistico m'induce sovente a considerare con freddo realismo principî augusti di non benefica efficienza, regole e adagi venerandi dell'antico diritto e delle scuole, la cui validità è un'illusione. Non vorrà credere alcuno che ciò abbassi il pregio del diritto romano. È questo il naturale portato di una lunga storica vita. In un prodotto tanto simile per la sua for-

mazione e la sua propagazione, qual è la costituzione inglese, distinguono i giureconsulti di quel grande popolo le parti realmente efficienti e le parti imponenti, arcaiche, bizzarre: nota altresì il Bagehot che il passato della costituzione « lega ad ogni età una serie di parole non proprie, di massime un tempo vere, ma il cui vigore si va spegnendo o è già spento..... di formule esatte a tempo dei padri antichi e da costoro inculcate, ma che oramai non sono più l'espressione della verità ».

Complemento e appendice a questo volume era nel mio proposito una raccolta già preparata delle interpolazioni e delle emendazioni nelle fonti romane secondo l'ultimo movimento di revisione critica, con aggiunte e brevi apprezzamenti dell'autore: circostanze varie e non liete m'hanno svogliato dal dare l'ultima mano a questa parte, che avrei desiderato aggiungere.

Parma, Giugno 1900

P. BONFANTE

---

## INTRODUZIONE STORICA

---

1. Il diritto romano, l'eredità più veneranda dell'antica civiltà, e forse il più grandioso fenomeno nella vita delle società umane, ha, si può dire, due storie: l'una entro l'antico popolo nel quale sorge e si sviluppa, accompagnandone l'espansione e riflettendola nella felice evoluzione degl'istituti primitivi; l'altra nel mondo moderno, cui s'impose per la grandezza del suo nome e la signorile ricchezza ed elasticità delle sue forme, anticipando un progresso di secoli, ma in cui crebbe pure come una pianta straniera, in parte adattandosi all'ambiente per la reazione di questo e l'innesto di propaggini diverse, in parte esercitando sugli uomini e le cose un'azione direttrice. L'una e l'altra storia più che millenaria: l'una si chiude con la compilazione Giustiniana, destinata al sopravvissuto impero orientale e trionfante anche fuori dei suoi confini; l'altra con le varie compilazioni dei Codici, nelle quali il principio e la fine del secolo che muore, il Codice francese e il Codice civile germanico (con la cui andata in vigore nell'anno 1900 l'ultimo territorio pratico è stato sottratto al diritto romano), rappresentano le fasi più salienti.

\*  
\* \*

La storia del diritto romano nel popolo romano si apre con la data ormai convenzionale della fondazione di Roma, 754 a. C. Nella serie infinita di eventi e di rivolgimenti, di cui è così ricca la storia di Roma, che a un certo momento si allarga nella storia dell'antica umanità, risaltano mirabilmente a specchio del diritto le due crisi veramente fatali: la prima, successa alla guerra Annibalica, quando il grave popolo di agricoltori e il sagace e ferreo senato, trascinati, benchè a malincuore, nella lotta politica e militare con un potente genio, dalla Spagna alla Grecia, dalla Grecia all'Oriente, divennero nello spazio di sessanta anni signori del mondo ed eredi della fiorente civiltà elleno-orientale (dal 218-200 a. C.); l'altra, alla morte d'Alessandro Severo (235 d. C.), quando la forza crescente dei barbari e quella rinata dell'impero persiano ruppero i confini del Reno, del Danubio, dell'Eufrate, e nel restaurato impero venne meno a profitto dell'Oriente la supremazia dell'Italia e di Roma. Le quali crisi sono i punti più adeguati per separare tre sistemi di diritto, il cui spirito diverso coincide in massima parte nei singoli istituti colle tre epoche da esse distinte: il diritto quiritario o schiettamente romano, il diritto romano-universale, il diritto elleno-romano o *romeo* (1).

---

(1) Il pensiero di una divisione, diremo, ideologica, non cronologica o a periodi fissi, nella storia interna del diritto fu avanzato dal IHERING. Io credo adeguati oggi, dopo gli studi sulle influenze elleno-orientali e sulle interpolazioni, i tre sistemi che distinguo. Le due crisi segnano, sovente con anticipazioni o ritardi, ma in generale non gravi, il momento critico e il principio di una nuova evoluzione ne' singoli istituti giuridici.

\*  
\*\*

2. La penisola che alberga ora la più perfetta nazione « una d'arme, di lingua, d'altare, di memorie, di sangue, di cor » e la più nobile, vero patriziato tra i popoli, offre sin dagli albori della storia lo spettacolo di quel che è il suo destino, quando l'unione e la forza non serrano l'Alpi e il mare. Mentre una razza omogenea popolava la penisola ellenica e le isole intorno, mentre anche razze omogenee, Iberi, Celti, Germani, si diffondevano come strati uniformi (e storicamente i primi) entro i vasti confini che spettano ora alla Spagna, alla Francia, alla Gran Bretagna, alla Germania, l'Italia è *ab antiquo* campo di tutti i popoli. Scendono dall'Alpi o vengono dal mare, come forse gli stessi Etruschi, si espandono su di una gran parte del suo territorio per esser poi risospinti da nuovi immigranti in più angusti confini: i Liguri sulle coste occidentali, gli Illirici sull'Adriatico, nel cuore della penisola gli Umbro-Sabini e gli Osci a oriente e mezzogiorno, gli Etruschi a occidente; altre razze oscure nel sud e Sicani, Siculi, Sardi nelle isole; e sulle coste delle isole e della penisola, specialmente nelle parti meridionali, stazioni Fenicie, Cartaginesi e le fiorenti colonie-stati d'immigranti ellenici, che, simili alle colonie americane, avanzano prodigiosamente nella materiale prosperità i centri della madre patria, rimanendone però indietro in quella civiltà spirituale che eleva l'anima umana e meglio assicura la continuità delle sue conquiste. Si diradano appena le nebbie dei tempi preistorici e le ubertose pianure della valle del Po sono preda di nuovi invasori, la più vasta ed errabonda famiglia di popoli antichi, i Celti; passano il Po e conquistano Felsina; passano l'Arno e assaltano Chiusi; passano

il Tevere e incendiano Roma. Qui cessò la loro fortuna. Pochi secoli ancora e sopraggiungeva il torrente della migrazione germanica, se i due grandi eroi della repubblica nel più forte rigoglio della potenza romana non ne avessero domato l'onda e chiuso gli sbocchi.

Certo la maggior parte delle stirpi, che circa mille anni prima dell'era nostra popolavano la penisola, appartengono con gl' Indiani, i Persiani, gli Armeni e altri popoli minori dell'Asia, coi Celti, gli Elleni, i Germani e gli Slavo-lituani (sopraggiunti solo col Medio Evo nel ciclo dei popoli storici) dell'Europa alla grande famiglia indo-europea o ariana; ma in nessun territorio forse la migrazione ariana trovò un più forte nucleo d'abitatori primitivi come in questo, ben degli ultimi che, partendo, come sembra, dalle steppe della Russia meridionale, venne a occupare; e in nessun territorio rifluì tale corrente di nuove migrazioni.

L'Italia è forse la regione ove principalmente in tempi preistorici campeggiarono l'una contro l'altra, sboccando l'una dall'Alpi e dall'Adriatico, l'altra dal Mediterraneo, due razze primitive derivanti da due centri diversi di formazione di popoli: congettura non infondata, per quanto avventurose tornino le fantasie sulla primitiva civiltà mediterranea e il corso degli eventi. Certo due popoli, i Liguri, un tempo largamente diffusi dalla valle del Po alla Campania, e gli Etruschi, non pare sieno affatto ariani: per quanto circa gli ultimi l'unità degli Etruschi e della razza umbro-sabina e osca sia stata recentemente sostenuta con vigore nuovo sulla base dei monumenti lacustri, tutti i caratteri fisici e morali del popolo, la sua lingua misteriosa, le sue tombe, la sua religione e le superstizioni della razza, anche le sue grandiose opere di risanamento e di canalizzazione, infine tutta

la sua civiltà, meteora brillante, in un con la tradizione e il sentimento generale dell'antichità allontanano l'Etruria dal Lazio e dall'Umbria e l'avvicinano all'Oriente. Nè le stesse razze ariane della penisola devono riguardarsi come divisioni d'un unico popolo; persino la più stretta parentela tra Greci e Italici, il solo rapporto tra due stirpi ariane avvertito dagli antichi e dai moderni fino al secolo nostro, è ben lungi dall'essere confortata dalla più recente critica storico-linguistica. Infine anche il nome d'Italia è un mistero. Gallia, Spagna o Iberia, Britannia, Germania, Ellade, ebbero il nome dalla razza omogenea che su tutto il territorio si diffuse: Italia è invece nome desunto da una tribù insignificante dell'estrema punta della penisola, è il nome di un piccol territorio, in origine la sola Calabria di Reggio o la Calabria di Cosenza e Catanzaro, in progresso di tempo tutta la regione sud-ovest sino a Taranto e Pesto. L'Italia comincia dal mezzogiorno e in più secoli ascende sino all'Alpi: con questo nome i Greci chiamano i loro connazionali delle colonie nell'Italia meridionale (Ιταλιώται), il nome d'Italici danno i romani ai loro confederati, Osci, Umbro-Sabelli, più tardi anche Etruschi e Greci della penisola: il nome d'Italia danno alla penisola sino all'Arno e all'Esino, poi sino alla Magra e al Rubicone durante tutta la repubblica, alla penisola e al continente fino all'Alpi, al Varo e a Trieste, e anche a oriente e occidente oltre l'Alpi nell'età imperiale. Il nucleo della stirpe italiana è adunque costituito dagli Osco-Latini e dagli Umbro-Sabini della penisola; *ma la formazione dell'antica Italia* dall'Alpi al mare è opera violenta e opera di Roma: comunanza di sangue, di glorie e di sventure, lingua, istituzioni e sentimenti, coscienza nazionale, il nome stesso d'Italia alla penisola, tutto venne da Roma. *Fecisti patriam gentibus*

*ex omnibus unam*, disse di Roma con enfasi poetica rispetto al mondo un cantore della decadenza latina: si può dire con assoluta esattezza storica rispetto all'Italia.

\*  
\* \*  
\*

3. Il fiume Ombrone in Toscana serba ancora il ricordo dell'antico stanziamento degli Umbri nella regione sulla riva destra del Tevere: ma nell'epoca storica quest'ultimo fiume, il maggiore della regione peninsulare, segnava in tutto il suo corso il confine tra gli Etruschi e gl'Italici risospinti. Sulla riva destra tutta la regione appenninica dell'alto Tevere era tenuta dagli Umbri-Sabini; l'angusta pianura del basso Tevere fino al mare, già dominata dagli Etruschi stessi, che avevano affermato la loro potenza insino alla Campania, era popolata dai Latini « gli uomini della pianura ». Il confluente dell'Aniene col Tevere era il punto d'incontro delle due razze italiche.

Questo piano avvallato, accidentato, vulcanico s'innalza a venti o più chilometri dal Tevere verso sud in un gruppo isolato di monti, e sul Tevere stesso in linea diretta alle prime alture, alla stessa distanza circa dalla foce, s'innalzava in un gruppo di colli elevati e scoscesi. Sul primo, nel cuore della regione, sorgevano dominanti tutto il piano le più forti città della federazione latina, Tuscolo, Aricia, Lanuvio e Alba Longa, nella tradizione culla venerata della più parte di esse e centro della lega. Ivi si venerava il dio tutelare del paese, Giove Laziale, nel più eccelso tempio della regione, ivi si adunavano i delegati della confederazione latina e si celebravano le ferie latine: da quei monti scesero coloni e conquistatori, gli ultimi, secondo la leggenda, a stanziarsi su quegli altri monti lungo la riva del fiume. Qui, in una plaga eccen-

trica rispetto al Lazio, al fuoco etnico delle grandi stirpi della penisola, si costituì e crebbe il popolo destinato a unificarle tutte in una sola, la nazione italiana, e a stendere la sua ala vittoriosa su tutto il resto del mondo. La formazione della città e il carattere dello Stato primitivo richiedono però alcune generali considerazioni.

Una spontanea naturalistica intuizione di pensatori antichi, cui davano motivo le tradizioni più fresche dell'età primitiva, e aggiungeva credito e consistenza l'immagine vivente di una costituzione familiare tanto simile ancora a quella dello Stato, faceva succedere la società civile alla società familiare e all'impero paterno. L'idea, come tante altre simili, rifiorì nei tempi moderni per opera della scuola del diritto naturale, che peraltro, insegnandola come un postulato preistorico, intese principalmente di ricercare le cause del sorgere della società civile: il che faceva, che quello stato primitivo fosse posto come uno stato estrasociale di disgregazione. Solo il Vico, con sentimento storico riavvicinandosi di più agli antichi, vide nel costituirsi della famiglia il primo formarsi della società.

Era serbato al tempo nostro, allo studio sulle origini del diritto romano o sulle origini del diritto in generale, autori principali il Mommsen e il Maine, di rinnovare quella schietta intuizione naturalistica e con largo esame di primitive costituzioni sociali darle vita, colore, carattere scientifico. La famiglia e le espansioni della famiglia, genti o *clans*, sono il nucleo e il tipo sociale primitivo: nucleo compatto, sotto la direzione di un capo, il padre o l'anziano del gruppo, che lo rappresenta all'esterno, ed esercita all'interno potere di disciplina e d'impero sui membri. *Dalla società patriarcale o gentilizia allo Stato* ecco la formola odierna.

Certo non è esatto che la famiglia o la gente rappresenti la primitiva agglomerazione sociale. Ma è a ogni modo la più antica, cui finora sia dato di risalire nei popoli cui appartiene la nostra civiltà, e pel nostro scopo basta. Ciò che invece, a mio avviso, non giova passare sotto silenzio, è il difetto inerente alle dottrine odierne non ancora interamente sciolte da vieti preconcetti. Cardine della dottrina del Maine e seguaci è il seguente: il vincolo che lega le persone nei gruppi primitivi è il vincolo di sangue, la comunanza di origine, la parentela, non l'appartenenza politica; ed è questo il fondamento dell'antitesi tra l'organizzazione patriarcale e l'organizzazione politica.

Ora, ciò precisamente non è vero e in diversi scritti io mi studiai di dimostrarne la fallacia nascente dal difetto di analisi giuridica, per non aver fatto capo principalmente alla struttura ben documentata della gente e della famiglia romana. Il vincolo che lega le persone in quei gruppi non ha *la menoma differenza* dal vincolo che lega i cittadini in uno Stato; la pretesa comunanza di sangue non è affatto diversa da quella che sussiste o si presume tra i membri di uno Stato: gentilità e cittadinanza sono rapporti equivalenti, non antitetici. La base essenziale adunque di quelle primitive agglomerazioni non è affatto diversa da quella dello Stato: la soggezione a una comune autorità determinata da fini d'ordine e di difesa. Insomma quella primitiva famiglia non è a concepire come una famiglia che abbia più larghe funzioni e ricomprenda anche i fini dello Stato, e nemmeno si potrebbe dire un organismo politico che adempia anche funzioni familiari, perchè nel grembo di questa per quanto ristretta aggregazione esistono o possono esistere più società domestiche, più famiglie nel senso nostro, le quali sono veri centri

di vita familiare, come da noi s'intende. Il termine *politico* applicato a simili gruppi non deve far recalcitrare l'immaginazione davanti alla logica: simile appellativo è adoperato in senso generale e astratto, e d'altra parte, etimologicamente preso, non converrebbe nemmeno allo Stato moderno che non è basato sulla città.

Spettacolo davvero edificante vedere come il naturalismo intuizionistico abbia radici così profonde nello spirito di quelli stessi che si vantano seguaci dell'osservazione reale e de' metodi positivi, come niuno sforzo valga a svellere interamente dallo spirito umano la tendenza di giudicare, secondo la *degnità* del Vico, delle cose lontane e sconosciute secondo le cose conosciute e presenti. Essi sanno, gli studiosi odierni, che le relazioni sessuali regolari e stabili sono un prodotto tardo e particolare all'evoluzione umana più dell'organizzazione per la difesa e l'offesa: essi sanno che i rapporti tra il maschio e la femmina, tra genitori e figli nell'umanità primitiva non durano più di quanto sia necessario alla conservazione della specie: essi sanno che veramente primitiva in quella vece è di regola la cooperazione politica, nascente dal conflitto tra i diversi gruppi sociali: essi sanno che società politica e domestica come hanno origine diversa, così hanno diversa funzione, principio diverso di organizzazione, morale opposta; e nondimeno, messi dinanzi alle origini ariane e semitiche, non esitano a porre la famiglia innanzi allo Stato, il vincolo familiare innanzi al politico, che in una fase così elevata dell'evoluzione sparisce! Questa famiglia esige il sacrificio dei nati deboli, questa famiglia condanna i suoi membri. Durezza primitiva! Ma non l'hanno le tigri tale durezza! Questa famiglia reagisce contro le offese, vuol sangue o soddisfazione, aggredisce e combatte. Giustizia *privata*, vendetta, sentimenti barbarici! Di

questo corpo è cittadino, diremo così, il figlio di padre cittadino, come nello Stato. Parentela patriarcale! Vi sono ammessi estranei, come nello Stato, dalla potestà che impera. Finzione, imitazione della natura! Ma dove si è mai scoperto che i Romani antichi, i barbari storici o attuali adoperino il linguaggio di Giustiniano? In realtà la *familia* per lunga epoca ha tanto che fare colla *famiglia*, quanto la *civitas* dei Suevi o dei Baiuvari, che non hanno nemmeno borghi, colla *città* di Berlino o di Monaco!

Non nell'essenza e nella struttura, ma in una condizione secondaria di fatti e di relazioni, che dà esistenza allo Stato nel vero senso, risiede la differenza tra società primitiva e società civile. Ciò che manca alla società primitiva (e fenomeni analoghi si rilevano anche nel mondo biologico) è il centro *unico* di vita politica, è la subordinazione ad esso di tutte le parti: non v'ha un solo organismo politico, bensì una serie varia e molteplice, l'una al disopra dell'altra, ciascuna costituita di aggregazioni degli organismi politici sottostanti: indi la tendenza nei gruppi superiori di opprimere ed esaurire la sovranità dei gruppi sottostanti, di questi ad affermare e crescere all'uopo la propria autonomia: indi la facilità estrema in ciascuno di crescere per aggregazione, moltiplicarsi per scissione, espandersi e sollevarsi, estenuarsi e svanire. Ciò che v'ha di proprio nello Stato, ciò che costituisce la sua forza e la sua maestà è ch'esso tende ad affermarsi non come il più vasto, bensì come l'*unico* organismo politico. Mirando a concentrare in sè tutta l'autorità politica, lo Stato intende a disgregare e consumare i gruppi subordinati, o alterarne la fisionomia e la natura (può ridurli, a mo' d'esempio, organi politico-amministrativi che rilevino da lui e nonchè limite e oggetto siano strumenti all'azione sua), a concepire come termini della

sua sovranità non i gruppi subordinati, ma in tutti quanti i rapporti l'individuo. È motto del Maine che nelle società primitive l'unità non è l'individuo, bensì la famiglia; senonchè l'osservazione giustissima è incompleta, e d'altra parte sfugge al Maine che non la natura del vincolo, bensì la lenta e varia stratificazione dei gruppi e la dispersione della vita politica è la vera caratteristica delle società primitive. Più esatto lo Spencer, per quanto non avverta, massime dal lato storico e giuridico, tutta la portata del concetto: *gli Stati primitivi sono tutti Stati composti, a doppio grado, a triplo grado composti*; autorità suprema un capo dei capi, un re dei re, un gran re, un gran *khan*. È il re biblico che doma 70 re, è il re che riceve l'omaggio di 11 re nella leggenda di Arturo. Le monarchie storiche dell'Oriente o dell'Europa medioevale o dell'antica America, attualmente gli Stati semicivili dell'Africa, dell'Asia, della Polinesia offrono tutti uno stesso spettacolo.

Nè l'importanza del territorio o il numero dei sudditi è ciò che fa lo Stato vero. La Roma leggendaria di Servio Tullio appare uno Stato, benchè il suo popolo si difenda in una sola cinta di mura, e dall'altezza dei colli il cittadino possa abbracciarne tutta l'estensione e spinger l'occhio lontano nelle terre nemiche: il sacro romano impero non è uno Stato, benchè aggioghi più nazioni a una sovranità, la cui forza, in contrasto colle forze centrifughe dei gruppi sottostanti, s'infrange talora contro gli eserciti d'una città soggetta o sotto le mura d'un castello. Il grado dell'agglomerazione a cui si afferma lo Stato varia secondo le condizioni e gli eventi storici. La configurazione geografica del suolo, lo spirito ardente di libertà in un col difetto di tali ordini da poter costituire un grande Stato, senza immolare a questo astratto ideale la

concreta partecipazione ai pubblici poteri, in parte anche il precoce sviluppo civile impedirono tanto nell'Ellade classica, quanto nell'Italia il formarsi dello Stato sulla base di più vaste agglomerazioni, la tribù o la nazione. Lo Stato si costituì sulla base della città e vi rimase sempre incentrato; nemmeno l'Attica, che pure è tutto un corpo, fa eccezione, perchè gli Attici diventano Ateniesi.

\* \* \*

4. La fondazione a data fissa dell'*Urbs* ha lo stesso carattere prammatico e antiscientifico della creazione repentina della *civitas*. I colli tiberini furono sede antichissima, anche in epoche preistoriche, di popolazioni diverse ivi attratte dalle eccellenti condizioni di difesa, dalla comodità del fiume, assai più vasto e profondo che non ora e navigabile fin nel cuore dell'Umbria. Il luogo stesso parla di varî stanziamenti e di un umile stato di civiltà. È il meno adatto della terra a fondarvi una grande città: i due o tremila anni durante i quali su cotesto suolo si esercitò l'opera dell'uomo, con isforzo grandioso e costante come su nessun altro, per fondare e demolire, hanno abbassato o interamente adeguato al piano (la Suburra, la Velia) colli, le cui vette erano rocche o posizioni temibili ancora al principio della repubblica, occupate dalle case potenti; hanno addolcito gl'inaccessibili pendii, innalzato le valli, scavato artificialmente una gola, indi un'ampia vallata tra il Campidoglio e il Quirinale in origine congiunti, smussato le varie punte dei colli storici in estesi altipiani, respinto il Tevere più lontano dal Campidoglio e dal Palatino, incanalati prima, poi totalmente essiccati i numerosi corsi d'acqua; non più cade la neve sull'erte cime, e furono colmati i terreni paludosi sotto il livello del fiume; e nondimeno una gran città sul quel suolo si

è trovata sempre e si trova tuttora a disagio. S'aggiunga che tutto il piano limitato come un arco di cerchio dalla curva del Tevere e dalle pendici del Campidoglio e del Quirinale, la Roma medio-evale e il centro della Roma moderna, era fuori della Roma primitiva e della cinta di Servio — in origine anzi, per esser congiunti il Quirinale e il Campidoglio, e il Tevere più prossimo a questo colle, senza alcuna strada di comunicazione con essa — nè infine la città aveva pure da sfogare di là dal Tevere, territorio degli Etruschi, contro i quali il fiume costituiva la più valida difesa.

La culla di Roma, cioè il luogo donde uscì il nome della città e dei suoi cittadini, è il Palatino: l'unico dei colli antichi non ripopolato dalla Roma moderna, ma consacrato in tutto il suo circuito quasi regolare, che segna ancora la cinta primitiva (le mura della *Roma quadrata* sono state in più punti messe allo scoperto), alle vestigia della veneranda antichità. Se non che sui diversi colli esistevano altri stanziamenti. Da buoni vicini i varî borghi sostennero, come è agevole supporre e in parte emerge dalla leggenda, lotte fiere gli uni cogli altri, finchè il miglior consiglio di fondersi non prevalse. Tale è del resto la storia dei popoli: vincono coloro che a tempo opportuno sanno annegarsi in una più grande unità. Le naturali e potenti formazioni cittadine del mondo classico si costituirono per ragioni di offesa e difesa dall'unione di *κώμαι*, *pagi* o *vici*: e nelle valli svizzere come nelle dune del mare del Nord, meglio ancora nelle lagune venete, ove l'autonomia delle isole e financo il nome di tribuni scompare totalmente col sorgere della città e del suo doge, questa istoria si è ripetuta.

Si congiunsero dapprima, le tre tribù dei *Ramnes*, *Titii* e *Luceres*. Il nome dei *Ramnes*, forma arcaica di Romani,

ebbe la stessa fortuna storica del nome di Schwitz nella federazione dei tre primi cantoni elvetici. Indi la Roma quadrata colle quattro borgate dell'Esquilino formò il nucleo chiamato anche dalle sette cime il *septimontium* (*Palatium, Germalus, Velia, Subura, Fagatal, Cispius, Oppius*). Da ultimo, probabilmente solo alla metà del V secolo a. C. (Pais), si sarebbero fusi gli abitatori dei monti e i sabini del colle, il Quirinale (Romani e Quiriti?) in un popolo solo.

Ma nè fu questo popolo d'un sol getto, nè fu sempre dominatore: esso uscì, come il popolo inglese, da una lunga serie di sovrapposizioni e di conquiste straniere. Tradizioni ben note, vestigia di sedi etrusche (una necropoli, urne cinerarie, vasi fittili) recentemente messe in luce (1874, 1883), il dominio evidente o attestato degli Etruschi in tutto il paese intorno a Roma da Fidene a Tuscolo, che serba ancora nel nome tracce della sua origine toscana, da Tuscolo a Capua conducono a ritenere plausibile l'ipotesi di una conquista etrusca, che avrebbe forse costituito la prima seria unità politica sui colli tiberini. Il torrente della migrazione sabellica sulla fine del V° secolo a. C. come ritolse Capua agli Etruschi, così ebbe probabilmente a riconquistar su di loro Tuscolo e Roma: e ora soltanto ebbe principio lo svolgimento e l'espansione dello Stato romano, che la leggenda si compiace di riportare sino all'VIII secolo (1).

Più sicuro che non gli eventi storici, perchè affidato alle testimonianze non contestabili e non fallaci dell'evoluzione organica degli istituti, è nelle sue linee generali l'ordinamento sociale e politico primitivo. Entro confini abbastanza angusti il popolo di Roma doveva pure offrir l'immagine di uno Stato federale, in cui alla lor volta

---

(1) V. PAIS, *Storia di Roma*, Torino, ed. Clausen 1898-1899.

## INTRODUZIONE STORICA

i singoli componenti siano federazioni di Stati. Una serie di consorzi politici, la città, e al di sotto di essa le città o tribù (la parola tribù significa anch'essa lo stesso che città) collegate, ma non distrutte; al di sotto della tribù le genti e le famiglie. Ma colla federazione dei colli tiberini si chiude anche il processo organico d'integrazione politica: Roma ormai si amplia e si avvanza, dà sede, se crediamo alla leggenda, ai popoli vinti nelle sue mura, come gl'imperatori assiri li trascinarono nei loro paesi, si aggiunge anche altre genti e stringe lega coi Latini e cogli Ernici; ma non ne nasce un'unità politica superiore alla città. E intanto la città mira ad abbattere ed esaurire nei rapporti più essenziali gli organismi politici a lei sottostanti, assodando e ramificando come una pianta assorbente e invadente la sua costituzione.

Questa costituzione politica della città ha le sue basi per tutto il periodo schiettamente romano della evoluzione storico-giuridica in tre capisaldi: magistratura, senato, comizi. La struttura politica elementare, che ci presenta costantemente in tutte le società primitive, o storiche o attuali, la *massa*, che ascolta e in genere assente o dissenziente, i *pochi*, che parlano e consigliano, l'*uno* che presiede e risolve, quasi come una necessità organica della costituzione sociale, non fu mai rinnegata fino all'epoca romano-ellenica, anzi ne' bei tempi dello Stato i tre elementi si mantennero, secondo la lode degli antichi, in giusto equilibrio (1). Un punto fondamentale è certo: l'or-

---

(1) È chiaro che questa *elementare struttura politica* non viene essenzialmente alterata pel solo fatto che la repubblica presenta contemporaneamente tre o quattro comizi (curiati, centuriati, tributi, *concilia plebis*), forse due senati (il patrizio per l'*auctoritas*, secondo il Mommsen, il patrizio-plebeo per il *consilium*) e una serie di magistrati, tra cui le competenze finiscono con essere, almeno di fatto, divise.

dinamento regio della magistratura o la costituzione monarchica. Le tracce dell'anteriore esistenza di un periodo regio sopravvivono nelle istituzioni repubblicane (*interregnum, rex sacrificulus, regifugium etc.*), sicchè il dato della leggenda è confermato dai rudimenti della costituzione evoluta. Di nuovo, peraltro, l'uso di termini che suonano ai nostri giorni per istituzioni vigenti par che irrimediabilmente avvinca nell'errore gli studiosi più attenti, massime pel trasporto dell'*ereditarietà*, che nella coscienza moderna è dell'essenza di una monarchia, alla monarchia romana. L'ordinamento regio originario non significa se non che la magistratura era unica e a vita: il re. Gli altri ufficiali, il *praefectus urbi* in sua assenza, il *tribunus celerum*, sono suoi ministri, nominati da lui. Del resto la stessa evoluzione costituzionale, che ci serba tracce dell'esistenza di un periodo regio, attesta nel suo corso che il re non era assoluto, non ereditario, non elettivo e nemmeno *necessariamente* un solo, per quanto unica sia la magistratura. A parte la competenza dei comizi e del senato, certo è che la *civitas* e il magistrato che la rappresenta, via via che si risale indietro nella storia, più appaiono tenuti in briglia dall'autonomia dei gruppi sottostanti. E d'altro canto chi osservi come nella società romana la designazione del predecessore, momento *imminente* per la nomina del successore in una continuità ininterrotta che va dai regni mitici alla caduta dell'impero e prosegue nell'impero e nei ducati bizantini, nella Repubblica di Venezia fino al 1032, divenga momento via via più essenziale o esclusivo, rifacendo indietro passo passo il cammino della storia; chi osservi come in tutte le monarchie barbariche dai regni germanici al Sacro Romano Impero per un certo periodo, dalla successione dei Califfi alla successione degli Czar sino alla pramma-

tica di Pietro il Grande, come negli stessi Stati barbarici attuali, il Madagascar, ad esempio, o la Nuova Caledonia, il sistema prevalente o esclusivo è appunto la designazione del predecessore, potrà forse spingere l'abnegazione fino a concedere che la leggenda meriti un qualche piccolo conto, quando fa i suoi re chiamati al trono per designazione e non pel diritto, per cui Umberto I è successo a preferenza di Amedeo nel trono d'Italia, diritto che non visse mai nella coscienza romana ed è persino intraducibile in lingua latina, come è intraducibile la parola « ereditario » nel senso moderno di successione naturale. Nella leggenda è in genere l'*interrex* che designa il *rex*; ma se gli occhi non fossero velati dall'intuizionismo storico di chi vuol cavar la storia dalla *recta ratio* del proprio cervello, non sarebbe tanto malagevole avvertire che in quei casi l'*interrex* spunta pel motivo stesso per cui torna nelle istituzioni repubblicane: una vacanza straordinaria nella magistratura, per cui non v'ha successore designato. È quindi una prova novella delle profonde radici del sistema nella costituzione e nella coscienza romana (1). La leggenda stessa ci guida per mano: il re è stato assassinato. Ma l'abito mentale è così fatto che non sente la guida e non si arrende se non dopo lungo sforzo alle esigenze della logica e de' fatti: e per lungo tempo ancora si continuerà a ripetere da molti che la monarchia romana era ereditaria o elettiva.

Nè io ritengo assolutamente incompatibile coll'ordinamento regio la pluralità di monarchi. Anch'essa compare nei regni barbarici, nella tradizione e nella storia ellenica, nel posteriore diritto pubblico di Roma e nel diritto

---

(1) In generale sopravviene in questo caso l'elezione da parte dell'assemblea di nobili: così attualmente nel Madagascar.

privato (condominio, coeredità). La sola differenza, a mio avviso, è che nella repubblica l'ordinamento è normale e legale. Le numerose leggende in proposito (i due gemelli, Romolo e Tazio, i due figli di Anco, i due Tarquini che dovevano regnare insieme, il disegno attribuito a Servio), non sono pertanto il frutto di una mera anticipazione prammatica, quanto l'espressione d'una pratica al genio romano consentanea.

L'assemblea dei signori (*patres*) o degli anziani (*senatores*) ha un'oscura e assai disputata funzione, l'*auctoritas* circa le deliberazioni comiziali; ma pare anche originario l'ufficio, ben più rilevante e decisivo nello svolgimento ulteriore, di consiglio pubblico del magistrato, il quale magistrato peraltro non è tenuto nè a chiederne il parere nè a seguirlo. Il nome loro — signori delle antiche o delle nuove genti: *patres maiorum, minorum gentium* — il numero che cresce da cento a trecento nella federazione dei colli, il carattere della primitiva organizzazione politica, il riscontro generale con tutte quante le assemblee consultive, che negli Stati composti di più *clans*, di più villaggi, di più tribù, di più signorie feudali, sono intorno al signore supremo, può far presumere che i senatori fossero in origine capi delle genti. L'elogio enfatico del ministro di Pirro « un consesso di re » dovette esser nelle origini una realtà storica. Però nella tradizione regia, come nella storia repubblicana, il senato è scelto liberamente dal supremo magistrato: vi si può vedere una delle prime vittorie della *civitas*. Nella comparazione storica, la funzione più netta di quest'organo intermedio è veramente di consiglio rispetto al re: l'*auctoritas* rispetto al popolo pare, nella sua precisa configurazione almeno, un concetto schiettamente romano. Il Mommsen paragona il popolo al pupillo; l'analogia sarebbe forse più

viva, se il senato si è svolto dagli antichi capi delle genti, come il tutore si può ritenere siasi distaccato dall'antico erede e signore del gruppo agnatizio (1).

Il popolo si aduna in divisioni dette curie, che paiono i primi organi politico-amministrativi, creati dalla *civitas*: di qui il nome di *comitia curiata*. Ognuna delle primitive tribù, in cui s'incorporano anche le nuove genti della città dei Quiriti (*Ramnes primi et secundi, Titienses primi et secundi*, etc.), ha dieci curie: in tutte adunque trenta (2). L'assemblea popolare è il termine della costituzione in cui più spicca il carattere di Stato che assume la *civitas*: ogni curia ha un voto, ma sebbene entro le curie i votanti si distribuiscano per genti, non si raccolgono i voti delle genti, ma dei singoli. Ed è anche l'organo che muove le istituzioni dello Stato, che quindi rompe l'organizzazione primitiva. Il re governa; ma qualunque mutamento sia negli ordini interni dello Stato, sia nelle relazioni esterne — guerre, paci, alleanze — vuol esser deciso dal popolo (3). Non è peraltro questa assemblea un corpo deliberante perfetto, non ha iniziativa di veruna sorte: il popolo risponde sì o no alle proposte avanzate in forma d'interrogazione (*rogatio*) dal re, e si aduna quando piace al re di convocarlo. Inoltre le de-

(1) V. in seguito il cap. *Tutela e Cura*.

(2) Argomento per la origine civile delle curie come delle centurie è l'apparizione generale agli inizi dello Stato di organi politici aventi per base le decine e le centinaia, i primi elementi netti per cui la struttura dello Stato si differenzia dalle precedenti organizzazioni politiche: se n'ha esempio non solo presso le razze teutoniche (*tythings, hundreds*) e slave, ma anche fuori del mondo ariano, al Perù e al Messico, in China e al Giappone.

(3) Si tenga presente il carattere originario di *assemblea federale*, la quale deve consentire così le restrizioni all'autonomia dei singoli corpi, come le operazioni e le responsabilità collettive.

liberazioni (*leges*) comiziali devono essere ratificate dal senato (*auctoritas patrum*).

Quanto all'esercito si può bensì dall'ugual numero di militi per ogni tribù indurre che fosse un contingente delle città collegate: ma la tradizione lo riguarda *ab origine* come un esercito levato dalla *civitas*.

\*  
\* \* \*

5. Ma il cammino fatto dalla *civitas* non si può dir grande, secondo le nostre idee. Essa ha bensì sottratto interamente ai gruppi minori le relazioni esterne, il *ius belli et pacis*, ma internamente vivono al disotto di lei organizzazioni analoghe, tra cui essa non interviene se non per quanto essenzialmente importa ai suoi fini: mantenere la pace tra le genti e le famiglie. La *civitas* non conosce quasi altri delitti se non l'attacco a se stessa, alla sua esistenza e alla sua organizzazione, e l'uccisione di un *pater* (o fatta da un *pater*?) a lei subordinato: i due *crimina perduellionis et parricidii*. Ben tosto, è vero, si chiamò *parricidium* anche l'uccisione di qualunque cittadino, e si ricomprese sotto la sanzione pubblica; ma negli altri delitti la *civitas* o è totalmente indifferente, e li abbandona ai sovrani dei gruppi minori, se avvengano entro di essi, ovvero, se avvengano tra gruppo e gruppo, sempre nell'interesse della pace, ingiunge una composizione o pena *privata*; per esempio, l'uccisione colposa (*imprudens*) si compensava con un ariete alla famiglia dell'ucciso. Per i delitti delle persone soggette, siano liberi o schiavi, il capo si può sempre liberare, conforme all'uso generale e perpetuato anche dallo Stato romano nei rapporti internazionali, mediante la consegna del colpevole (*noxae deditio*). Insomma il diritto penale non è veramente diritto pubblico, giacchè il delitto, più che a ragione dell'essenza

sua, dell'intrinseca offesa sociale, è pubblico a ragione del subbietto, come sono pubbliche le terre dello Stato e le obbligazioni assunte da esso: e il concetto di delitto privato non s'è smarrito interamente mai nemmeno nello stesso diritto Giustiniano.

E per lo stesso scopo di mantenere la pace nel suo popolo, non per amore della giustizia, la *civitas* interviene tra gruppi e gruppi contendenti e assume la funzione della *iurisdictio*. È il diritto di guerra e di rappresaglia ch'essa ritoglie ai gruppi minori, e questo con inflessibile mano sin dai primordi della sua esistenza. Pertanto essa non impone se non che si vada dinanzi al magistrato, *in ius*: ed è il querelante che deve trarvi, anche a forza (*agere, actor*), l'altra parte: ma con ciò, se non v'ha luogo a contestazione, per esempio o che il reo confessi, o che si abbia un'obbligazione contratta solennemente in base al *nexum*, è esaurita la parte del potere pubblico; la coazione è abbandonata al cittadino e ai suoi clienti e amici, i quali ormai nel farsi giustizia non commettono illegale violenza (*vis iniusta*), nè si può più dire che turbino la pace. Se v'ha luogo a contestazione, il magistrato non giudica, nè emana sentenza: o le parti fanno la pace dinanzi a lui e la controversia si termina con un *pactum*, ovvero sono costrette a scegliersi un giudice e sottostare alla sua sentenza. Ma il giudice è un privato cittadino e davanti a lui le parti devono comparire, esporre i fatti, le pretese, le ragioni: la *civitas*, il magistrato non ci hanno più che vedere. Tale è l'ordine della divisione dei giudizi in due stadi, davanti al magistrato e davanti al giudice, *in iure* e *in iudicio*, attribuito dalla tradizione a Servio Tullio, e in cui non si vuole scorgere, come s'usa, una rinuncia della città ai suoi poteri per garanzia liberale o altro, bensì il principio di una assunzione della

giustizia che soltanto mille anni dopo terminerà con l'intera e assoluta avocazione da parte dello Stato. L'esecuzione delle sentenze emesse dal giudice è di nuovo abbandonata alla parte vincitrice. Tutela passiva del diritto, posizione negativa dello Stato.

\*  
\*  
\*

6. Se la sanzione del diritto privato è tanto misuratamente assunta dalla città, è ben naturale che anche nella formazione delle norme di diritto privato non si debba attribuir gran peso agli organi civili. La critica moderna ha sfatato la leggenda delle pretese leggi votate dai comizii nell'epoca regia, le cosiddette *leges regiae*. Certo in quella parte del diritto privato, che vincola la volontà dei singoli, che non ammette patto in contrario, perchè tutela un interesse generale, e riceve in senso antonomastico il titolo di *ius*, più generalmente la denominazione di *ius publicum*, è cominciata l'azione della *civitas*. Ma l'organizzazione generale della famiglia e della proprietà, dei contratti e dei delitti non ha sua fonte nelle leggi, bensì nelle consuetudini: il che vuol dire che non l'ha nel potere dello Stato, bensì nell'organizzazione interna dei gruppi minori e nei costumi o patti con cui regolano essi stessi le proprie esterne relazioni.

Quali sono codesti gruppi minori?

I più potenti consorzî politici, le tribù o città collegate, già nel corso dell'epoca regia sembra sieno stati interamente disfatti, salvo insignificanti residui nel culto e nella divisione dei cavalieri: il nome di tribù è risuscitato per la divisione territoriale, attribuita a Servio. Durano invece i due più antichi e tenaci consorzî, la gente e la famiglia.

La gente è un'aggregazione politica costituita dall'unione dei più ristretti consorzi, le famiglie. Essa corrisponde nel grado dell'agglomerazione al *clan* e al villaggio degli altri popoli ariani. Il vocabolo di *gens*, come è noto, non significa in latino se non popolo, nazione, comunità politica (*gens Helvetiorum, Suevorum, etc.*), e similmente *nomen* usato pure a significarla (cfr. *nomen Latinum, Aetolorum, etc.*). I Gentili o membri della gente pretendono discendere tutti da un unico capostipite, come si rappresentano ingenuamente tutte le nazioni antiche. Del resto l'appartenenza alla gente deriva, come l'appartenenza a uno Stato, dal nascere di padre gentile o dall'essere ammesso nella gente: ed il gentile può anche cessare di esser tale e uscire dalla gente. La gente ha un capo suo, *pater* o *magister* (cfr. *magister populi, magistratus*) (1) *gentis*, un territorio, il *pāgus*, un culto proprio, e consuetudini sue, emana decreti, tiene assemblee, esercita giurisdizione sui propri membri, ha infine alla sua dipendenza e sotto la sua protezione uno stuolo di stranieri o soggiogati, i *clienti*.

Alla base della piramide sta il consorzio, il cui nome richiama oggi una società nella composizione e nell'essenza affatto diversa, la *familia*: il più tenace gruppo primitivo, che lo Stato romano ha bensì penetrato sin dai primordi nei rapporti più essenziali al proprio funzionamento, la milizia e la partecipazione ai comizi e alle magistrature, rapporti in cui capi e soggetti sono in tempi storici uguali; che ha potuto via via alterare nel

---

(1) Come *pater*, anche *magister* vale capo o signore. La *gens* riassume quasi in questa duplicità di termini la sua posizione intermedia tra la *familia* e la *civitas*. Sopravvive per avventura il senso originario della parola nell'inglese *mister* e con carattere più umile nell'italiano *mastro*.

suo spirito, limitando il potere del capo e volgondone il carattere politico in tutela dell'ordine domestico, ma che dura intatto nella sua organizzazione per tutta l'epoca schiettamente romana, non si disgrega se non nell'epoca romano-ellenica, non perisce se non nelle nuove società formatesi dopo la caduta del mondo antico, per lasciare il posto e il nome alla odierna società domestica.

Nel periodo storico la famiglia romana è una società di persone soggette a un capo, il *paterfamilias*, che è appunto quegli da cui discendono i membri nati in essa: cioè non gli stranieri ammessi o le donne che vengono a farne parte come spose del *paterfamilias* o dei *filiifamilias*. Alla morte di lui la famiglia si scinde in tante famiglie, quanti sono i capi cui si possono richiamare i soggetti, cioè quanti sono i *filiifamilias* che discendono o pretendono discendere immediatamente dal *paterfamilias* estinto. Sarebbe strano tuttavia che questa scissione si avverasse così regolarmente, anzi legalmente all'origine, quando per i fini d'ordine, cui doveva intendere, ciascun corpo mirava possibilmente a crescere o per lo meno a serbarsi unito: ma possiamo essere certi che, regolarmente almeno, ciò non si avverava punto. Omettendo pure le vaghe memorie di una più vasta unità familiare e di poteri ad essa spettanti, tutta la struttura del diritto ereditario romano dimostrerà per chi non vuol resistere alla ragione e alla logica che v'era un ordine di successione dei capi e di conservazione della famiglia stabilito, conforme allo spirito della società romana e in generale delle società primitive, dalla designazione fatta già dal precedente *paterfamilias*. Questo solo si potrebbe supporre: che l'unità familiare più vasta fosse la gente, e la famiglia primitiva si confonda con la gente; peraltro il riscontro coi consorzi analoghi del mondo ariano, la *Sippe* germanica,

o il *Sept* celtico o le comunità di famiglie slave e indiane, che sono pure nuovo argomento dell'esistenza di questa più vasta società familiare, debbono d'altra parte trattenere dal confonderla senz'altro con la gente.

L'organizzazione della famiglia e i poteri del *paterfamilias*; il fondo, ove la famiglia siede, e le essenziali pertinenze di esso; le relazioni tra capi di diverse famiglie; il regolamento del vario complesso di funzioni e di rapporti alla morte del *paterfamilias*: ecco le basi, anteriori alla fondazione e all'azione della città, sulle quali si svolsero nell'ambiente cittadino il diritto di famiglia, la proprietà, le obbligazioni, la successione patrimoniale a causa di morte, che serbano, rispettivamente, la schietta impronta per tutta l'evoluzione romana e le ultime vestigia anche nel diritto Giustiniano, dopo la fase romano-ellenica, di un'organizzazione politica, di un territorio, di relazioni tra capigruppi e capigruppi, di successione sovrana. In breve, il diritto pubblico si svolge intorno alla *civitas*, al *populus*: il diritto privato, intorno alla *familia*.

\*  
\* \*

7. Il rapido incremento della città-Stato balza fuori dalla narrazione fantastica dei tardi storiografi in colori troppo vivi e poco naturali. Alba è sopraffatta, la confederazione latina tenuta in pugno da Roma, la bassa Etruria dominata dai suoi re. Il motivo costante è di riportare alle origini di Roma la sua superba coscienza, l'affermazione del suo diritto sovrano e in particolare la supremazia sulla lega latina, che durò in quella vece a piede uguale tra le varie città (*foedus aequum*) fino al IV secolo a. C. Se non che, prestando fede al corso degli

eventi secondo la leggenda stessa, mancò poco che i frutti di questo fortunato sviluppo politico non andassero perduti nella crisi costituzionale, con cui si chiude l'epoca regia. L'abolizione della monarchia è un fenomeno generale, salvo scarse eccezioni, nel mondo greco-italico a base cittadina, mentre al contrario il divenire assoluta ed ereditaria è generale nel mondo orientale e nelle società romano-germaniche del Medio Evo a base nazionale. Diversamente dall'ateniese, la rivoluzione romana, si narra, fu violenta e indotta dall'illegitimo procedere dell'ultimo re, il quale ci vien dipinto sul tipo conquistatore e tirannico dei monarchi orientali e con tendenza dinastica.

La repubblica, come è chiamato il nuovo regime con parola che in latino non significa se non lo Stato, non si vuol rappresentare come la fondazione della sovranità popolare o la conquista della libertà, quale apparve in tempi più tardi. Secondo le idee moderne, anche la monarchia romana era una repubblica. Non è inverosimile che gli ordinatori del nuovo regime non si proponessero se non di porre argine per sempre al rinnovarsi dei tentativi anticostituzionali e dinastici di cui erano stati testimoni o paurosi. Il mandatario unico e permanente della sovranità tende facilmente, quando non abbia validi freni, a concepire la funzione a lui delegata come un diritto suo proprio o anche conferitogli da potenza divina, e la facoltà illimitata di designare il successore rese o minacciò di rendere ereditaria la sovranità: il che videro pure in tempo molti secoli dopo i notabili della repubblica veneta.

Nel nuovo ordinamento l'autorità regia non venne al principio tocca nella sua essenza, ma da un lato resa temporanea, e precisamente annuale, dall'altro attribuita a due persone, *pretori* o *giudici*, più tardi semplicemente *con-*

*solì*, che è quanto dire *colleghi*. L'unità della magistratura risorge solo in momenti straordinari nel *magister populi* o *dictator*. S'inizia così come ordine *stabile* e *legale*, come regime normale e garanzia politica quel sistema schiettamente romano della collegialità, nel quale la sovranità non è gerita corporativamente dai diversi titolari, bensì attribuita per intero a ciascuno ed esercitata indipendentemente in tutti i rapporti, salvochè in caso di dissenso prevale il divieto, il parere negativo del collega (*ius prohibendi* o *intercessio*). L'idea della collegialità non è probabilmente straniera all'epoca regia, come non è nemmeno straniera al diritto privato romano, in cui, a tacer d'altro, il condominio ha tale ordine da costituire lo schietto parallelo della magistratura collegiale romana, divergendo essenzialmente dal condominio moderno. Ciò che v'ha di nuovo nella repubblica è che appunto tale ordine diventa *stabile*, *legale*, *sistematico*, che il suo spirito penetra tutta la costituzione repubblicana, che insomma la *collegialità* insieme con la *temporaneità* dell'ufficio costituisce il perno e il palladio del nuovo regime e del diritto pubblico sino all'epoca imperiale. Una grande lotta adunque, come ritiene il Mommsen, io non crederei sia stata sostenuta per l'introduzione del nuovo principio, sia con la spada, sia molto meno con le armi dello spirito, perchè il principio in sè non era assolutamente nuovo. Invece non sorge a un tempo con la repubblica l'altro momento, che per avventura a noi moderni può sembrare il più caratteristico e differenziale d'un ordinamento popolare rispetto a un ordinamento regio: l'*elezione* del magistrato supremo. La repubblica serba lungamente intatto « il principio fondamentale », onde lo Stato romano ha preso le mosse, principio oscurato nel progressivo invadere della sovranità popolare, di cui sono espressione i comizi, ma

non abbandonato giammai, che *il magistrato crea il magistrato*: in altri termini, la nomina del successore per opera del precedente sovrano o del collega. Il primo inizio d'un mutamento in quest'ordine è rappresentato dall'obbligo fatto al magistrato di interrogare i comizi sulla nomina del successore, con che il diritto di nomina del successore si restringe alla facoltà di proporre i nomi all'elezione popolare; e in questa suprema estrinsecazione della sovranità, che è il conferimento dell'*imperium* (come si denomina tecnicamente dai Romani in epoca storica la somma dei poteri del magistrato, riserbando più volentieri il termine generico di *potestas* all'autorità dei magistrati minori con più limitata competenza) cooperano egualmente il magistrato e l'assemblea popolare. Ma questo stesso mutamento non nasce a paro con la costituzione repubblicana, bensì spunta con la formazione d'un più largo ordine di cittadini e d'una nuova assemblea, e più secoli dovranno passare innanzi che l'assidua battaglia tra i due ordini della cittadinanza abbia ridotta la primitiva facoltà del magistrato di creare il successore a formali residui, trasportando nei comizi e nel popolo la rappresentanza esclusiva della sovranità.

Nondimeno alcune intrinseche alterazioni nel contenuto della sovranità vengono recate, se non *ab origine*, in tempo assai remoto. Una di esse ci offre quasi l'inizio di quella progressiva moltiplicazione delle cariche pubbliche, il momento più visibile dell'evoluzione politica repubblicana, ed è l'obbligo fatto al console di scegliersi nell'amministrazione della cassa pubblica e nella condotta dei processi capitali un ausiliare stabile, il *questore*. Forse la novità consiste anche ora nell'obbligo imprescindibile e nella stabilità di questo nuovo organo, e del resto nei

processi di alto tradimento tornano organi straordinari, i *duoviri perduellionis* (1).

Vera diminuzione peraltro ebbe a subire bentosto l'autorità suprema del magistrato coll'istituto della *provocatio ad populum* o appello al popolo nelle condanne capitali e in seguito anche nelle condanne a pene corporali o a multe oltrepassanti una data legale misura.

Finalmente una novità, di cui è piuttosto arduo seguire lo sviluppo come delicato valutare seriamente l'importanza costituzionale e storica, è la separazione degli uffici sacerdotali dalle magistrature civili. Salvo alcune sparse eccezioni, come la cerimonia delle feste Latine sul monte Albano, l'offerta sull'ara massima d'Ercole e i giuochi pubblici, l'amministrazione ordinaria del culto e delle cerimonie pubbliche appare sottratta al console e deferita al pontefice massimo: e d'altra parte il sacerdozio appare ne' tempi storici in una posizione subordinata rispetto al magistrato e al popolo, gli organi veri dello Stato in generale. Non solo il magistrato ha diritto di compire da sè le cerimonie sacre inerenti agli atti del suo ufficio, come gli auspici oblativi e impetrativi, il che vuol dire non ha d'uopo del sacerdote per conoscere il parere della divinità circa le operazioni che crede di dover intraprendere, ma ogni novità nell'ordine sacro, l'introduzione di nuovi Dei, la costruzione di tempî, l'ordinamento di nuove cerimonie, e di nuovi sacerdozî, voti pubblici e feste pubbliche, tutto ciò è sempre competenza del magistrato assistito dai *patres* e dai *comizi*.

---

(1) L'obbligo di delegare le funzioni giudiziarie si riscontra nella evoluzione delle monarchie medioevali: i primi re giudicano in persona, più tardi si svolge e si fissa la dottrina che fa obbligo al re di limitarsi a presiedere senza voto le Assise o anche delegare a funzionari di sua scelta gli affari giudiziari.

Se i limiti esterni della collegialità e dell'annalità, in un con la tema dell'accusa popolare allo spirar dell'ufficio, più che la diminuzione intrinseca di poteri hanno, per dir così, rinserrato lo sviluppo della nuova magistratura, avviandola a una graduale diminuzione, similmente gli altri due organi della costituzione, più che un aumento legale di facoltà, hanno conquistato una più larga e preponderante influenza, una virtù evolutiva superiore in ambiente più favorevole. Le assemblee popolari si avviano a diventare un corpo elettorale, il senato un corpo governativo. Come prima il re, così ora i consoli eleggono i senatori, ma il magistrato annale, nonchè tralasciare di chiederne il parere, non si attenterebbe di respingere l'autorevole deliberato di questo consesso.

\*  
\* \*

8. Ma un nuovo elemento si fa vivo e si agita sulla scena della storia sin dal principio della nuova epoca: tale elemento che offre lo spettacolo di un violento contrasto con la città e gli ordini suoi, e nondimeno fu per essa il lievito della sua grandezza, e forse ciò che le salvò e le crebbe il carattere di Stato, nonostante la scemata influenza della magistratura suprema. Quel ch'erano i clienti entro la gente, tale è la plebe o moltitudine (cfr. *pleo*, *plenus* e la traduzione greca *πληθος*) nella città: quindi non solo soggiogati — forse etruschi e latini sotto l'aristocrazia sabina — o stranieri immigranti a stuoli, paghi di aver sicuro asilo sotto il patronato del re e far loro prò, ma gli stessi clienti che via via rompono il vincolo colle genti fiaccate dal crescere dello Stato. La potente organizzazione gentilizia è straniera alla plebe, mà l'unità familiare è comune anche ad essa. Se non che, dato il carattere di tale organismo, ciò vuol dire che questo mi-

nuscolo centro politico è anche una loro istituzione necessariamente rispettata dalla città, non già che i plebei fossero *ab origine* cittadini: intanto il connubio legale (*ius connubii*) coi cittadini non è ad essi riconosciuto. Come alle famiglie dei clienti il capo della gente distribuisce parte dell'agro gentilizio a titolo di precario, cioè in godimento libero e pieno, ma ritrattabile a piacere, nella stessa guisa parte dell'agro pubblico è lasciato o assegnato dal re alle famiglie plebee già stanziate o immigranti. Di fronte ai clienti come di fronte alla plebe, i veri cittadini costituiscono la classe dominante, e vengono tutti denominati *patres*, cioè signori, o *patricii*, espressione che vale forse lo stesso (cfr. *novus, novicius, deditus, dediticius*), ma che fu in seguito preferita per non confondere la classe dominatrice coi senatori.

Una riforma collocata dalla tradizione nell'epoca regia e attribuita all'ordinatore leggendario dello Stato, Servio Tullio, la quale peraltro si mostra in funzione per la prima volta con la repubblica, fece di questa moltitudine di liberi, stranieri allo Stato, dei cittadini, congiungendoli nella partecipazione alla milizia e al voto coi patrizi.

Il nuovo ordine ha sua base nella sede, la tribù territoriale, e nella statistica della proprietà, il censo; ma sua caratteristica impronta è la distribuzione militare. I proprietari fondiari, soli *tribules* fino alla celebre censura di Appio Claudio (312 a. C.), vennero ripartiti, secondo l'entità dei beni tenuti dal *paterfamilias*, in 5 classi, e alle singole classi attribuito un numero disuguale di centurie, metà di giovani in servizio attivo dai diciotto anni ai quarantasei (*iuniores*), metà di vecchi nella riserva dai quarantasei anni (*seniores*). Ottanta centurie la prima classe, cioè quaranta di *iuniores*, quaranta di *seniores*, venti la seconda, la terza, la quarta, trenta la quinta:

precedevano la prima classe diciotto centurie di cavalieri; v'erano poi altre 5 centurie, 2 di fabbri, due di trombettieri, 1 di militi complementari (*accensi, velati*): in tutto centonovantatrè centurie. I membri della prima classe, tenuti a pagare in proporzione il massimo tributo di guerra (prestito forzoso), dovevano munirsi di tutta l'armatura, spada e lancia; meno armati venivano i membri delle altre, rinunciando via via gradatamente alla corazza, agli schinieri, allo scudo, all'elmo: inoltre per armi d'offesa la quarta classe aveva il giavellotto in luogo della spada, e la quinta non aveva nemmeno la lancia, ma solo armi da scagliare. Quest'ordine guerriero costituì la base dell'assemblea delle centurie o *comitia centuriata*, in cui prevale con l'età la ricchezza; poichè il voto è per centurie, onde se da un lato i vecchi, individualmente certo in numero minore, pesano alla pari coi giovani nel numero delle centurie, dall'altra parte, com'è chiaro, le novantotto centurie della prima classe coi cavalieri schiacciano le altre. Pertanto in quest'assemblea l'appello nemmeno continua quando son d'accordo le centurie de' più doviziosi, giacchè l'ordine del voto restò sempre quello delle classi, salvo la prerogativa del principio attribuita in origine alle 6 centurie dei cavalieri patrizi, poi alle 12 dei cavalieri plebei, finalmente a una centuria estratta a sorte dalla prima classe. La composizione militare dell'assemblea centuriata si rivela anche nel luogo delle adunanze, che non è il Comizio, bensì il Campo di Marte fuori delle mura. La pressione militare ha indotto i signori a dar l'arme alla plebe, e coll'arme il *minimum* della partecipazione alla cittadinanza, il voto: e il motivo militare predomina.

Con quest'ordine la *civitas* abbraccia per la prima volta famiglie isolate, non congiunte, vale a dire, in più vasti

consorzî politici. Sudditi immediati dello Stato sono i plebei (forse lo stesso consorzio agnatizio dei *patres* o ne' rapporti pubblici il gruppo familiare furono intaccati per influenza riflessa), come i borghesi si dissero in alcuni Stati medioevali « sudditi diretti della Corona. » E a un tempo stesso la forza delle vecchie genti è minata dalle fondamenta per la diminuzione morale e materiale del vincolo di clientela, attratti ora i clienti verso la *civitas* dal costituirsi e afforzarsi via via di un vincolo diretto con questa. A esser cittadini non occorre più l'esser gentili, cioè giungervi attraverso la gente, venendo prima arrogati in questa. Plebei e clienti, che sotto l'aspetto negativo erano per la città la stessa cosa, hanno fatto il loro ingresso legale nella *civitas*, sono divenuti parte del *populus*.

\*  
\* \*

9. Ma non a pari diritti. Che duri la vecchia assemblea gentilizia delle curie non è per vero di gran momento, giacchè tutto lo sviluppo costituzionale dell'autorità del popolo non la concerne: il potere crescente di vincolare i cittadini, recando derogazioni all'ordine esistente, cioè di far leggi, ricade alla nuova assemblea delle centurie: il potere elettorale sorge probabilmente con essa e forse a ciò allude la conferma di re Servio per le centurie. L'Assemblea delle curie, ridotta a promettere l'obbedienza al magistrato eletto (*lex curiata de imperio*) e assistere a due atti, che avevano probabilmente rappresentato la prima influenza del popolo sulla gente, l'arrogazione e il testamento, cioè l'ammissione d'un nuovo membro e la designazione del nuovo capo nella famiglia gentilizia, deperisce via via, di guisa che nei tempi storici i cittadini

non vi si recano nemmeno più, e le curie sono rappresentate da trenta littori.

Ma il dominio dei patrizi, costituiti ormai a casta nobiliare nel governo della repubblica, è assicurato dalla magistratura chiusa all'ordine dei plebei. E questa chiusura è grave. Il profondo scadimento della potenza romana che nella tradizione segue la cacciata dei re, il fuoco della guerra che d'anno in anno divampa in vista del Campidoglio e in cui l'orgogliosa città più d'una volta, per attestazione dei suoi stessi storiografi, dovette la propria salute dall'impeto dei Volsci alla forza della lega e alla fede degli alleati, e più d'una volta soggiacque a stranieri invasori, spense la floridezza economica del popolo; ma più sciagura colpiva la plebe, costituita di famiglie nuove sparse nei villaggi e casali precisamente ai confini del territorio e dell'odierna *campagna*. Mentre la guerra sottrae le braccia da lavoro, mentre il fondo, così immediatamente soggetto alle incursioni ostili, è devastato, l'amministrazione tenacemente egoistica della casta dominante si riserba il godimento esclusivo delle terre di proprietà dello Stato (*ager publicus*), il creditore patrizio esercita con freddezza inumana il feroce diritto di esecuzione privata, il magistrato patrizio non difende, ma rincara talvolta sull'oppressione delle genti patrizie irritate dal sentimento di indipendenza che rompe il vassallaggio della clientela, e la casta seppellisce come traditori i suoi membri più generosi. La tempesta scoppiò. Secondo la tradizione classica, il dissidio che parve mirare da parte della plebe alla fondazione di una nuova città sul monte più prossimo all'Esquilino e al Quirinale, il luogo dell'antica Crustumero, (ora quasi raggiunto dalla città moderna) fu in modo singolare composto. La plebe non venne messa più largamente a parte dei diritti e dei vantaggi

dello Stato, ma ottenne invece, in guisa conforme al sentimento nudrito nella secessione, di costituire quasi un corpo a sè con propri capi, i *tribuni*. Così nello Stato e in antitesi alle genti patrizie è sorta ora un'organizzazione nuova, la plebe. Se non che l'organizzazione della plebe e la funzione correlativa degli organi plebei è essenzialmente di difesa, l'*auxilium plebis*: proteggere l'uomo della plebe e l'ordine plebeo dagli arbitri dei consoli e del patriziato in generale, potente nelle sue casate. Il lato positivo della sovranità sfugge completamente ai tribuni: organi fuori del governo, essi non hanno nè impero militare, nè alcuna competenza amministrativa, nè facoltà di convocare il senato o l'assemblea legale di tutto il popolo, nè infine il titolo stesso e le insegne di magistrato. Il lato negativo, essenziale alla loro funzione, in guisa formidabile esaltato, sovrasta alla sovranità stessa dello Stato e alla libertà d'azione del cittadino. Sulla base elastica dell'*auxilium*, esso si svolge con logica naturale, e si può dire appena che il primo storico appa- risca di una nuova funzione rappresenti una legale conquista. Deliberazioni del senato, proposte di leggi, ordini e leve del magistrato, arresto di debitori tutto può esser fermato e frustrato dal tribuno, la cui tremenda potenza si arroga all'uopo il diritto di condannare a pene pecuniarie o capitali i consoli stessi.

Base del potere tribunizio è adunque l'*intercessio*, il *veto*, che può arrestare tutta la macchina dello Stato: una vera opposizione legalmente organizzata. Resi fin da principio inviolabili, dapprima in numero di due, poi di cinque, poi di dieci, hanno diritto di convocar l'assemblea della plebe nell'ordine delle tribù (*concilium plebis*) e trattare con essa, hanno propri aiutanti anch'essi, gli *aediles plebis*, e si rinnovavano anch'essi da sè, come i magistrati pa-

trizi, per designazione o cooptazione. Solo più tardi s'insinuò l'elezione plebea ne' concilî tributi.

La gagliarda forza del tribunato lo fece oltrepassare nella missione storica la modesta funzione legale e procedere per vie ben diverse dall'origine sua. Nato dalla secessione e ordinato quasi per conservarla come stabile e legale regime, esso divenne il potente organo di agguagliamento dei due ceti; e poichè questo risultato si può dire ottimo, poichè con l'abolizione delle genti patrizie esso recò la più perfetta formazione dello Stato, e favorì l'espansione del nome romano, poichè d'altra parte la forza del popolo non domato e diretto da capi è *multo saevior*, il giudizio storico sul tribunato, almeno per la sua prima epoca, dovrebb'esser molto più favorevole di quel che in generale non sia. I suoi benefici effetti sono chiari, i mali ch'esso recò dubbî e discutibili.

\*  
\*  
\*

10. Ora la storia cresce d'interesse drammatico, quanto è povera di valore positivo. La fantasia partigiana dell'epoca di Gracco e di Silla e la fantasia novellistica degli storiografi amplificatori ha celebrato nel periodo anteriore e posteriore alle XII Tavole i suoi massimi trionfi. Nella lotta per la partecipazione della plebe all'agro pubblico, il tribunato non la spunta sul fiero egoismo della casta patrizia: anche un generoso patrizio, eroe politico e militare, sconta con la morte infame il peccato di aver per il primo proposto una siffatta legge. Ma il Tribunato avrebbe ottenuto, dopo un'asprissima lotta decennale, un'importante vittoria: nel proposito di sottrarre i plebei agli arbitri dei magistrati e della casta patrizia, Terentillo Arsa propose che si redigesse un codice di leggi. E i patrizi finalmente consentirono (454 av. C.?). Al ritorno

de'triumviri spediti in Grecia a studiare le leggi di Solone, furono creati, per la compilazione delle leggi e il governo della città, dieci magistrati nuovi, togliendo di mezzo tanto le magistrature plebee che le patrizie (451 a. C.?). Composero nel primo anno dieci tavole di leggi, nel secondo altre due. Qui nel buio della storia splendono popolarissime leggende. Dai foschi eventi del governo decemvirale tanto sarebbe lecito di rilevare, a voler credere qualcosa, che i legislatori delle XII Tavole non furono più fortunati dei proponenti delle leggi agrarie, nè men calunniati forse dell'ultimo Tarquinio. E il risultato è dei più singolari che nella storia delle legislazioni compaia. Portate al cielo queste leggi dalla venerazione unanime degli antichi, i legislatori sono truceamente rappresentati, e sarebbero periti alcuni di morte violenta (Appio, patrizio, si uccide in prigione, Oppio, plebeo, vien giustiziato), gli altri nell'oblio, dovendo la vita al generoso *veto* interposto dall'uno dei tribuni alle ulteriori persecuzioni (449 a. C.?).

Forse in ultima analisi è soltanto il contenuto e il carattere delle prescrizioni decemvirali, la loro posizione rispetto a tutto il sistema del diritto pubblico e privato, che può rendere ancora plausibile l'idea che una commissione legislativa effettivamente vi sia stata.

Il testo genuino delle XII Tavole si disse perito nell'incendio gallico circa sessant'anni dopo, secondo la cronologia romana. Il loro contenuto o il testo nelle ricostruzioni posteriori ci è stato in larga parte conservato principalmente, dopo i giuristi, dai grammatici studiosi delle forme arcaiche. Il tipo giuridico è schiettamente nazionale; e ciò basti per non dar gran peso alla pretesa missione in Grecia, vera o falsa che sia. Prettamente romani nel nome e nell'essenza sono tutti gli istituti fondamentali, e quanto alle particolari disposizioni a stento è lecito scorgere in

un caso o due l'analogia o l'influenza di diritti stranieri. La brevità epigrafica, una certa grandiosa rettorica che si rivela anche nell'imperativo categorico, comandi o divieti assoluti, conferisce ancora oggi al carattere venerando delle XII Tavole. Peraltro il contenuto esaminato freddamente presenta un Codice primitivo e barbarico: i moderni autori che usaron l'ingegno a stender veli sull'orrenda prescrizione, che abbandona il corpo del debitore in balla del creditore e soggiunge una sagace cautela sfuggita all'Ebreo di Venezia, dimenticarono, ed è peccato, di decantare l'umanità e il senno civile delle pene del taglione e della mutilazione, contro cui s'infrange ogni pudica esegesi. Il vero è che la fortuna del popolo e del suo diritto ingrandì queste leggi primitive; in realtà le differenze, ch'esse mostrano di fronte alle altre legislazioni barbariche, rappresentano bensì uno sviluppo originale, ma non sono argomento di progresso se non per la circostanza che la vittoria del diritto romano ha perpetuato il tipo generale o anche semplicemente il nome di alcune istituzioni decemvirali in tutti i popoli civili del mondo. I quattro capisaldi di questa concezione sono la proprietà privata, il testamento, il diritto reale e l'obbligazione: quattro *idola theatri*, se mai ve ne fu, perchè nella forma in cui si presentano i due istituti e i due concetti sono per l'appunto istituti e concetti primitivi.

Il Codice era generale: esso abbracciava tutto il *ius civile* nel senso romano: procedura, diritto civile, diritto penale e costituzionale. Se non che — e ciò parla piuttosto in favore di una vera e propria azione legislativa, contro l'ipotesi sostenuta da un geniale scrittore nostro che le XII Tavole rappresentino una mera collezione di consuetudini — non pare affatto che gl'istituti fonda-

tali sien richiamati nelle XII Tavole, se non per recarvi particolari derogazioni: nè le XII Tavole hanno codificato tutte le consuetudini anteriori. In materia di procedura soltanto è palese il fine di portare maggiore stabilità e certezza nella consuetudine e di evitare violenze e abusi col fissar norme minuziose e tassative.

Le prime Tavole concernono la procedura. Il processo si distingue in due stadi, uno di carattere pubblico, davanti al magistrato (*in iure*), l'altro di carattere privato (*in iudicio*). La parte del magistrato rivela anche l'origine e il fine genuino dell'intervento dello Stato: egli vieta ai litiganti di venire alle mani; e il venire alle mani è ancora simbolicamente rappresentato. L'ultimo suo atto è quello di scegliere e imporre alle parti un giudice, se nemmeno su questo esse si mettano d'accordo. La *iurisdictio* del magistrato è adunque un mero ordinamento del giudizio (*ordinatio iudicii*). La contestazione dalla lite, cioè l'atto in cui le parti ora attestano solennemente di sommettersi alla decisione del giudice, chiude questo periodo preparatorio. Ogni atto di questo procedimento pubblico, *in iure*, si compiva in forme solenni e rigorose, che dicevansi *actiones* o modi di agire e più regolarmente *legis actiones*, cioè azioni della legge delle XII Tavole; due peraltro vennero introdotte da leggi posteriori. D'ora innanzi tutto è privato, tanto il giudizio quanto il procedimento esecutivo.

Ma la patria potestà, la *manus*, la proprietà privata sono istituzioni presupposte (della patria potestà dirà Ulpiano che è *moribus constituta*), cui la legge non ricorda se non per sancire alcune specialissime statuizioni, come l'effetto liberatorio della triplice vendita del *filiusfamilias*, l'interruzione del *trinoctium*, la durata precisa dell'*usus* o dell'*auctoritas* secondo gli oggetti. Del testamento, delle

sue forme, che probabilmente erano ancora le due più vetuste, davanti alle curie (*calatis comitiis*), o davanti all'esercito schierato (*in procinctu*), nemmeno si parla; indirettamente bensì vi s'accenna (*Si intestato moritur etc.*), ma la prescrizione « *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita ius esto* », è a credere che si debba riferire alla libertà, concessa forse ora per la prima volta, di aggiungere elargizioni patrimoniali all'atto solenne-con cui si designa l'erede, e alla facoltà, nuova forse anch'essa, di conferire l'ufficio di tutore ad altri che l'erede. Si preoccupa invece la legge di regolare il destino della *familia* se il *paterfamilias* muore intestato, e vi chiama il *suus*, l'*agnatus proximus*, i *gentiles*. Ma di nuovo la legge non fa motto delle due successioni universali *per adrogationem* o in *manum conventionem*, che Gaio dice un portato della consuetudine.

Non espressamente sancita, ma presupposta, è pure l'essenza obbiettiva della successione ereditaria. Certamente vi erano compresi, oltre il patrimonio, i *sacra*, i sepolcri, il patronato sui clienti, i debiti e le responsabilità del defunto: ma non potremmo dire se ancora v'entrasse dall'altro, se per lo meno l'erede istituito fosse necessariamente il tutore, a preferenza dei legittimi, quando il defunto non avesse chiamato un altro a quell'ufficio, come la legge ne dà espressamente facoltà. Ma le XII Tavole si occupano invece di regolare la divisione tra più coeredi, stabilendo l'*actio familiae erciscundae*, di sancire tra' coeredi stessi la divisione *ipso iure* dei crediti e anche dei debiti con un'equità molto discutibile pei creditori, ma coll'intento tanto più chiaro di fornire le armi più affilate per la disgregazione de' consorzi agnatizi.

La tutela stessa delle donne e degli impuberi, istituzione così grave, non pare che fosse disciplinata nelle

XII Tavole, se non per definire con certezza, come nell'eredità, chi sarà chiamato per legge, quando manchi la persona designata nel testamento. La *cura furiosi*, esclusivamente legittima, è istituzione forse decemvirale.

Le cerimonie giuridiche istesse, tutte improntate alla grave austerità che è la caratteristica del popolo quirite, orali, affidate alla fantasia e alla memoria, in antitesi schietta coll'Oriente, che ci mostra sin dai più antichi tempi un'originale tendenza a creare alfabeti e a usarne in ogni circostanza della vita, non hanno neppure nelle XII Tavole alcuna sanzione generale: il *nexum* e il *mancipium* paiono menzionati unicamente per l'efficacia nuova attribuita nell'uno e nell'altro alla *nuncupatio*.

In conclusione: il carattere par quello appunto di una vasta legge riformatrice, non di una compilazione.

\* \* \*

11. Nelle due ultime Tavole decemvirali era ribadita l'esclusione dei plebei dal connubio coi patrizi e dalle magistrature. E lo sforzo dei tribuni si diresse allora decisamente ad abolire questa barriera e questi privilegi. La tradizione dello svolgimento costituzionale suona così. Pochi anni dopo il decemvirato (445?), il tribuno Canuleio vinse la sua proposta, *lex Canuleia*, del connubio tra i due ceti. I nove suoi colleghi non riuscirono per vero nell'altra di aprire ai plebei la via del consolato, ma i patrizi furono indotti a importanti concessioni, che scalzavano il principio del loro esclusivo diritto alle magistrature. Si stabilì di deferire il potere dei consoli a un numero non definito di *tribuni militari*, la cui carica era accessibile ai plebei come ai patrizi, *con potestà consolare* o *con impero consolare*: e col numero dei magistrati su-

premi è ora per la prima volta sospesa la vetusta istituzione del *praefectus urbi*. Ma nello stesso tempo si stralciarono dalla suprema magistratura consolare e si affidarono a un magistrato nuovo alcune gravi competenze, la compilazione delle liste dei cittadini coll'amministrazione dell'agro pubblico e in generale delle cose pubbliche, (443 o 435 a. C.?), rimanendo sempre devoluta ai questori la gestione della cassa, crediti e debiti dello Stato. Il nome della nuova magistratura creata all'uopo deriva appunto dall'ufficio di redigere il censo dei cittadini, che si chiudeva col sacrificio lustrale, e nella compilazione delle liste i censori si arrogarono un sindacato sulla condotta dei cittadini; assunto ora per la prima volta dallo Stato, se per lo innanzi era devoluto alle genti. Certo, la nota gentilizia cede ora il posto alla nota censoria. Crebbe il valore di un simile giudizio, nel quale, se in genere si tien conto dei doveri verso lo Stato, non restano esclusi i doveri del cittadino in quel chiuso ambiente che è la famiglia romana, colla nomina dei senatori e rispettivamente l'esclusione dal senato, deferite pure al Censore dal plebiscito Ovinio (312 a. C.?), e crebbe insieme la dignità e la considerazione di questo magistrato. Il cittadino *optimo iure, tribulis*, il cavaliere, il senatore sono ora nelle mani del Censore. La durata della magistratura stabilita dall'intervallo del censo, che ora si fissa regolarmente, è di cinque anni: se non che venne ai censori imposto in progresso di tempo di compiere nei primi 18 mesi tutte le proprie incombenze e indi cessar dall'ufficio.

Poco dopo l'istituzione della censura (421 a. C.?) il numero dei questori venne portato da 2 a 4, uno in città, l'altro in campo, per ogni console, e i tribuni, si dice, ottennero l'ammissione dei plebei a questa carica. Se invece i plebei a un mero ufficio di ausiliare, qual'era la

questura, fossero ammessi fin dall'origine può esser questione: forse la novità consiste nell'esser reso ora l'ufficio elettorale. Con questo oscuro problema si collega probabilmente l'altro più grave dell'ammissione dei plebei al senato, almeno come *conscripti*.

La lotta per l'agguagliamento dei due ordini fu ripresa dopo l'improvvisa catastrofe gallica, e, seguendo la tradizione, suggellata con le famose leggi *Licinie-Sestie*. Approvate nel 367, dopo la consueta resistenza decennale, queste leggi sancivano, si dice, che nessun cittadino potesse possedere più di 500 iugeri di terre pubbliche e che l'uno dei due consoli dovesse esser plebeo. Anche ora venne stralciata dalla carica consolare l'amministrazione della giustizia e affidata a un magistrato nuovo, che si usò designare dal nome originario dei consoli, il Pretore. Questo magistrato non è invero che un collega minore dei consoli: nessuna attribuzione del consolato gli manca, salvo il dirigere i comizi elettorali. In assenza dei consoli, cioè regolarmente fino alla seconda metà dell'anno, egli li rappresenta in città; ond'è che con l'istituzione del Pretore definitivamente cade l'antico ufficio del *praefectus urbi*.

È a credere che legalmente l'ammissione dei plebei alla magistratura suprema consolare abbia significato in pari tempo l'ammissione alla pretura, alla censura, alla dittatura; nel fatto il primo Pretore plebeo sopravviene nell'anno 337; il primo censore nel 351. Nel 342 e nel 339 a. C. si rese legalmente accessibile ai plebei uno dei due posti di console e di censore riservati finora ai patrizi, mantenendo tuttavia il diritto *esclusivo* dei plebei all'altro posto; ma di fatto pure non vi ebbero due consoli plebei se non nel 172 a. C. e due censori plebei nel 131. La legge Licinia aperse ai plebei anche il collegio dei

custodi degli oracoli sibillini per la metà dei posti, la legge Ogulnia (a. 300) anche il collegio degli auguri e dei pontefici per più della metà, cinque su nove, sempre con questo, che il diritto dei plebei è esclusivo, mentre l'altra metà rimane egualmente accessibile ai due ordini: i sacerdoti minori sembra fossero accessibili ai plebei sino *ab antiquo*, e il quarto gran collegio, gli *Epuloni*, istituito nel 196, pare nell'età repubblicana esclusivamente plebeo.

Dall'altra parte nello stesso tempo veniva stabilita l'*edilità curule* come istituzione parallela all'edilità plebea. Ma sin dal secondo anno questo stesso ufficio, al quale, con manifesta influenza dell'*agoranomia* greca, incombe la polizia della città, strade, mercati, colla giurisdizione relativa circa le vendite di schiavi e bestiame, vigilanza sulle associazioni, allestimento dei pubblici spettacoli, venne anche aperto alla plebe; soltanto con nuovo ordinamento, per non turbare la concordia dell'amministrazione, fino al II secolo a. C. si osservò la regola di eleggere entrambi gli edili patrizi o plebei, alternando negli anni.

L'ammissione della plebe alle cariche dello Stato si ripercosse nella composizione del senato. È probabile che già innanzi alla parificazione dei due ordini i plebei siano stati ammessi a far parte del senato non però come veri senatori, bensì come *conscripti* o *pedarii*, non aventi parola in senato e nemmeno il voto, salvo nei senato-consulti *per discessionem* (*pedibus ire in sententiam*). Senonchè la conquista delle cariche e la pratica di osservare nella dignità senatoria la gerarchia delle cariche, il che si rispecchia anche nell'ordine in cui si chiede il parere dei singoli senatori dal magistrato presidente, fece sì che gli ex-magistrati plebei raggiunsero la pienezza del grado senatorio: via via il grado senatorio si lega sempre più all'uscita dalle cariche, le maggiori fino alle guerre Annibaliche,

anche le cariche minori (edili, tribuni della plebe, questori) in progresso di tempo.

In ordine alle assemblee, i concili tributi della plebe divengono per via di ripetute leggi (Valeria-Orazia, anno 449 a. C.? Publilia anno 339 a. C.? e più che tutte la legge Ortensia anno 289-286 a. C., la sola forse veramente storica) vera assemblea legale dello Stato, mentre, per sottrarre all'arbitrio del magistrato la formazione delle circoscrizioni elettorali, anche i comizi centuriati vengono ora (220 a. C.) riformati, inserendo le centurie, elevate a 350, nelle tribù (10 centurie per ogni tribù).

Nondimeno il principio dell'esclusiva capacità dei patrizi alle magistrature non venne mai formalmente e genericamente abolito, ma, secondo il solito processo di svolgimento del diritto romano, eliminato da una serie di eccezioni esaurienti la regola. Non ne resta ormai che un qualche residuo insignificante, come la qualifica esclusiva del senatore patrizio per il grado di *interrè* nella vacanza della magistratura e qualche onorifica precedenza nel senato. Si può dire anzi che la lotta per l'agguagliamento politico dei due ceti oltrepassò lo scopo, giacchè il tribunato, nonchè l'edilità plebea, rimasero pur sempre uffizi puramente accessibili ai plebei, per quanto divenute oramai vere e proprie magistrature di Stato. E ora veramente, fornita la missione storica, l'azione puramente negativa e rivoluzionaria dei tribuni non appare più tanto benefica. La gagliardia della potestà tribunitia, in un con l'assenza di compiti positivi e ordinari, adibì questo magistrato a una funzione non troppo conforme all'origine sua: mantenere i magistrati nell'obbedienza del senato e della oligarchia senatoria, che si va ora costituendo, ed esercitare all'uopo la straordinaria competenza penale, la quale, sottratta al limite della collegialità e della provo-

cazione, sostituiva ormai l'antico processo di alto tradimento. Ma insieme il prestigio del tribunato scema, il che appare nel modo più visibile dall'esser posto nell'ordine regolare delle cariche al di sotto dei primitivi ausiliari, gli edili plebei, cui valse invece a sollevare l'accoppiamento cogli edili curuli e l'allestimento dei giuochi così cari al popolo. Per dare un compito ai tribuni, leggi speciali attribuirono loro la nomina di tutori, la vigilanza sulla distribuzione di grano e simili funzioni sporadiche. Ma intanto nella secolare lotta tra i due ordini, il disegno generale della costituzione romana era completo e l'annegarsi delle genti patrizie nel popolo patrizio-plebeo diede nuovo sangue, forza e impulso allo Stato, che assicura da questo momento l'egemonia sul Lazio e sull'Italia, mentre la questione sociale veniva sopita dalla progressiva fondazione di colonie dei cittadini poveri sul suolo italico conquistato.

\* \* \*

12. Così per l'assorgere della plebe, lo Stato romano si espande all'interno e si organizza, rompendo la cerchia delle antiche genti patrizie. Ma in pari tempo esso la rompe coll'antica base legale e lo spirito genuino della costituzione. L'affermarsi, il crescere del principio elettorale, che a noi sembra il simbolo caratteristico di una repubblica come l'ereditarietà sembra essere della monarchia, e la diminuzione della magistratura procedono di pari passo coll'assunzione e il crescere della plebe nella vita cittadina.

La regola costituzionale che *il magistrato crea il magistrato*, già intaccata probabilmente sin dal primo apparire dei comizi centuriati, facendosi obbligo al magistrato di proporre i nomi all'approvazione popolare, mutò radi-

calmente carattere quando la proposta dei successori non fu più fatta nell'interrogazione dal magistrato, bensì nella risposta dal popolo e divenne allora una elezione. Il magistrato è ridotto a enunciar la vacanza, dirigere le operazioni elettorali, presiedere l'assemblea, proclamare l'eletto; e benchè in quest'ufficio egli conservi ancora con la facoltà di accettare o respingere le candidature e di rifiutarsi persino alla proclamazione dell'eletto una certa influenza sulla nomina del successore, nondimeno il suo essenziale diritto è convertito ora, come tante volte si ripete nella storia, in un puro onore. L'elezione viene pure applicata alle funzioni che più ripugnano a questo metodo di nomina; alla posizione di aiutante dei consoli o questore, al tribunato militare in parte, alla dittatura stessa intorno alle guerre Annibaliche, il che sparse la forza e provocò la scomparsa di questo ufficio. L'assunzione dei plebei nei collegi sacerdotali significa pure l'abolizione della nomina pontificale o della cooptazione. Il principio elettorale si applica a tutte le cariche nuove, anche al collegio giudicante, i *decemviri stlitibus iudicandis*, istituito per le controversie di alto rilievo politico, come le cause di libertà (1). La vivace e progressiva influenza dell'elezione popolare si manifesta in modo invadente nella costituzione di magistrati straordinari elettivi, sottraendo numerose attribuzioni ai magistrati ordinari o agli ausiliari di loro nomina; deduzione di colonie, assegnazione di agro pubblico, dedica di tempî, processi di alto tradimento, moneta, firma dei trattati e simili. Il

---

(1) Dubbio è invece il carattere elettivo dell'altro tribunale pubblico, con cui si derogò già in antico al carattere privato del giudice, i *centumviri*, come è disputata la competenza di questo collegio, fuor della materia ereditaria.

senato stesso, col diritto di aspettativa legalmente riservato ai magistrati uscenti di carica, diviene indirettamente di elezione popolare, cosicchè la nomina del censore si rende quasi illusoria, mentre d'altra parte la riforma dei comizi ha finito con annientare la loro influenza sulla distribuzione elettorale dei cittadini. Cresce finalmente l'influenza del voto comiziale nella direzione politica e nella giustizia penale, e in quella vece l'oscura *auctoritas patrum*, ridotta a precedere le deliberazioni dell'assemblea, si avvia tranquillamente a svanire. La sovranità di diritto è passata veramente nel popolo.

Purnondimeno, nonostante questo movimento, il cui lato più caratteristico è l'esaltazione del principio elettorale, il governo della repubblica risiede in effetto nelle mani del Senato. Il frantumarsi e il curvarsi della magistratura sotto l'autorità del popolo di fatto la curvarono sotto quella del Senato. L'*auctoritas* di questo corpo sul popolo è svanita: la funzione consiliare di fronte al magistrato si svolge in guisa da costituire del Senato un organo assai diverso dalle origini sue. Chiedere e seguire il parere del Senato negli affari di rilievo si è fatto un dovere pel magistrato: nelle proposte di legge, come nel diritto sacro, nell'alta giustizia e polizia, circa l'elezione di magistrati straordinari, nella divisione dei campi d'operazione tra i due consoli e principalmente nell'amministrazione finanziaria e nelle relazioni estere, il Senato afferma la sua preponderante influenza, divenendo il vero corpo governativo, la molla della costituzione romana. Fu veramente fortuna che in momenti di tanto rigoglio del popolo e dello Stato la costituzione democratica trovasse in questo corpo il suo contrappeso e la città lo strumento della sua dominazione sulle stirpi italiche. E finchè il dominio mondiale non ebbe scosso gli ordini antichi e resi degeneri

gli uomini, questa costituzione cittadina, in cui gli elementi politici avevano raggiunto un felice equilibrio e l'autorità governativa risiedeva di fatto nel più grande consesso del mondo, potè a giusto titolo nel II secolo a. C. suscitare l'ammirazione pensosa e malinconica del grande storico straniero, cui nella sua patria di tanto più culta non veniva fatto di posare la mente sopra lo spettacolo di un così ordinato vivere di cittadini liberi, di una espansione conquistatrice così vasta e invincibile come la forza del Fato, che dominava gli stessi suoi Dei.

\*  
\* \*

13. Se non che, mentre l'antico si va spegnendo, lentamente maturano i germi di un nuovo contrasto, non meno vario e drammatico, non meno grave e fecondo, il cui finale risultato fu in ultima analisi dal lato sociale e storico la formazione della nazione italiana, dal lato politico la costituzione dell'impero. Roma, soltanto alla metà del V° secolo allargatasi oltre i confini dell'angusto pomerio del Palatino e del Settimonzio per la fusione colla comunità sabina del Quirinale, fu ben lungi dal possedere nelle origini sue quella egemonia regionale sulle terre federate del Lazio, che da tempo remoto Sparta aveva conseguito sulle terre della Laconia, che affermò Tebe sulle città della Beozia ai tempi di Epaminonda per la parola e il valore di quest'uomo di genio, con tanto scandalo di Agesilao. Ma il cozzo violento, indi il rimescolarsi dei popoli *ab antiquo* sul valido nucleo dei colli tiberini, la pressione della disgregata moltitudine sulla forza compatta e centrifuga delle genti patrizie, fondano e assodano su quei colli una genuina e vigorosa costituzione di Stato; ma la guerra di riscossa nazionale condotta dai conquistatori sabini contro la forza decadente degli Etru-

schì e degli Italioti, contro la forza giovanile dei Galli fanno che Roma cresca sulle altre città della lega. Rocca salda di confine nel territorio latino, collocata al confluyente etnico delle stirpi italiche e dell'etrusca, sulla linea strategica di osservazione e di separazione tra i Galli del nord e i Greci del sud, a lei profittano immediatamente le conquiste sul territorio etrusco limitrofo: già nella vittoria su Fidene e su Veio essa ha la parte del leone, appunto perchè, come il leone della favola, la stessa parte ha nel pericolo e nella battaglia. Questa assidua ragione di offesa e difesa, eterno motivo dell'aggregazione politica e della crescente organizzazione statale, stringe fra loro le città federate del piano in vincoli più saldi che non i borghi sabellici o sannitici delle regioni montuose; in quest'assidua battaglia è la cagione della supremazia sul Lazio e della fatale avanzata di Roma. Nondimeno gli è soltanto alla metà del IV secolo che Roma afferma la propria egemonia sulla vecchia federazione, e anche allora l'antica « alleanza eguale » venne soltanto modificata, non annullata. I due simboli storici dell'egemonia romana, il Campidoglio e il culto di Giove Capitolino ottimo massimo, via via s'impongono alla nazione latina, surrogando la vecchia sede delle assemblee federali sul monte Albano e i vetusti culti della lega (1).

Al III secolo la vecchia lega latina non è più. Nella nuova federazione, lasciata alle città singole la piena autonomia interna, passarono sotto la direzione centrale dei magistrati, dei comizi, del senato romano, tutte le competenze anteriori dei magistrati e delle assemblee federali, come la guerra e la pace, i contributi e il comando militare. Così, e non altrimenti, venne acquisita come

---

(1) PAIS, *Storia di Roma*, Torino, 1898-99.

strumento alla potente città tutta la forza della nazione latina.

La nuova confederazione comprese a principio le antiche comunità latine (*prisci latini*) e le nuove fondate da Roma. I Latini hanno il *commercium* coi Romani, non però in generale il *connubium*, e portando il loro domicilio a Roma, il che si riduce alla mera iscrizione nelle liste censuali, conseguono la piena cittadinanza romana (*ius migrandi*). Ma già nelle città fondate o accolte con diritto latino nella confederazione dal III secolo a C. la facoltà di acquisto della cittadinanza vien limitata ai soli magistrati uscenti di carica.

Mentre la confederazione latina viene aggiogata alla supremazia romana, ha principio il più vasto disegno della confederazione italiana; opera originale del genio politico di Roma e della sapienza del suo senato. Napoli è la prima città d'Italia colla quale Roma entra in lega, sin dal 326 a. C. La così detta costituzione municipale, espressione negativa di questo ordinamento politico dal lato dell'autonomia interna, venne estesa a nazioni diverse, a popoli più antichi di Roma. Ciò che in queste leghe costituisce il tratto caratteristico della politica romana, un'applicazione non mai smentita del *divide et impera*, è che Roma non entra in lega se non con città singole, sciogliendo sempre le confederazioni precedenti, vincolo politico alquanto rilassato in cui s'imbatteva quasi costantemente. Comunque, per la prima volta il nome d'Italia fa la sua comparsa nella storia politica. Titolo ufficiale dei confederati, Umbri, Osci, Etruschi, Greci, è la designazione alleati (*socii, foederati, nomen latinum ac socii*), ma ben presto prevale quella d'Italiani (*Italici*). La prima volta forse che nelle concioni tenute in senato si esce dal ciclo delle falsificazioni e delle leggende è nel nome d'Italia

e con una bella parola: « Non trattar collo straniero, finchè posa il piede in Italia. » Fu profferita l'anno 280 a. C. contro l'ultimo invasore greco, il nepote di Alessandro Magno. È la dottrina di Monroe dei Romani antichi: l'Italia cessò di esser l'America dei Greci.

E la lega italiana assicurò i destini del popolo, il cammino trionfale delle sue armi e del suo diritto. La fede degli alleati italiani non meno che la incrollabile fermezza politica del senato salvarono la repubblica dalla più terribile guerra che abbia mai minacciato le basi di uno Stato. Giammai popolo si trovò così prostrato, non la repubblica di Pisa dopo la Meloria, non la bellicosa nazione francese dopo la rotta di Sédan, come Roma dopo la più disastrosa delle battaglie storiche, ove perirono in campo un numero triplo o quadruplo d'uomini che non a Sédan: ed era l'ultimo sforzo di una sola città. Ma se non v'ebbe mai popolo che facesse mostra di un più alto stoicismo politico, se il cavalleresco contegno verso il vinto di Canne appare quasi una stupefacente ironia, non avvenne neppure mai che uno Stato abbia avuto tanto a lodarsi della fede dei propri alleati. Le prime vittorie che arrestarono la marcia trionfale di Annibale furono italiane, non romane. Dopo la disfatta della Trebbia, i diecimila Romani scampati tra le nebbie del Po ebbero salvezza e rifugio a Piacenza; dopo la rotta del Trasimeno, Spoleto respinse Annibale dalle sue mura: dopo Canne, Napoli e Cuma chiusero le porte al vincitore, da Nola fu respinto. Dall'Umbria alle Puglie e alla Lucania cento città e borghi, popoli o guarnigioni miste delle più varie nazioni italiane fiaccarono colla resistenza indomabile tutto lo sforzo del grande Cartaginese: gli eroici difensori si cibarono di cortecce d'alberi, del cuoio degli scudi, degli animali immondi. Un momento parve Roma

colpita da paralisi: e gli Italiani vestirono e vettovagliarono i suoi soldati, offersero l'oro dei tempi per la riscossa, vinsero le sue battaglie. Nulla di più commovente della segreta marcia di Claudio Nerone dalle Puglie al Metauro, con cui si decise la guerra, e della festante accoglienza delle popolazioni italiane sul passaggio. Fuvvi nel senato romano un solo momento di panico vero: allorchè dodici città, colonie latine, tediate dalla guerra e irritate per la pena inflitta ai propri soldati — Roma risparmiava i generali, ma non premiava i soldati vinti — si rifiutarono semplicemente di fornir oltre i loro contingenti militari. Senato e consoli sgomenti si volsero a supplicare: quando giunse la risposta di altre 18 città che si dichiararono costantemente e incrollabilmente fedeli. Ancora una volta, dice lo stesso Livio, la devozione degli alleati salvò la repubblica. La testa era forte; ma anche le membra, disciplinate dal suo genio, si mostrarono obbedienti e vigorose non meno.

\*  
\* \*

14. La comunanza di commercio e di diritto garantita dal patto federale tra Romani, Latini e Italiani, non meno che il contatto colle più colte nazioni del bacino mediterraneo, portato dalla crescente espansione del nome romano, accentuò necessariamente la separazione del diritto privato dal pubblico, conquista veramente nuova e civile, ben diversamente dalla decantata distinzione del dominio e dell'obbligazione, che non è moderna, ma originaria. Tale com'unanza ampliò la sfera d'azione e fecondò l'evoluzione progressiva del diritto privato, sottraendola in pari tempo alle assemblee, quasi non chiamate oramai dalla natura loro a questo compito non politico e certamente disadatte a seguire e disciplinare questo movimento. Per

vero la legislazione dei comizi tributivi, diretta dai tribuni, una magistratura puramente cittadina e scevra di compiti amministrativi, non è indifferente, ma interviene appunto solo per motivi politici e sociali in alcuni rapporti privati, e spesso le sue sanzioni non hanno valore che per i cittadini romani della città o della penisola.

Chi usurpa di fatto la funzione legislativa è il Pretore, l'organo classico della evoluzione giuridica romana. Nel 242 ne fu creato un nuovo, il *praetor peregrinus*, per giudicare nelle controversie con gli stranieri (*peregrini*), che ora affluivano a stuoli nella potente città, e il nome di *praetor urbanus*, che indicava il carattere della magistratura, assume ora quasi il significato di un'antitesi. La funzione di dettare il diritto nelle controversie (*iurisdictio*) divenne uno strumento potente per esaltarne il carattere statutale e insieme trasformarne rapidamente la compagine, assecondando gradualmente le esigenze mutevoli della giustizia sociale, dell'*aequitas*, come in lingua romana usa dire. L'influenza del magistrato giurisdicente e l'azione in generale dello Stato nella giustizia venne in questo tempo cresciuta dalla celebre *lex Aebutia*, la quale, abolita l'antica procedura per *legis actiones*, diede facoltà al Pretore di redigere per iscritto un'istruzione secondo la quale il giudice doveva giudicare; mentre al tempo stesso venivano per le cause più importanti istituiti dei tribunali eletti dal popolo, i *decemviri* e i *centumviri*. L'istruzione rimessa dal Pretore al giudice dicevasi *formula*, e da essa la nuova procedura tolse il suo nome: *per formulas* o formulare. Rispettando esteriormente la legge, il Pretore si valse di un'invenzione caratteristica per eludere i principi e rapporti iniqui, perchè non rispondenti più ai nuovi bisogni sociali, l'*eccezione*, con cui s'imponeva al giudice di non condannare il convenuto, nonostante la

legalità delle pretese, se alcune circostanze di fatto espresse nella formula si verificavano a suo favore; e dall'altra parte il Pretore ampliava il campo dei rapporti giuridici, ed estendeva la sua protezione anche là dove i requisiti richiesti dalla legge non concorrevano interamente o non concorrevano punto, mediante la creazione di formule utili, fittizie, *in factum*. Finalmente in molte controversie, senza rinviare la questione dinanzi al giudice, prendeva a decidere egli stesso contro l'ordine solito (*extra ordinem*), e i due mezzi più celebri di questa procedura straordinaria sono gl' *interdicti*, comandi condizionali, analoghi alle formule, ma direttamente rivolti alle parti, e la restituzione in intero (*restitutio in integrum*), la quale cancella radicalmente in determinate circostanze lo stato di diritto che si era costituito sulla base di certi fatti. Le nuove regole giuridiche, che sostanzialmente veniva a introdurre il Pretore, solevano essere a principio dell'anno della carica annunciate in un Editto che, a differenza delle ordinanze emesse via via secondo le circostanze, veniva detto *edictum perpetuum*. Esso non costituiva nuovo diritto, perchè il Pretore non era legalmente una *fons iuris*: erano precetti del magistrato, e avevano la loro base nell'impero di esso. Cessato l'ufficio del Pretore, cessavano di aver vigore i suoi precetti. La forma stessa delle prescrizioni ne rispecchia il carattere: il Pretore non dice con le XII Tavole: *ita ius esto*, bensì: *iudicium dabo*. Non dimeno i Pretori successivi usano rinnovare l'Editto del predecessore, mutando o aggiungendo solo quanto occorre ai nuovi bisogni; e così venne a formarsi una massa considerevole di norme perpetue come le leggi, che passando di Pretore in Pretore costituirono il così detto *edictum translativum*. Ai Pretori stessi la legge *Cornelia* (a. 67 a. C.) proibì di mutare durante l'anno della carica gli Editto an-

nunciati a principio. Per tal modo accanto al diritto civile venne di fatto a costituirsi un diritto pretorio, che dalla carica (*honor*), onde emanava, prende il nome di *ius honorarium*: e si ebbe una vera proprietà pretoria, nella quale questo magistrato prescinde dalle primitive forme civili di trasferimento, si ebbero in larga misura obbligazioni sancite dal Pretore e tutto un diritto di successioni in cui il Pretore, abbandonando la base della famiglia politica, attribuisce con le *bonorum possessiones* il godimento dei beni secondo i più cari vincoli di sangue, la base della famiglia moderna. E in generale i principi e gl' istituti per cui s'introdussero in progresso di tempo i termini augusti ed eterni, *ius naturale* e *ius gentium*, il primo un portato schietto della filosofia greca, il secondo una formula romana, ma entrambi nutriti dallo spirito e dall'osservazione positiva della giurisprudenza romana, tendono già per opera del Pretore a sopraffare il *ius civile* in senso stretto o il *ius Quiritium*, le forme e gl' istituti vietati e originalissimi della severa città dei Quiriti.

Anche l'interpettazione del diritto si emancipa dal *Collegio dei pontefici*, che nei tempi del Comune cittadino ne aveva custodito l'esercizio esclusivo e le tradizioni formalistiche. Due fatti salienti si ricordano: Caio Flavio, liberto di Appio Claudio il Cieco, rende pubblico il *liber actionum* dei pontefici (a. 304 a. C.) e il pontefice Tiberio Coruncanio (console nel 280, morto nel 243) per il primo dà pubblici responsi. La missione del giureconsulto è assai larga e vitale: non v'ha compito della vita pratica che ne esuli, dall'acquisto di un fondo al collocamento di una figliuola. I due lati essenzialmente giuridici sono il *cavere*, cioè l'insegnar cautele (*cautiones*) ne' negozi giuridici, e il *respondere*, dar responsi su casi pratici ai numerosi consultatori generalmente mattutini.

Non essenziale invece, anzi piuttosto escluso è l'ufficio dell'*agere* o difendere in giudizio, per cui si rinvia volentieri all'oratore o all'avvocato, istituto distinto. Più tardi s'inizia un'attività più propriamente scientifica colla determinazione di regole tradizionali o creazione di regole nuove, le quali *regulae*, elaborazione logica del diritto consuetudinario o scritto, costituirono la prima base dei principî generali di diritto; infine dal *respondere*, cui assistono giovani *auditores*, si svolge la discussione e l'insegnamento. Collezioni di *cautiones*, di *responsa*, di *regulae* sono anche le prime scritture. Così all'attività del giureconsulto si aggiunge anche da un lato l'*instituere* in via elementare e l'*instruere*, dall'altro lo *scribere*.

Nobile ufficio aristocratico (ignorare il diritto *turpe erat patricio et nobili*) e insieme professione gratuita e popolare, il dar responsi era strada agli onori per alcuno, così da impermalirsi se il popolo volesse *consulere* e non far console, per altri degno riposo senile: l'aristocratica e semi-feudale protezione, da cui l'ufficio si svolse, rimane ancora impressa ne' termini di patrono e cliente. Il giureconsulto, dice Cicerone, è l'oracolo della città intera. I nomi dei giureconsulti di maggior grido a noi pervenuti ci presentano una eletta schiera di consoli, censori, pontefici, auguri: la maggior parte hanno percorso grado per grado tutta la scala degli onori: si nota di alcuno, che ha raggiunto solamente la pretura. Sul finire della repubblica peraltro la passione cresciuta per lo studio al contatto colla filosofia e colla coltura ellenica esaltò questa vocazione scientifica nazionale e fece che illustri personaggi rinunciassero volentieri alla carriera degli onori: Ofilio non fu se non cavaliere, Trebazio forse solo tribuno militare, Gallo Aquilio, intelligenza fertilissima, pretore nell'86 a. C., non volle esser fatto console per consacrarsi

intero allo studio della giurisprudenza, vivendo più tempo ritirato a Cercina, un'isola della piccola Sirti.

Sul finire della repubblica incominciano anche i primi tentativi di un ordinamento sistematico del diritto. Come fondatori del *ius civile* si ricordano della generazione anteriore M. Manilio console nel 149, M. Giunio Bruto e P. Mucio Scevola, console nel 133: ma fra i numerosi giureconsulti di questa fiorente primavera del pensiero giuridico emergono su tutti i nomi di Q. Mucio Scevola, figlio del precedente (il culto del diritto era in alcune famiglie, i *Claudii*, gli *Elii*, i *Mucii*, ereditario), nato nel 140, ucciso nel 95 durante i torbidi mariani, e S. Sulpicio Rufo, console nel 51, morto nel 43; mente solida il primo, talora scolastica e sottile troppo, intelletto vivace e geniale Servio. Risale a quest'epoca l'organizzazione dei concetti e degli istituti di diritto, proprietà, possesso, servitù, obbligazioni, eredità e simili.

Se non che la missione storica della giurisprudenza romana trascende la mera interpretazione e l'organizzazione del diritto. Il diritto era allo stato di nebulosa; le basi fondamentali nelle consuetudini, inerenti allo spirito dell'antico popolo sin dall'epoca gentilizia e prestatale, una serie slegata di precetti nuovi nelle leggi dello Stato e nell'Editto. Nuove consuetudini di carattere diverso si sviluppavano dalle *cautiones* ordinate dalla giurisprudenza stessa, come si sviluppano oggidì nel campo commerciale dalle clausole costantemente aggiunte ai contratti. La crisi economica e psichica dell'antico popolo premeva. In simili condizioni l'opera d'interpretazione e organizzazione suol essere più o meno velatamente creativa. Un principio fondamentale dell'evoluzione, che la vita sociale, come la vita organica, può trovare negli stessi organi esistenti i mezzi per soddisfare a nuove

funzioni, fu applicato dalla giurisprudenza con logica precisa e insuperabile maestria. A un precetto antico si attribuiva uno scopo, una funzione diversa e più vitale, e, conforme ai nuovi bisogni, veniva a volte estensivamente, a volte restrittivamente interpretato o formulato; un precetto vieto veniva esaurito con eccezioni o principi singolari. Così anche nella sua funzione legislativa, espressamente riconosciuta dai Romani che annoverano la giurisprudenza tra le fonti del *ius scriptum*, essa non abbandona la sua base logica e i suoi metodi tecnici.

\*  
\* \*  
\*

15. Senonchè la nuova crisi portata dall'espansione mondiale di Roma non ebbe nel campo del diritto pubblico una soluzione altrettanto felice o per lo meno così tranquilla come nel campo del diritto privato: e qui si rivelò in modo grandioso il vizio fondamentale della costituzione classica dello Stato-città, che ancora occupava le menti dei nostri grandi uomini nell'epoca del Rinascimento. La guerra Annibalica (218-200) aveva tratto il senato romano contro il suo proposito e il popolo a malincuore oltre i mari italiani a rompere in Ispagna, in Macedonia, in Grecia, in Oriente la rete politica, tessuta dal genio del formidabile nemico. Le conseguenze di questa lotta son note: Roma, lungamente repugnante, per necessità storica e per la fatale tendenza della politica antica, si trovò nello spazio di 60 anni signora del bacino mediterraneo, popolato di nazioni barbare all'Occidente, di nazioni culte e floride, ma svingorite in Oriente, ed erede dell'alta civiltà elleno-orientale. L'inattesa fortuna scalzò gli ordini della repubblica e corruppe la vita sociale. Essa accentrò e consolidò le cariche dello Stato, rese ora accessibili solamente ai ricchi, poichè, mentre la

origine cittadina le manteneva gratuite, la repentina fortuna ne aveva terribilmente cresciuto gli oneri, in una ristretta aristocrazia plutocratica: essa crebbe le ricchezze di questa classe, tratta a rifarsi nel governo provinciale col lauto mantenimento e più colle concussioni da parte dei governatori, cogli appalti, le speculazioni, le usure da parte dei finanzieri; essa crebbe la miseria del popolo colle campagne trasmarine, e col tremendo stuolo di schiavi che le conquiste trascinavano in Italia e la conseguente distruzione del lavoro libero e del ceto medio, nerbo e onore della repubblica ne' suoi bei tempi; essa infine generò la formazione dei due celebri partiti della crisi in cui la repubblica soccombe, il partito senatorio o aristocratico e il partito popolare o democratico. L'antico patriziato sopravvive più ch'altro come casta sociale; la nuova classe che al suo posto emerge sul popolo e con la quale il patriziato istesso politicamente si confonde, è la nobiltà, costituita dagli uomini noti (*nobiles* da *nosco*), perchè discendenti di famiglie che avevano esercitato le cariche maggiori o curuli. Raramente un *homo novus* rompe questa barriera, sicchè le dignità dello Stato divengono di fatto ereditarie nelle grandi famiglie. La battaglia si combatte tra la potenza reale del senato e la sovranità legale delle assemblee popolari, organo peraltro assolutamente disadatto a reggere il dominio mondiale: strumenti ne divennero nuovamente i tribuni colle risorgenti leggi agrarie. Ma non è soltanto la corruzione delle classi elevate, non la degenerazione del popolo, che oscura in questo periodo l'orizzonte politico e rende impossibile una tenace, ma incruenta lotta: è l'oscurità istessa del fine, l'incertezza dei mezzi per uscir dalla crisi. L'una parte inclinava, senza averne coscienza, verso lo Stato oligarchico; l'altra era trascinata dalla malsana esagerazione della so-

vranità popolare e del principio elettorale alla restaurazione della monarchia.

Se non che un diverso contrasto rende più torbida la lotta interna, già abbastanza intorbidata dalla confusione delle mire politiche e delle ambizioni personali. Il sistema federativo aveva fallito nell'amministrazione d'oltre mare; e dopo i primi tentativi Roma era stata costretta a instaurare in questo corpo sparso e vario di regni e città libere, tra cui un vincolo federale non aveva nessuna base d'interessi comuni, la dominazione diretta, per la quale i *dediti* o *dediticii* venivano assoggettati all'amministrazione militare, senza debito di servizio negli eserciti come gli Italiani, ma coll'onere del tributo fondiario (*stipendium*: più tardi *vectigal*). Speciali Pretori sono inviati a reggere le *provinciae*, ovvero consoli e pretori uscenti di carica o senatori con incarico straordinario. La pressione dei governatori delle *provinciae* finitime annienta di fatto anche l'azione libera degli Stati autonomi. Ma nella penisola stessa il sistema federativo ora vacilla. Gli Italiani, che come fidi alleati avevano seguito i consoli su tutte le terre bagnate dal Mediterraneo, che per 60 e più anni avevano combattuto oramai non più per difendere il territorio della patria comune, ma per conquistare a profitto di Roma lontani e fiorenti paesi, intendevano ora alla parità politica colla città vincitrice per virtù loro. E invece ora appunto il dominio mondiale cresce l'orgoglio del popolo e del senato: ora incomincia a pesare sugli Italiani lo sfregio superbo della città e de' suoi signori: esclusi gli Italiani dal terreno pubblico, dai premi militari: violate dalle leggi comiziali o dall'impero dei magistrati le loro autonomie, violate dai nobili le loro libertà personali, usurpati con aggiudicazioni inique al popolo romano i loro territori; a quando a quando espulsi in massa dalla città: cre-

sciuti invece i carichi finanziari e i contributi militari insino ai due terzi dell'effettivo. Fra non molto anche il *ius migrandi*, diritto antico e reciproco delle città della lega, già prima ridotto ai soli magistrati dei municipi, sarà totalmente abolito (a. 95 a. C.). Nulla dolse tanto agli Italiani. Ma caratteristica in questi torbidi eventi è l'alleanza dei capiparte democratici cogli Italiani: caratteristica è l'accusa di « favorire gli Italiani », che emerge fuori dalle lotte politiche. Dal punto di vista politico tali rapporti costituirono spesso atti di vera fellonia e furono a un punto di perder lo Stato: dal punto di vista storico e nazionale noi dobbiamo giudicarli altrimenti.

Aperse la battaglia e segnò la nuova divisione dei partiti un politico generoso, Tiberio Gracco. Ma il sentimento più francamente italiano fu spirato da Scipione Emiliano (1), il più gentile e pensoso carattere della repubblica romana. Fu questi il primo uomo politico accusato di tradir la repubblica per gli Italiani, il primo che in tuono di rampogna pei degeneri Quiriti profferì il nome d'Italia nel Foro. Con calore si oppose in senato alla proposta di Carbone, che minacciava di spogliare gli Italiani del godimento delle terre pubbliche possedute: chiuse la sua memoranda arringa, dichiarando di voler parlare il giorno appresso nel Foro. All'uscire dal senato lo accompagnava a casa una folla d'Italiani esultanti: il giorno appresso seguivano da lungi il feretro del loro patrono assassinato.

Passò la proposta di Carbone, nuova cacciata degli Italiani, cui si oppone indarno il giovane Caio Gracco, cresce l'astio tra Italiani e Romani. Ma qui il partito popolare compare con un uomo veramente grande. È merito di

---

(1) Secondo Velleio, già Tiberio Gracco avrebbe promesso la cittadinanza a tutta Italia e invocato gl'Italiani (VELL. PATERC. *Hist.* 2, 2; 2, 3).

Caio Gracco di aver denunciato con passionata eloquenza lo sfregio dell'aristocrazia senatoria sull'Italia, le violenze ai privati, gli oltraggi sanguinosi ai magistrati delle città per follia boriosa o capricci donneschi. Tutto lo sforzo politico e oratorio di Gracco fu di persuadere il popolo di Roma a far causa comune cogli Italiani. Le sue leggi agrarie, con nuovo esempio, comprendevano Romani e Italiani: Romani e Italiani dovevano pure comprendere le sue colonie, progettate con nuovo esempio oltre i mari, repugnanti i politici dello Stato cittadino, che temevano nelle colonie trasmarine metropoli rivali di Roma: ed era disegnata ai coloni italiani la cittadinanza romana. Finalmente nel secondo anno, pare, del suo tribunato (122 a. C.), avanzò l'audace proposta di concedere agli Italiani la cittadinanza (1); mentre a conciliare il favore del popolo inoltrava le sue celebri leggi frumentarie non sempre rettamente apprezzate. Ma l'egoismo del popolo reagì: fu accusato Gracco di muovere a sollevazione gli alleati. Non comprendete, arringavano i consoli, che gli Italiani vi schiacceranno nelle assemblee, vi caceranno dai posti ne' teatri? Nuovamente si minacciò la cacciata degli Italiani: finalmente s'indusse un tribuno della plebe, Marco Livio Druso, a porre il veto alla legge per la cittadinanza agli Italiani, allargando pur la mano sulle altre. Gracco fu perduto. Lui e il fratello piansero gl'Italiani.

Chi riprese, trent'anni dopo (92-91 a. C.), i disegni italiani dei Gracchi fu un giovane aristocratico, figliuolo precisamente di quel Druso, che li aveva avversati, colto, intrepido, eloquente, immacolato; natura non così geniale come quella di Gracco, ma anche meno oscurato l'animo

---

(1) *Dabat civitatem omnibus Italicis. Extendebat eam pene usque Alpes*, dice VELLEIO (*Hist.* II, 6), cioè ben oltre i confini dell'Italia d'allora. Ma così alla lettera la cosa è poco probabile.

dalle passioni. Ed ecco nuovamente voti in tutta Italia per la salute del tribuno, ecco a stormi gli Italiani e gli ardenti capi del movimento farsi alla capitale. Ma l'opposizione si scatenò colla consueta violenza: accusati Druso e gli amici suoi, non escluso l'accorto statista Marco Scauro, capo del partito senatorio moderato, di tradir la repubblica per gli Italiani: si bucinava di congiure ordite da Druso cogli Italiani, di congreghe, di giuramenti terribili. Concioni violentissime in senato e nel Foro. Il tribuno insidiato si guarda e non esce di casa; ma un coltello da pellicciaio lo colpiva nei lombi una sera nel dar commiato ai numerosi visitatori, e il generoso uomo spirò poche ore dopo, ripetendo tra il pianto degli amici, che la repubblica non avrebbe trovato un cittadino simile a lui.

L'oligarchia fece le sue vendette sui « favoreggiatori degli Italiani ». Dichiarati rei di lesa maestà, molti personaggi illustri e consolari furono condannati, molti n'andarono in esilio. Ma il calice era colmo. L'uragano addensato scoppia in Ascoli e in un baleno si propaga per la penisola, pronta alla sollevazione. Fu convocata una generale assemblea, cui intervennero i delegati di otto popoli italiani dal Piceno alla Lucania, fu redatta e spedita a Roma una grave nota. Il Senato rispose duramente e la guerra italiana (*bellum italicum*), detta anche degli alleati (*bellum sociale*), divampò (a. 91 a. C.).

La federazione italiana si volgeva ora ai danni di Roma, dei municipi e delle colonie romane. *Italia* è il nome del nuovo Stato. Furono eletti due consoli italiani, dodici pretori, fu eletto un senato italiano, assemblea generale della lega, di 500 membri. Ancor oggi nel cuore dell'Appennino abruzzese il viandante mira le ruine della vetusta Corfinio, ribattezzata in questo anno 90 col nome

di *Italica* ed eletta capitale della lega: ancora oggi si conservano delle monete colla leggenda « Italia » sul diritto: sul rovescio è il nome dei popoli collegati e il simbolo dell'antico popolo italico, il toro, rappresentato in atto di affondare le sue corna poderose entro la testa della lupa romana.

Fu questa forse la più pericolosa guerra combattuta da Roma (1), certo l'unica da cui non uscì vincitrice se non per via di concessioni. Al primo scoppio un esercito consolare disfatto, il console ucciso: la notizia della disfatta recata dai cadaveri trasportati lentamente a galla dal Liri. Emissari italiani correvano tutta la penisola: l'alta Umbria e l'Etruria, le stesse colonie latine della valle del Po, i Galli romanizzati di qua e di là dal Po accennavano a far causa comune colla lega. Se non che mancò agli Italiani la direzione politica e militare d'un Cromwell o d'un Washington, e Roma ne disgregò facilmente gli interessi e la compagine. La guerra era odiosa; sui campi stessi di battaglia si videro un giorno, durante il colloquio dei duci, i soldati delle opposte schiere fraternizzare, chiamarsi per nome, salutarsi; pareva, dice Diodoro, che gli ordini nemici fossero diventati una pacifica assemblea. Il partito senatorio moderato e il sentimento di coloro ch'erano « di cuore amici, per necessità nemici degli Italiani » prevalse e fu presentata dal console Lucio Giulio Cesare (a. 90) una legge per concedere la cittadinanza agli Italiani che non avessero preso le armi o si fossero ritratti dalla guerra: un'altra legge diede facoltà ai comandanti di concedere in campo la cittadinanza agli Italiani che combattevano sotto di loro; in modo assai onorifico venne accordata per plebiscito ai più

(1) *Nec Hannibalis nec Pyrrhi tanta fuit vastatio*, dice FLORO (III, 18).

eminenti personaggi: finalmente la legge *Plotia Papiria* (a. 89) accordava la cittadinanza a tutti gli Italiani indistintamente sino al Po, la legge *Pompeia* la semicittadinanza o latinità ai Galli romanizzati di là dal Po. Per la prima volta e per l'ultima il Senato romano abbandonava la sua fiera massima « perdonare ai sottomessi e debellare i superbi ». La lega, ridotta da ultimo a due soli popoli, fu debellata. Presa Italica, presa Boviano, il Senato italiano tenne per l'ultima volta le sue sedute a Isernia, poi si disperse. Sulla fine dell'89, i consoli poterono celebrare il lugubre trionfo sui vinti Italiani.

Ma nè l'incendio era domato, nè la costituzione cittadina era oramai più sostenibile. Mentre un esercito romano campava ancora davanti a Nola, il console democratico depresso, Cinna, e lo spirito vendicativo di Mario risuscitano la sollevazione e col braccio degli Italiani si insignoriscono della città e del potere. Cinque anni lo tenero, finchè Silla non fu di ritorno dall'Asia. Si combatte allora la prima guerra civile. Ma era guerra tra Italiani e Romani (1). Il 23 agosto dell'anno 82 a. C., a sera, un grosso

---

(1) Il comando Mitridatico e la scellerata vanità militare di Caio Mario fornirono soltanto la scintilla della guerra. Questa scoppia, si può dire, dopo la morte di lui. La distinzione delle due guerre, il *bellum italicum* o *sociale* e il *bellum civile*, ha quasi una base di legalità formale: gli Italiani erano stati fatti dalla *Lex Plotia Papiria* cittadini romani. Se non che organizzare nella costituzione cittadina la massa degli Italiani era impresa irta d'insuperabili difficoltà, non volendo abbandonare la base delle 85 tribù locali e non volendosi poi dal partito moderato distribuire i nuovi cittadini in tutte le tribù, ma solo in poche, come gli schiavi liberati, per non schiacciare nel voto la vecchia cittadinanza. Sicchè l'ammissione degli Italiani non valse se non a fornire arme ai politici immorali e a trasformare in lotte cruento le stesse assemblee popolari (*bellum Octavianum*). I Sanniti poi, la vera forza della battaglia di Porta Collina, non vollero mai saperne del dono.

esercito italiano, sotto la guida di Ponzio Telesino e Tito Lamponio, campava alle mura di Roma, presso la porta Collina, non lungi dall'attuale Porta Pia, sulla istessa linea. Ponzio arringava i soldati: « Esser l'ora di distruggere dalle fondamenta la città; chè giammai i *lupi rapitori della libertà italiana* non verrebbero meno, finchè non fosse interamente abbattuta la selva dei loro covili ». L'arrivo impetuoso di Silla il mattino del 24 sospese l'assalto alla città indifesa. Non mostrò mai Silla un più intrepido valore, ma le stanche milizie romane sul far della notte cedevano da tutte le parti. Era, dice Plutarco, il combattimento di un fresco atleta contro un avversario spossato. Già fuggiaschi romani correvano fin sotto Preneste, gridando che tutto era perduto, la città presa dagli Italiani, Silla caduto. Già il pianto e gli urli delle donne risonavano, si narra, per le vie di Roma e rendevano certo più cupa l'angoscia dei vinti sotto le mura, cui non restava altro partito che di seppellirsi sotto le ruine della città e dello Stato. Vinse nondimeno ancora una volta il destino e la costanza dei Romani. L'arrivo di Crasso nella notte del 24 e la rapida congiunzione di Silla decisero il 25 agosto 82, a notte fatta, la più contrastata e cruenta, la più mesta vittoria delle armi romane.

Fu questo il solenne funerale dell'antica Italia. L'orrore della reazione Sillana fu pari all'estremo pericolo corso: 8000 prigionieri italiani scannati, le terre italiane spogliate dei loro diritti, seminate di stragi, città vendute all'incanto, sparsi per la penisola come coloni i feroci soldati sillani, il partito democratico mietuto colle sanguinose proscrizioni. Dalla Spagna al Ponto Eusino le province e le Corti dell'Oriente formicolavano di democratici proscritti, di fuorusciti italiani.

La vittoria politica e militare era pel momento rimasta

al partito aristocratico e alle tradizioni dell'antica Roma. E se agli ottimati fosse riuscito di costituire una vera oligarchia legale ed ereditaria sulla foggia della veneziana, avrebbero potuto segnare fors'anco una durevole storica vittoria: ma a tanto non giungevano le mire del partito, nè l'audacia dei suoi capi. Il tentativo Sillano di ricondurre ai suoi principi la costituzione, umiliando l'organo rivoluzionario del popolo, il tribunato, cui venne sottratta la facoltà di proporre leggi e di porre il veto alle proposte consolari e ai senatoconsulti, e consolidando tutta l'autorità governativa e centrale nel Senato, abbassato l'ordine dei cavalieri e distrutta persino la potestà dei consoli fuor dei confini della penisola, non ebbe che il risultato dei palliativi. Così vinse il partito democratico, cui nell'ultima sua fase, dopochè la lotta dei partiti era discesa ancora più in basso, venne un duce di tal genio da scorgere i vizi dello Stato cittadino e un continuatore di talento politico elevato e squisito.

\* \* \*

16. Ma con la costituzione cittadina ebbe anche fine la libertà cittadina. L'antichità non conobbe il modo di organizzare un grande Stato a istituzioni libere. Nondimeno la fondazione dell'impero si deve ormai considerare come una benefica rivoluzione, che salva lo Stato romano e la civiltà antica. Non giova certo collocar sugli altari chi vinse e chi regnò, rinnovando sott'altra forma l'adorazione del divo Giulio: gli uomini che operarono quel rivolgimento vissero in epoca troppo storica e noi li conosciamo troppo, perchè si possa figurarli pure immagini d'eroi e disinteressati ordinatori di un nuovo stato di cose; ma devesi pur convenire che la personale ambizione ebbe nella forza delle cose la sua spinta e la sua giustificazione.

L'oligarchia senatoria si era mostrata rapace e incapace a esercitare un severo controllo sui suoi membri, il governo inetto a funzionare se non per via di poteri straordinari, sottratti all'annalità, alla collegialità, ai limiti di competenza, l'assurda macchina dei comizi cittadini era sconquassata dalla concessione della cittadinanza agli Italiani. La stessa base locale delle 35 tribù reagiva all'ampliamento della cittadinanza e dello Stato dominatore. L'invincibile imbarazzo del legislatore nella distribuzione dei nuovi cittadini, il contrasto e la reazione contro il diritto degli Italiani nelle turbolenze che seguirono, ebbero nella costituzione una base fatale.

L'anno 45 a. C., Cesare era pacifico signore dell'Italia e si accinse a riordinarla. La cittadinanza venne definitivamente assicurata a tutti gli Italiani ed estesa ai Galli italianizzati di là dal Po: il nome di provincia abolito per la bella regione padana e per la prima volta il nome d'Italia esteso ufficialmente sino all'Alpi. Fu apprestato anche un progetto per concedere ai Siciliani la latinità. Il Senato da 300 membri elevato a 900, integrandolo generalmente con uomini tolti alle nuove comunità di cittadini. Grave scandalo nei discendenti dei Fabi, dei Corneli, dei Marcelli veder salire alla Curia i Galli, che, si ripeteva satireggiando da tutti, seguivano dianzi il carro del vincitore; nessuno, chiedevasi come un tratto di spirito, doveva insegnar la via del Senato ai senatori nuovi. Finalmente una legge famosa del dittatore, di cui restano frammenti, la *Lex Iulia municipalis*, riordinò in guisa uniforme la costituzione federativa e municipale d'Italia, ricomprendovi Roma stessa, ridotta il primo municipio d'Italia, cioè in sostanza la sua capitale. La tribù cessò di esser la sede del cittadino romano e divenne il titolo personale significante l'appartenenza allo Stato e alla

patria comune, Roma, dalla quale si distinguerà ora l'origine o patria locale.

Mutate le venerande magistrature repubblicane, consoli, pretori, edili, questori, elette dalla città di Roma, in magistrature meramente municipali, il governo generale dello Stato, privo quasi di organi dopo la strana riforma costituzionale di Silla, s'incetra in una magistratura nuova, sottratta ai comizi e, per quel che possiamo indurre sia dalla condotta di Cesare, sia dal sistema ereditario romano, sia dal regime posteriore, rinnovantesi da sè stessa per designazione del successore, secondo l'antico spirito della costituzione romana: magistratura per la quale la storia tra le varie denominazioni assunte da Cesare ha consacrato quella d'imperatore. Il nuovo ordinamento fu stabilito in un anno: fu però un anno assai lungo, di 445 giorni, perchè cade in esso la celebre riforma del calendario. L'anno della confusione venne detto dai contemporanei, l'*ultimo* anno della confusione dalla posterità. Ed era anche l'ultimo anno della confusione politica.

Così Roma si è definitivamente annegata nell'Italia: è questo il suo destino, è questa la sua perenne redenzione. L'anno 44 dall'Alpi ai mari è un solo popolo, che d'ora innanzi fa sue le glorie e la storia di Roma, Romani di diritto, Italiani di nazione: tutta Italia è un territorio sacro e privilegiato, esente dall'occupazione militare e dall'imposta fondiaria, il *solum italicum*. La città-Stato fa luogo definitivamente a uno Stato federativo di città, com'era in fondo la federazione italiana del 90 a. C., con organizzazione unitaria, incentrata l'autorità governativa generale nell'imperatore e nel Senato.

Come Scipione Emiliano, come i Gracchi, come Druso, anche Cesare non isfuggì al suo destino. L'ultimo archi-

tetto della nazione italiana e il nuovo ordinatore dello Stato, il solo politico di Roma il quale perdonò sempre e invariabilmente due, tre volte, ritrovando sui vari campi della guerra civile gli stessi avversari, con uno spirito d'umanità raro in ogni tempo, affatto sorprendente poi dopo le orrende stragi Mariane e Sillane (1), però vittima di una congiura orditagli contro da nobiluomini perdonati e beneficati, il 15 marzo dell'anno 44. Ma l'opera aveva oramai basi troppo solide, perchè potesse perire con lui.

Il disegno generale della nuova costituzione quale nell'anno 27 a. C. fu definitivamente stabilita dall'erede di Cesare, in forza de' poteri straordinari *rei publicae constituendae* conferiti dal popolo ai triumviri, è quello stesso di Cesare in linee meno sicure e decise. Esso pone al disopra delle magistrature repubblicane una magistratura nuova, non più annale, ma vitalizia, nè più essenzialmente collegiale; avente sua base per le province nell'impero proconsolare, che ora l'imperatore riassume in sè solo per tutte le province (*imperium infinitum*), e nell'Italia sulla potestà tribunizia, assunta per le sue tradizioni democratiche e pel suo carattere eminente e inviolabile; alla potestà tribunizia, in sè vuota di funzioni po-

---

(1) Di carattere mitissimo (*natura lenissimus*), dice Svetonio (*Caes.* 78), egli non si adirava se non con misura (*moderate*). Il tratto non corrisponde al parallelo che si suol fare col gran capitano moderno, di cui son celebri quasi al pari delle battaglie i teatrali scoppi d'ira. È noto che nelle prime fasi della guerra, Cesare rilasciò gli ufficiali prigionieri senza esiger nemmeno alcun impegno d'onore: i suoi fatti prigionieri dopo la sconfitta patita a Durazzo furono scannati dai Pompeiani. Di delitti come l'uccisione del duca d'Enghien egli fu puro; fuori del campo di battaglia, nota Velleio (II, 52), la città non ebbe a deplorare la perdita di un solo oittadino. I Moreau, i Pichegru ottennero da lui grazia, favori e agio a tradirlo.

sitive, s'aggiungono peraltro, con una serie di clausole all'atto del conferimento, gravi diritti, giurisdizione civile e criminale, diritto di far nuovi cittadini e nuovi patrizi, diritto di pace e di guerra. Il capo dello Stato ha il vago titolo di *princeps* e il nome familiare di *Caesar*, e soltanto in seguito prevale il titolo dell'impero proconsolare. Nella nomina del successore riacquista vigore, in modi larvati, il sistema puro della designazione fatta dal predecessore, sicchè non è forse esatto il riguardare la carica imperiale come una magistratura straordinaria di volta in volta stabilita (1).

In realtà è il predecessore che nomina il proprio successore nell'impero, il quale all'atto della designazione riceve dal tempo di Adriano il titolo di Cesare: se il Senato gli conferisce l'impero proconsolare, il popolo la potestà tribunizia (non il tribunato), l'uno e l'altro conferimento hanno carattere meramente formale e si riducono all'acclamazione del chiamato all'impero (2).

Le vecchie magistrature repubblicane durano tuttavia. Ma da un lato la stessa trasformazione della città-Stato

(1) Certo la continuità, l'immanenza vera della sovranità è assicurata soltanto dall'ereditarietà, nel senso moderno della parola: ma ciò vale tanto di fronte al sistema della designazione, quanto di fronte all'elezione. Perciò SPENCER attribuisce tale importanza « per la stabilità dell'organizzazione sociale » all'introduzione del principio di eredità. V. *Principes de sociologie*, c. VI, § 475.

(2) Nè credo poi che il Romano potesse attribuire ai pretoriani o alle milizie, quali rappresentanti del popolo, sia ora, sia ne' tempi più tardi, per cui lo si assevera con maggior sicurezza (e in cui del resto col sistema Diocleziano dei due Cesari posti accanto agli Augusti la designazione è legalmente regolata con maggior fissità ed evidenza), una vera influenza legale più di quel che ne riconosca uno storico arabo o persiano sotto gli Abbassidi alle milizie turche, che pure innalzano per donativi al Califfato, depongono, ammazzano egualmente.

in uno Stato di città e di province dipendenti ha reso facile di ridurle alla condizione di mere magistrature municipali e dall'altro lato la gelosia imperiale ne combatte l'ombra gloriosa. Nell'anno stesso si succedono più collegi consolari, e, quel che più importa, nuovi uffizi di nomina imperiale esauriscono nella città stessa le antiche potestà: il *praefectus praetorio* o comandante delle guardie imperiali, il *praefectus vigilum, annonae*, curatori speciali al posto dei censori, e principalmente il *praefectus urbi*, ristabilito da Tiberio, con vasta competenza, che annienta via via il governo dei consoli e degli edili nella città.

Ai comizi Tiberio tolse il potere elettorale sin dai primi tempi del suo regno (14 d. C.), trasferendolo al Senato. Il potere legislativo ridotto a mera forma di acclamazione della proposta del magistrato va scomparendo poco di poi, nè è parola di comizi legislativi dopo l'imperatore Nerva. Così la vecchia fonte costituzionale della legge inaridisce, e lo stesso termine scompare per le nuove sanzioni giuridiche fino allo stabilimento dell'assolutismo imperiale nell'epoca romano-ellenica.

In quella vece crebbe nelle apparenze l'autorità del Senato, con cui l'imperatore affettò di dividere il governo. L'equilibrio, più sovente l'antagonismo tra l'imperatore e questo alto consesso, unico depositario delle tradizioni e dello spirito repubblicano, costituiscono il giuoco politico e il costante motivo storico della prima epoca imperiale, durante la quale il centro dello Stato è sempre l'Italia.

Il Senato serba la custodia dell'erario, che si distingue ora dal fisco o tesoro del principe, consegue la giustizia criminale, l'appello delle cause civili, eredita definitivamente con Tiberio il potere elettorale tolto ai comizi. Lentamente anche il potere legislativo dei comizi passa

al Senato. I germi della nuova funzione risalgono all'epoca anteriore. Sin dal tempo della repubblica, il Senato aveva facoltà di sciogliere dall'osservanza della legge in casi urgenti: la ratifica popolare, in origine riservata e osservata, in seguito soltanto riservata, venne da ultimo totalmente negletta (1). La vera e positiva potestà di legiferare s'insinua in guisa analoga.

Lo svanire a grado a grado dei comizi legislativi diede tutto il peso al parere del Senato (*senatusconsultum*). Questo peraltro non vincola se non in quanto il Pretore lo inserisce nel proprio editto, sicchè nella sua prima fase fino all'epoca di Adriano il senatoconsulto s'impone, come le norme stesse del magistrato edicente, in forza dell'impero del magistrato stesso. Dai tempi di Adriano però il valore del senatoconsulto è agguagliato alla legge, e ne prende il posto, e, benchè con qualche contrasto, l'usurpazione è riconosciuta dalla dottrina costituzionale sotto gli Antonini.

Il Senato finalmente divide coll'imperatore l'amministrazione delle province, che si distinguono in *provinciae Caesaris* e *provinciae senatus vel populi romani*, le prime governate da *legati Augusti, praefecti* o *procuratores* coll'assistenza di ufficiali di loro nomina per l'amministrazione finanziaria e la giurisdizione, le altre da proconsoli coll'assistenza di questori.

Nonostante questi poteri peraltro il Senato è poco più che una mostra o uno strumento dell'autorità imperiale. Da un lato la radice occulta di tutta la sua forza, il debito del magistrato annale di chiederne e seguirne il pa-

---

(1) *La lex Cornelia* del 67 a. C. non conseguì l'effetto voluto di restituire al popolo questo diritto, giacchè la ratifica popolare non poteva essere negata e veniva quindi ridotta a mera formalità.

rere, è tronca sin dalla costituzione dell'impero, dall'altro lato quasi ognuna delle facoltà ad esso conferite viene ad essere eliminata o controbilanciata da una facoltà più grave dell'imperatore. La stessa nomina dei senatori, che nella forma è ora cangiata in cooptazione indiretta del Senato stesso, poichè è appunto esso che conferisce le magistrature repubblicane cui si lega il diritto al seggio, viene ad essere annientata dalla *commendatio* imperiale del candidato e in seguito dalla facoltà via via più largamente usurpata della *adlectio*.

Ma veramente caratteristico nello spirito sociale e politico dell'imperatore Augusto è l'aver convertito definitivamente lo stato senatorio in uno stato ereditario con doveri e privilegi e costituita accanto ad esso, concludendo lo svolgimento iniziato da Caio Gracco, una nobiltà secondaria e personale di nomina imperiale, i cavalieri. L'eguaglianza repubblicana è svanita, e di fronte alle due classi privilegiate, che si dividono le cariche dello Stato, risorge con nuovo significato la *plebs*.

\*  
\* \*  
\*

17. Se la fonte comiziale della legge è inaridita, dura tuttavia nell'impero col Pretore il suo Editto e il diritto onorario. Ma la forza imperiale grava pure sulla esplicazione così feconda e vivace dell'attività pretoria. I Pretori perdono via via ogni spirito d'iniziativa e si limitano più ch'altro a riprodurre il vecchio Editto translazio coll'aggiunta dei senatoconsulti. Adriano, realizzando un pensiero già nudrito dallo stesso Giulio Cesare, ordinò al grande giureconsulto Salvio Giuliano la codificazione dell'Editto pretorio: il testo di Giuliano fu confermato da un senatoconsulto. Con ciò l'Editto non perdè la singolare impronta, ed ebbe pur sempre non carattere di legge,

ma di precetto del magistrato, avente la sua base nell'impero di esso; ma lo svolgimento ulteriore venne definitivamente troncato. D'altra parte il compito essenziale del Pretore era esaurito, e a proseguire più lentamente e tranquillamente l'opera di adattare il diritto romano al mutevole spirito sociale e ai bisogni generali dei cittadini sparsi nel vasto impero provvedevano meglio i nuovi organi più generali.

Questa nuova formazione del diritto fa capo principalmente all'imperatore, che ha nel suo consiglio i migliori giureconsulti. Già il senatoconsulto stesso dopo i tempi di Adriano, ossia precisamente dal tempo in cui usurpa il vigore di legge, si rivela via via più schiettamente come una forma indiretta di legislazione imperiale: esso non ci presenta se non l'orazione del principe sancita dal senato, e i giureconsulti stessi fanno menzione del senatoconsulto in questa guisa: *Oratio Severi*, *Oratio Antonini*, etc. Ma l'imperatore stesso, valendosi della sua carica di magistrato, esercita sullo svolgimento del diritto un'influenza che formalmente ha la stessa base dell'attività già esercitata dal Pretore; ma in sostanza, per la durata vitalizia e la maggior forza della carica, si avvia più svelatamente e risolutamente ad affermarsi come fonte di diritto, ed unica fonte, esaurendo tutte le altre. Le emanazioni dell'autorità imperiale prendono il nome generale di *costituzioni*, ma si distinguono da un lato gli *editti imperiali* e i *mandati*, cioè le istruzioni ai governatori delle province, dall'altro le decisioni emesse dall'imperatore in via straordinaria, o *decreti*, e i pareri dell'imperatore su punti controversi di diritto, sia diretti a privati (*rescripta*), sia diretti a magistrati (*rescripta* o *epistolae*): e tanto nei decreti, quanto nei rescritti il principe sin d'ora non si presenta come magistrato, bensì fa legge in

perpetuo, giacchè opera quale interprete della legge nel modo largo, in cui s'intendeva dai Romani l'interpretazione.

L'epoca imperiale segnò pure nei primi due secoli il massimo rigoglio della giurisprudenza. La professione di giurista assorbe ormai le intelligenze migliori della società romana, e chiama alle alte cariche dello Stato. Augusto pel primo concesse ai più segnalati giureconsulti il *ius respondendi*, con che s'intendeva il diritto di emettere responsi *ex auctoritate principis*, cioè, per lo meno in seguito, vincolanti il giudice non altrimenti che i rescritti del principe; e sotto Augusto, pare, nacquero le due celebri scuole dei *Sabiniani* e *Proculiani*. Per lo passato si attribuiva di solito alla prima carattere conservativo, alla seconda una tendenza progressiva; ma in realtà l'antitesi non si riscontra così netta nelle divergenze tra i campioni dell'una e dell'altra, e in genere, com'è oscura l'origine vera delle due scuole, che non portano il nome dei loro pretesi fondatori, Capitone e Labeone, così è dubbia l'importanza di esse, che par meramente estrinseca e concernente le scuole come locali e istituti di studio. L'attività creatrice della giurisprudenza imperiale resta inferiore all'opera della giurisprudenza repubblicana, perchè il campo era stato in larga parte mietuto. Ma la scienza era progredita; e nel rigore del metodo, nella chiara visione dei concetti, nell'elegante analisi e combinazione degli elementi giuridici d'un dato rapporto, nel sentimento vivo del carattere etico e sociale del diritto (*aequitas, bonum et aequum*), essa vince la giurisprudenza repubblicana: nè le è certo inferiore nel senso pratico della vita reale e dei suoi bisogni. I suoi nomi più segnalati sono quelli di *Labeone*, il celebre innovatore sotto Augusto; di *Proculo* e *Masurio Sabino*, la mente più organica e poderosa tra

tutti e a un tempo il più modesto studioso, il solo giureconsulto di grido che non occupò alte cariche, nè fu fatto cavaliere prima dei cinquant'anni, il solo mantenuto dai propri allievi; di *Nerva* padre e figlio, di *Cassio*, di *Giavoleno* e *Nerazio*, il successore realmente voluto, a quel che sembra, da Traiano; infine i due sommi dell'età di Adriano, *Salvio Giuliano* e *Giuvencio Celso* il figlio, appartenenti alle due opposte scuole dei Sabiniani e dei Proculiani, intelletto creatore il primo, acutissimo e petulante il secondo. Di poco posteriori furono il culto *Pomponio* e l'acuto *Marcello*; e nell'età degli Antonini visse, lontano da Roma, in provincia, uno dei giureconsulti più modesti, ma che ottenne larga popolarità nei tempi più tardi in Oriente, pel carattere elementare delle sue opere e il suo stile semplice e grato, e di cui restano le Istituzioni, *Gaio*. Celeberrimo fra tutti, per la serietà e il carattere altamente morale della sua vita e de'suoi scritti, è il giureconsulto *Emilio Papiniano*, inferiore però di gran lunga, quanto a potenza creatrice, felicità di concezione e di espressione, forse anche per acume giuridico, agli uomini veramente sommi delle età precedenti. I suoi scritti hanno tendenza esclusivamente pratica: e nondimeno le più antiche, tormentose divergenze esegetiche tra i romanisti, e altresì le più infeconde, emanano quasi costantemente da un infelice testo Papiniano. La schiera dei giureconsulti classici si chiude coi nomi dei due prudenti consiglieri di Alessandro Severo, *Paolo* e *Ulpiano*, ingegnosi, acuti, ma più che altro compilatori, specialmente il secondo, dell'opera dei loro predecessori.

Delle opere dei giureconsulti alcune hanno carattere sistematico, come i trattati di diritto civile di *Quinto Mucio* e di *Sabino*, i commenti relativi dei posteriori giureconsulti, le Istituzioni, o seguono l'ordine legale, come i com-

mentari all'Editto, alle XII Tavole, a leggi speciali; altre sono monografie su speciali istituti o libri di carattere teorico-pratico, come *regole, questioni, responsi*.

Per opera di questi sapienti e ben coordinati organi, il Pretore, l'imperatore, la giurisprudenza, il diritto romano si affina e si rende adatto via via agli scopi d'una società più vasta e civile e alle relazioni commerciali più varie. Il gruppo familiare s'infacchisce, e in parte si sfascia, sottrahendo al suo posto la famiglia nel senso moderno o affrancandosi l'individuo. Una serie d'istituti e di rimedi speciali allargano il campo dell'antico diritto e ne correggono le severe asprezze o le conseguenze dure, che non hanno più alcuna giustificazione: le forme patriarcali della società quiritaria perdono gli elementi loro più rigidi e particolari. È caratteristico lo sforzo assiduo a raggiungere nuovi fini con vecchi istituti, ad appianare mediante opportuni compromessi i contrasti più violenti tra gli ordini antichi e le idee nuove. La buona fede e l'equa distribuzione del danno e del vantaggio nei rapporti patrimoniali, il senso e il riguardo dell'interna volontà di fronte alla parola negli atti giuridici, dei vincoli di sangue (*ratio sanguinis*) di fronte ai vincoli ormai artificiali della famiglia romana, sono le espressioni più generali dell'*aequitas*, che si tende a realizzare.

\*  
\*\*

18. Un'era di pace e di felicità, quale non si è più rinnovata per l'uman genere: tale è l'impero nei primi due secoli. La civiltà greco-romana, diffusa e assicurata dall'impero, abbraccia uno spazio più raccolto sì, ma non meno ampio forse della moderna, poichè nelle vaste regioni dell'Oriente e dell'Africa settentrionale essa è ora svanita o ha sofferto una terribile diminuzione o il de-

serto ha occupato i luoghi resi inculti dall'abbandono e dalle devastazioni delle orde nomadi. Una misurata tutela amministrativa permetteva al cittadino di godere i frutti del proprio lavoro, un esercito non certo numeroso, punto superiore a mezzo milione d'uomini, difendeva sul Reno, sul Danubio, sull'Eufrate i confini della civiltà contro la barbarie.

L'Italia, definitivamente conciliata con Roma, ha ora dimenticato le sue lotte nazionali, il cui carattere e il cui giusto diritto erompe con calore negli storici greci, ma è falsato nei romani (1). Furono italiani, non romani, coloro che in questo periodo di pace elevarono al supremo fastigio la lingua del Lazio. Un mantovano espulso dal suo fondo avito, campato a stento dalla spada del centurione, cantò in istile soavissimo la fatale peregrinazione d'Enea nella sacra terra che egli chiama Italia (vera anticipazione preistorica del poeta) e il diritto di Roma sul mondo; Venosa diede il lirico sereno ed alto, che celebra nel carme secolare l'eternità e la forza imperitura di Roma; un padovano narra in epica prosa le gesta antiche della città latina, e la patria di Volta generò anche in antico i rappresentanti della scienza latina; un discendente di re etruschi fu il fedele consigliere del primo

---

(1) Giusta e santa per vero è detta la causa italiana non solo in Appiano, ma tale è riconosciuta pure in Velleio (*causa fuit iustissima*) e in Floro (*ius civitatis iustissime postulabant*); ma nondimeno Valerio Massimo ha il coraggio veramente romano di chiamare perniciosissime le antiche proposte per la concessione della cittadinanza agli Italiani, e se Appiano di nuovo e Plutarco presentano Ponzio Telesino, l'eroe di Porta Collina, come un forte campione che cade gloriosamente combattendo per la patria, nello stesso Velleio Patercolo egli compare come un furibondo e fanatico ribelle. Sarebbe interessante conoscere il sentimento del gran Padovano; ma la parte a noi conservata della storia di Livio ci vien meno precisamente alla vigilia di questa crisi, al momento in cui l'espansione conquistatrice di Roma si conchiude.

imperatore romano e rese celebre il proprio nome, divenuto l'appellativo comune della liberale protezione accordata ai più gentili frutti della civiltà. Sono ancora vecchi romani nel primo secolo dell'impero i politici e i condottieri, patrizi per tutto il secolo (sino al 67 d. C.) gl'imperatori (1), romano è ancora il culto del diritto; sicchè anche nel mondo del pensiero pare si rispecchi l'antitesi tra il popolo grave, austero, sagace, ma altresì egoista e rude, e le razze diverse, politicamente meno disciplinate e sagaci, ma non meno valorose e più gentili e poetiche, affratellate in una coscienza comune dalla forza e dal diritto di Roma: il contrasto simboleggiato dal toro italico e dalla lupa romana. Bentosto però anche questo psicologico contrasto si confonde e svanisce: e quando il popolo rinacque dopo la notte medioevale, col nome d'Italiani, che emerge sulla designazione medioevale di Romani o Latini, pare che veramente l'antico spirito italiano, più intellettuale, ma di tempra e disciplina inferiore, abbia trionfato. Nondimeno mille e più anni di disgregazione politica non hanno potuto sconvolgere l'unità sociale della nazione italiana, distruggere questa immortale opera, vera costruzione romana nel mondo ideale; uscita dagli elementi più eterogenei, essa è ora se non la più salda, certo ne' suoi caratteri essenziali la più omogenea, idealmente la più bella (2). Noi viviamo ancora di quell'antica eredità.

(1) Il prode Verginio, com'è noto, rifiutò l'impero come uomo di non alta prosapia.

(2) Noi non abbiamo nè Gallesi nè *Highlanders* nè Irlandesi, nè Luterani nè Calvinisti, e nella terra del *si* non altra lingua contrastò mai il campo all'idioma dell'*Alighieri*, non che levar più alto il volo, come la lingua dell'*oc* un tempo su quella dell'*ouï*. Dilacerato il popolo nella sua reale esistenza, i nostri storici hanno tuttavia ricomposto sempre la storia degli Italiani, le *res italicæ*, in una ideale unità.

La penisola ci viene rappresentata tutta come un giardino, e vi affluiscono forse in copia soverchia le dovizie del vasto dominio. Ai maggiori centri cittadini dell'èvo antico forse uno o due n'ha aggiunti la civiltà moderna, e Venezia è in fondo l'erede di Aquileia; ma su tutte le spiagge della penisola e delle isole, che l'impero ha fatto parte dell'Italia, una deliziosa ghirlanda di superbe città, di campi fertili, di casali, si stendeva là dove ora per zone infinite da Pesto a Crotone, da Siracusa a Selinunte, la desolazione stringe il cuore, la malaria minaccia, e i bei tempi intatti nelle loro celle e colonne, le ruine di teatri, di ville stanno, lungi dal fermento della vita e della civiltà nuova, come campi di morte dell'antica civiltà.

Anche le province, sottratte dagl'imperatori alle dilapidazioni della rapace aristocrazia repubblicana (e l'amministrazione imperiale diretta è preferita alla senatoria e implorata dai provinciali), rifloriscono sotto la benefica e sapiente amministrazione dei Cesari. Ogni città ebbe acquedotti, terme, grandiosi edifici pubblici, belle e sicure strade di comunicazione, e in una modestissima cittadina, di cui le ruine in una regione abbandonata della Cilicia hanno richiamato l'attenzione degli studiosi, si scopersero le tracce e il ricordo di agi e splendori, quali ora forse non si ritroverebbero in alcuna città dell'Asia Minore o anche di tutta l'Asia ottomana. Certo, il sentimento che spira dalle pagine degli scrittori romani è il rimpianto della perduta libertà e il rancore dell'aristocrazia per la svanita potenza: la classica storiografia dell'impero s'intrattiene quasi esclusivamente nella cronaca della città di Roma e nella biografia degli imperatori, deprimendo con fosche pitture anche personalità grandi e sventurate, come Tiberio, o umane, come Claudio. E che la romanità pura, da lunga pezza usa a non comprendere altro che il nome

e la grandezza della città; che quella aristocrazia, diminuita e oppressa in guisa spesso crudele, non si rassegnasse al nuovo regime, e la letteratura del tempo, ispirata dal centro, non ci racconti se non una parte abbastanza meschina della storia del mondo, si comprende. Men naturale è però che quel sentimento siasi perpetuato sino a noi, soggiogando anche intelletti eminenti. « Vedrà il mare pieno di esili, vedrà gli scogli pieni di pianto ». Tale è, con le parole stesse di Tacito (un romano, a quel che sembra, della capitale) « *plenum exiliis mare, infecti caedibus scopuli* », il quadro fosco dell'impero nelle pagine dell'immortale scrittore politico del Rinascimento.

\* \* \*

19. Nondimeno la stessa pace del mondo, la tranquilla esistenza materiale senza idealità e senza fieri contrasti, tutti spenti dal giogo comune che piegava e assimilava le nazioni, l'influenza deprimente e talora opprimente del governo autocratico, aveva generato via via un lento esaurimento nei popoli civili dell'impero e soprattutto nei Romani e Italiani. S'aggiunga la malsana base economica della società, l'istituzione della schiavitù, contro cui sin dal primo secolo di Cristo non v'era mente eletta che non protestasse in nome di più elevati ideali etici. L'ordinamento sociale non era giusto e gli intelletti pensosi si rifugiavano nel *ius naturale*: la religione era vuota di contenuto etico e gli spiriti più culti e gentili s'immergevano nella speculazione filosofica e teistica. L'ultimo crollo alle forze morali del mondo antico fu dato appunto dal sorgere di una fede nuova, tutta amore, piena di un altissimo contenuto etico, la quale peraltro, se attenuò i contrasti del Medio Evo, se impedì forse che sull'Occidente si adagiasse il lugubre velo di morte che la bu-

fera mongolica distese sull'Oriente, e apparecchiò la nuova civiltà moderna, doveva minare dalle fondamenta il mondo antico. In questo ogni società politica aveva le sue divinità: l'osservanza del culto era una funzione dello Stato, il sacerdozio una magistratura. E in simili condizioni lo spirito antico era altresì per sua natura tollerante. Ciascun popolo aveva la sua religione, come ciascun popolo aveva le sue istituzioni e i suoi costumi; venerava i suoi Dei perchè suoi, non perchè li credesse i soli veri. Era insomma un concetto affatto diverso della religione che le ammetteva tutte (repugnando però sempre all'ateismo) e le asserviva all'utile della società e all'impero dello Stato.

La venuta del Cristianesimo indusse un doloroso turbamento nei rapporti dell'individuo con la società e con lo Stato. La ferezza della propria religione e la tendenza al proselitismo era già un singolar tratto degli Ebrei, se non degli Orientali in genere. Ma questa tendenza fu straordinariamente esaltata dal nuovo carattere di religione universale, indipendente da confini di popoli e di Stati, ch'ebbe ad assumere il Cristianesimo. Un tale spirito stupiva e infastidiva gli Occidentali, e rendeva loro odiosi i Cristiani e gli Ebrei, la serietà malinconica dei Cristiani (*odium generis humani*) e la torva attitudine dinanzi ai tempi e alle immagini pagane eccitava l'ira e la fantasia delle plebi; ma nondimeno il Cristianesimo per circa un secolo si andò sicuramente diffondendo, massime nelle classi derelitte.

A un certo momento peraltro in questa propagazione di credenze, di pratiche nuove e incomprese, nell'abbandono dei culti nazionali, nella tendenza a isolarsi dalla vita sociale e politica (« il mio regno non è di questo mondo! ») e a porsi in contrasto con essa, considerando la propria

fede come al di fuori e al disopra dello Stato, dissidio non appianato ancora, parve di sentire il pericolo; e non di rado i migliori imperatori macchiarono la loro fama e turbarono in fatali momenti l'impero, ordinando le note persecuzioni.

Così infiacchito dalla pace, mal custodito alle frontiere da eserciti sufficienti appena ai bisogni dell'ordinaria difensiva, vacillante negli ordini politici per la sorda opposizione tra il senato e la monarchia, onde emerge sui due poteri costituzionali, rappresentanti tradizioni e aspirazioni politiche diametralmente opposte, la forza brutale delle milizie; malfermo anche negli ordini economico-sociali per la stridente contraddizione tra la vita reale e l'ideale etico, non sorretto da una fede, da una morale, da un patriottismo vigoroso; distratto e turbato da nuovi ideali in contrasto col suo spirito, coi suoi positivi ordinamenti e contrastanti pure, massime nei primi tempi, coi fini di questa vita, trovò il mondo romano la nuova migrazione dei popoli (la cui spinta, come nella prima migrazione Ariana, sembra sia proceduta anch'essa dalle steppe della Russia meridionale) e il risorgere della potenza persiana. La fine del regno del mite Alessandro Severo (a. 235) segna il momento in cui la pressione crescente dei barbari e la rinascente potenza dei Persiani ruppe i confini del Reno, del Danubio e dell'Eufrate. L'impero romano superò anche questa crisi, ma non per opera della razza romano-italica esausta, non mai conciliata con la monarchia, e ora anche scorata dal trionfo della nuova religione, bensì per virtù dei grandi imperatori di schiatta romano-illirica, da Claudio II (268-270) a Diocleziano (294-305) e Costantino (306-337). La cittadinanza romana, estesa via via dalla politica imperiale fuori dei confini della penisola, principalmente con

la fondazione di colonie di cittadini romani, era stata repentinamente concessa a tutti i sudditi dell'impero dall'Editto di Caracalla nel 212 d. C. alla vigilia di questa crisi, e ora il centro di gravità dell'Impero si trasporta dall'Italia in Oriente, ove già Diocleziano aveva fatto sua stabile dimora, e dove Costantino fondò la nuova capitale. La nuova costituzione, che assicurò un'altra volta l'avvenire dello Stato e la continuazione dell'antica civiltà, è opera, nelle sue linee fondamentali, di Diocleziano, alto e generoso intelletto politico, celebrato a ragione come il secondo fondatore dell'impero romano (con lui si chiude nobilmente il paganesimo), e da Costantino, natura prettamente barbara, ma certo il più geniale uomo di Stato e di guerra tra i successori di Cesare. Circa sessant'anni di anarchia avevano quasi ruinato l'opera conquistatrice dei sessant'anni successi alla guerra Annibalica e l'opera civile dei secoli successivi: l'unità imperiale in frantumi, dalle orde di barbari invasori desolata l'Italia e ogni provincia, il trono scalato colla violenza e sempre abbandonato nel sangue, l'agricoltura schiacciata, industrie e commerci distrutti, smarrite le arti, la coltura, la sicurezza dell'avvenire e la fede nello Stato e nella civiltà romana; ma insieme era preparato il terreno a un rivolgimento completo degli ordini sociali e politici e dello spirito antico di Roma. Nella nuova costituzione tutta la sovranità venne concentrata nell'imperatore, oramai non più magistrato, ma foggiato sul modello e sulla pompa dei monarchi orientali; la successione al trono è stabilmente e pienamente regolata col sistema della designazione, attribuendo nell'ordinamento Diocleziano e anche in parte nell'uso posteriore col titolo di Cesare la carica di aiutante e quasi vice-imperatore. Per la prima volta si svolgono uffizi generali, sul tipo degli Stati mo-

derni, il *praefectus praetorio*, nome dell'antico comandante delle guardie, oramai attribuito a un ministro privo di competenza militare, i *vicarii praefectorum praetorio* a capo delle vaste diocesi in cui ora vien diviso l'impero, e si fissa un vasto e rigido ordinamento burocratico; in quella vece le provincie con a capo i *praesides*, in Italia i *correctores*, sono impicciolite. Gli uffizi di Corte divengono uffizi di Stato e sono definitivamente separate le cariche civili dalle militari: la direzione generale delle milizie è affidata da Costantino ai *magistri militum* (*equitum, peditum*, anche *utriusque militiae*); è assunta pienamente dallo Stato l'amministrazione della giustizia, generalizzando il processo *extra ordinem*, e ordinato regolarmente l'appello; è abolita (salvo l'amministrazione di Roma sotto il *praefectus urbi*, elevato a carica generale nella cerchia della città) la posizione speciale e largamente privilegiata dell'Italia; ridotte non più soltanto le magistrature morenti dell'antico popolo, ma il Senato stesso nella condizione di organo municipale della città di Roma, mentre anche qual consiglio imperiale oramai funge il *Concistorium sacrum*. L'espandersi del nome romano per tutta Italia aveva annientato i Comizi, l'elemento più largo della costituzione primitiva, ma legato alla cerchia e agli ordini cittadini; il livellamento dell'*orbis romanus* doveva riuscir fatale al Senato, ultima rocca dell'antico patriziato e dell'antica nobiltà, delle forze e delle tradizioni romano-italiche. La struttura politica primigenia, che ci si presenta e ci si svolge con tanta armonia ne'bei tempi di Roma, ha fatto luogo per la prevalenza dell'*uno* alla pura forma della monarchia assoluta. Il *senatus populusque romanus* non è più.

Dall'altra parte l'esercito quadruplicato, ma viepiù imbarbarito, cresciute le imposte, ordinata via via le-

galmente una lenta stratificazione sociale, che minaccia di spegnere ogni impulso progressivo e ogni libera vocazione; legato il contadino alla gleba, vincolato il decurione alla curia per la garanzia delle imposte, rese obbligatorie ed ereditarie tutte le professioni d'interesse pubblico, fornai, beccai, navicellai; fissati legalmente il prezzo delle derrate, la coltura dei terreni: un vero socialismo di Stato.

\*  
\* \*

20. Nel nuovo ordinamento politico, l'imperatore è anche unica fonte del diritto. Le costituzioni imperiali prendono il titolo di *leges*, riserbato finora alle sole emanazioni dei comizi, l'assemblea costituzionale ordinata a far leggi dello Stato; mentre tutto il diritto anteriore, che si desume dalle opere dei giureconsulti, ha il nome generico e vago con cui si designano le fonti più vetuste e venerande del diritto, *iura*. Ma il diritto romano, largito repentinamente colla cittadinanza a tutti i sudditi dell'impero, si svolge ora in un territorio e tra popoli diversi da quelli ov'era nato e cresciuto, e subisce un adattamento, che ne altera profondamente l'essenza. L'Occidente romanizzato pare stranamente esausto, nè alle cause profonde del suo mesto decadimento forza umana poteva riparare. Nè l'impero romano ne'suoi bei tempi, nè altra monarchia noverò forse una serie continua di figure nobili, energiche, spesso geniali, come il periodo che corre da Claudio II o anche da Alessandro Severo a Teodosio (due s'ebbero dalla posterità il titolo di Grandi), e la scena della storia, turbata da più tragici, pensosi e generali eventi non appare più contaminata dalle turpitudini di un Nerone, di un Commodo, di un Eliogabalo; e dopo i grandi imperatori sopravvengono i grandi generali. Non-

dimeno uomini come Decio o Valeriano, come Giuliano o Valentiniano I, soccombono là dove avevano vinto Caligola e Nerone, Claudio e Marco Aurelio, tutti inferiori a loro: Ezio vince la più sanguinosa battaglia che ricordi la storia per veder poi l'Italia orrendamente devastata dal vinto, distrutti i suoi baluardi ai confini e il papa coll'imperatore d'Occidente ginocchioni adoperar la croce, proprio al momento in cui la spada, sopraggiunto il prode imperatore d'Oriente, era per vincer di nuovo e annientare il barbaro.

Ma nell'Oriente ellenizzato, cogli inizi della nuova epoca diviso dall'Occidente e trionfante nella nuova religione, cui aveva infuso il suo spirito, dato l'impulso estranazionale, separandola dal Giudaismo (e l'intelletto greco intendeva ora a elaborarne i dommi con fervida passione e inestinguibili contese), la vitalità e la potenza dura nel pieno splendore fino ai tempi della quarta crociata (1). Ora lo spirito ellenico di questi *Romei*, vivace, umano, ma meno logico e pratico, imprime il suo carattere a tutta la successiva evoluzione del diritto: il moto e il progresso degl'istituti veramente romani ristagna, e invece la corrente dell'ellenismo che, regolata dall'opera di prudenti organi nazionali, aveva fecondato nella forma del *ius gentium* il campo del diritto romano, cresciuto il rigoglio delle giovani piante, accelerando il sorgere di propaggini nuove, irrompe ora senza ritegno nè direzione, travolgendo e rimescolando gli ordini della coltura antica. Lo sfacelo della famiglia romana precipita, le istituzioni fondamentali che si riconnettevano all'antica vita dei campi o avevano radice nelle più tenaci tradizioni

---

(1) La stessa furia dell'Islamismo nel suo primo scoppio restrinse i confini dell'impero d'Oriente, rendendolo più omogeneo, ma non lo fiacò.

e nelle peculiari tendenze e attitudini di pensiero dell'antico popolo periscono, alla pietà è spesso immolata la giustizia, in tutto il campo del diritto il più largo impero è accordato alla volontà individuale, le influenze provinciali svisano gl'istituti romani e un grande abuso di scritture pubbliche e private subentra al posto delle venerande forme orali del popolo quirite. L'antica procedura con la sua caratteristica divisione tra lo stadio *in iure* e lo stadio *in iudicio* è completamente abolita sino dall'epoca di Diocleziano, e tutti i giudizi sono ormai *extra ordinem*, vale a dire il magistrato è a un tempo stesso il giudice. L'influenza del Cristianesimo si esercitò solo in scarsa misura, ma sempre in guisa dissolvente anche nello svolgimento del diritto. I nuovi ideali della castità e della carità indussero a combattere il divorzio, le seconde nozze, il concubinato legale, ad alterare l'essenza del matrimonio, a mitigare le pene, a dare impulso, per la tutela dei deboli, alle fondazioni pie, prodotto quasi esclusivo della nuova religione: e un generale turbamento recarono poi l'invasione della fede nella morale e nel diritto, e lo spirito di fiera intolleranza religiosa. Il Paganesimo, per sua natura tollerante, non aveva mosso guerra al Cristianesimo se non abbastanza tardi, e n'erano causa le preoccupazioni sociali e politiche ispirate dal carattere della religione, il rifiuto di prestar culto all'imperatore, l'antipatia popolare pel triste contegno e le cerimonie oscure dei Cristiani, l'*odium generis humani* loro attribuito. I Cristiani per difendersi dicevano sè non essere nemici dello Stato, nè venne mai emanata una disposizione, che limitasse la loro capacità giuridica. Ma quando, dopo l'ultimo Editto di tolleranza nel 313, l'imperatore Costantino fece passaggio alla nuova religione, la sua vittoria sul Paganesimo vecchio e inerte era as-

sicurata, e la religione dell'Evangelo per sua natura tratta ad abusarne. Costantino, pur favorendo i cristiani, serbò fede al proprio Editto. Ma sotto i suoi successori, l'intolleranza prese il sopravvento. Già Costanzo nel 353 fece senz'altro del Cristianesimo l'unica religione di Stato, ordinando la chiusura dei tempi pagani. Una breve sosta segnarono i regni di Giuliano, Gioviano e Valentiniano. Con Graziano l'intolleranza religiosa diventa veramente delirio, e una serie numerosa di disposizioni si succedono contro i Pagani, i Giudei, gli apostati e le infinità di eretici che pullulavano nel vasto impero.

Questa crisi profonda nel carattere e nel contenuto del diritto, congiunta allo stato di languore e di ignoranza in cui la crisi dell'impero e l'insanabile decadenza dell'Occidente avevano piombato gli animi, la confusione prodotta dalla repentinà generalizzazione del diritto romano, l'assorbimento delle più elette e fervide intelligenze nell'elaborazione dei dommi cristiani, il cupo scoramento di nobili caratteri nell'opposta fede, esercitarono funesti effetti nella scienza e nella pratica del diritto. Scarsa la coltura e scarse le opere antiche, che contenevano in gran parte diritto non più compreso e applicato: si giudica, dirà Giustiniano, a caso e a fantasia. Per soccorrere alla pratica comincia l'uso dei compendj e delle collezioni, in cui si raffazzona a mosaico ciò che degli scritti classici o delle costituzioni imperiali fa meglio all'uopo. Alcune di queste opere hanno carattere privato. Tale il *Compendio di diritto* del giureconsulto Ermogeniano, i *Codici Ermogeniano e Gregoriano*, raccolte di costituzioni imperiali, i così detti *Frammenti Vaticani*, il libro Siro-Romano e la collezione di Cirillo, maestro di diritto a Berito, portante il titolo di *Definizioni*. Ha invece carattere ufficiale — prescindendo ora dalle più tarde compilazioni

eseguite sotto i barbari conquistatori per uso dei sudditi romani, quali la legge romana dei Visigoti, la legge romano-borgognona e la legge Curiense — la compilazione di *leges* fatta da Teodosio II e Valentiniano III (*Codex Theodosianus* a. 435-439 d. C.). Peraltro all'imperatore Teodosio, cui spetta veramente il merito dell'impresa, non riuscì di eseguire la compilazione dei *iura*, e fu pago di attribuir valore legislativo alle opere di cinque giureconsulti, i quattro dell'epoca dei Severi (Papiniano, i suoi discepoli Paolo e Ulpiano e il discepolo di questo Modestino) insieme con Gaio dell'epoca degli Antonini, nonchè ai pareri dei più antichi giuristi citati da loro, quando si potessero confrontare gli originali. Per la soluzione delle antinomie l'imperatore stabiliva il criterio della maggioranza, colla prerogativa di Papiniano a parità di voti, e forse, poichè il testo è oscuro, colla prerogativa delle *Sententiae* di Paolo su tutti. È questa la celebre costituzione nota sotto il nome fallace di *legge delle citazioni* (a. 426 d. C.). A rigore nel Codice e nella legge di Teodosio, come nelle collezioni romano-barbariche, siamo ancora sul terreno della pura compilazione: criterio del diritto vigente è il dato cronologico, l'opinione dominante. La codificazione, opera di forze più mature, di scienza più profonda, è ancora lontana.

\* \* \*

21. Se la civiltà moderna raccolse, almeno in quanto al diritto privato, l'eredità delle leggi romane, si deve alla mente fervida ed energica d'un imperatore romano-illirico (non goto, nè slavo!) salito sul trono d'Oriente nel 528 d. C., quando già da più di cinquanta anni anche il titolo d'imperatore di Occidente era caduto (476). Alcune mende troppo note del suo carattere, altrettanto repugnanti allo

spirito moderno, quanto erano consentanee alla tempra di quella nuova civiltà elleno-orientale, che prende il nome di bizantina, e insieme la caducità della restaurazione politica dovuta alle armi di Belisario e di Narsete oscurano la gloria di Giustiniano. L'isolamento della civiltà bizantina e il suo contrasto via via più emergente col tipo romano-germanico che si consolida nei paesi occidentali, come nascosero le parti splendide e le influenze benefiche dell'Oriente per l'incivilimento nuovo dell'Occidente, così ridussero nell'ombra i tratti migliori di questo principe e gl'intenti suoi veramente nobili, benchè in parte frustrati dalla fatalità storica. Anche nel monumento suo più duraturo, qual'è la compilazione e la definitiva elaborazione del diritto romano, oggi si scorgono più facilmente gli errori che non i pregi dell'uomo.

A quest'opera egli si accinse appena salito al trono. La raccolta delle *Leges* fu compiuta in un anno solo, 528-29. L'anno appresso (15 dicembre 530) Giustiniano ordinò la compilazione dei *iura*. La mente direttiva in questa opera ben più ardua e poderosa fu il suo dotto e geniale ministro Triboniano: e torna a lode di Giustiniano di averne riconosciuta la capacità e postolo con amplissimi poteri a capo della commissione. I commissari scelti da Triboniano stesso furono sedici, undici avvocati, due magistrati, due professori della celebratissima scuola di Bero, e un solo della scuola di Costantinopoli. Si spogliarono le opere dei più eminenti giuristi, di cui era specialmente ricca la biblioteca di Triboniano, a cominciare dall'ultima età repubblicana: tuttavia la massa principale di frammenti fu somministrata dai giureconsulti classici, via via crescendo da Adriano ai due corifei della giurisprudenza sotto Alessandro Severo, Ulpiano e Paolo, il primo dei quali per la sua compilatoria attività, che già

aveva raccolto il più e il meglio della giurisprudenza anteriore, e per la sua felicità di stile fu preferito, e da solo costituisce un buon terzo dell'insieme.

Era stato prescritto che non si adoperassero se non autori imperiali già muniti del *ius respondendi*; ma una simile prescrizione non fu intesa alla lettera. L'opera, condotta con rapidità ed energia, fu compiuta in soli tre anni: pubblicata il 16 dicembre 529, entrò in vigore il 30. Ebbe il nome di *Digesto* da *digerere*, ordinare, (del resto era già titolo di alcune specie di trattati presso i giureconsulti) o di *Pandette* da *πᾶν δέχομαι*.

La compilazione del Digesto rese necessaria una seconda edizione del Codice (*Codex repetitae praelectionis*), per inserirvi le nuove costituzioni e le 50 decisioni di antiche controversie, emesse da Giustiniano durante la compilazione del Digesto. Questa seconda edizione del Codice fu pubblicata il 16 novembre 529, ed entrò in vigore il 29 dicembre.

Finalmente, per uso dell'insegnamento, l'imperatore ordinò anche, durante la composizione del Digesto la compilazione di un trattato elementare, munito esso pure di forza legale: le *Istituzioni*.

Il Codice è diviso in dodici libri, il Digesto in cinquanta, le Istituzioni in quattro; ciascun libro in titoli intestati con una rubrica, salvo i libri 30, 31, 32 del Digesto (*De legatis*), che non hanno divisione in titoli. I frammenti inseriti nei titoli serbano il nome dell'autore con l'opera e la parte di questa (libro) donde vennero tratti, salvo nelle Istituzioni, benchè queste pure siano mera compilazione di opere analoghe dei giureconsulti romani, a base le Istituzioni di Gaio. I frammenti più lunghi sono divisi in *principio* (pr.) e *paragrafi* (§).

Un'accurata analisi della disposizione interna degli

scritti nei singoli titoli del Digesto ha condotto in tempi recenti a rilevare i tre gruppi principali di opere che di regola si susseguono, a cui si è imposto rispettivamente il nome congruo di *massa Sabiniana*, *Edittale*, *Papiniana*: a esse si aggiunge una quarta assai minore, che comprende probabilmente libri sopraggiunti quando i lavori della commissione erano già in corso. Precede d'ordinario il gruppo che ha fornito per quel titolo l'estratto più copioso. L'ordine generale delle materie tanto nel Codice quanto nel Digesto è quello dell'Editto, basato essenzialmente sul corso del processo, e precisamente del commento di Ulpiano all'Editto, con alquante variazioni nascenti soprattutto dal predominio in qualche materia dei libri di Ulpiano *ad Sabinum*, ovvero dal proposito di tener vicine materie affini. È una congettura assai fondata, che ciascuno dei tre gruppi principali venisse affidato a una speciale sotto-commissione: gli spostamenti, abbastanza rari e d'ordinario spiegabili facilmente (ad esempio, per lo scopo di collocare a principio definizioni o enunciati generali), debbono essere stati indotti dalla coordinazione compiuta nella sessione plenaria dei commissari.

L'opera di Giustiniano si presenta così a prima vista come il risultato di un grandioso lavoro di mosaico letterario. E nondimeno essa è un'opera potentemente e sapientemente originale, più che non la codificazione francese o qualunque altra moderna. I frammenti degli scritti giuridici e delle costituzioni imperiali non furono inseriti senza alterazione nel *Corpus iuris*. Era intento dell'imperatore di comporre un Codice di diritto pratico e adatto ai tempi, eliminando istituti vietati, controversie di scuola e divergenze d'autori, rinnovando e riformando secondo i nuovi bisogni o tenendo conto d'innovazioni e

di riforme già indotte dall'evoluzione romano-ellenica del diritto. Perciò Giustiniano diede ai compilatori, più che la facoltà, il comando espresso non solo di scegliere e cancellare, ma altresì di mutare, mediante aggiunte o sostituzioni, il testo genuino.

Cosiffatte alterazioni, alcune delle quali tanto gravi che interi e non brevi frammenti derivano dai compilatori, prendono il nome di *interpolazioni*, col qual nome nel senso più generico si usa oggi di significare anche le larghe soppressioni dagli stessi eseguite.

Certo, l'opera ne' suoi particolari è tutt'altro che immune da errori: assai numerose le incongruenze, e troppo frequenti le vere contraddizioni tra legge e legge (*antinomie*), delizia e tormento della vecchia esegesi.

Senonchè mende e vizî di tal genere sono talmente un portato necessario del lavoro di mosaico e di cesello, cui s'erano condannati i compilatori, che, per quanto gravi e in gran numero, non giustificano affatto il biasimo e l'ironia. Chi deve correggere lascia inevitabilmente errori o sconcordanze che non commetterebbe mai componendo di nuovo, e ve ne aggiunge ancora nel correggere. Ciò è accaduto all'elegantissimo ed elaboratissimo Lodovico Ariosto nell'emendare studiosamente la sua vasta epopea: ciò doveva accadere a maggior ragione ai compilatori di Giustiniano, il cui compito era immenso, l'opera da emendare altrui, le incongruenze da sfuggire infinite, il periodo di tempo brevissimo. L'ingenuità di proibire l'interpretazione, darsi più pensiero delle possibili omissioni nel compilare, che non delle contraddizioni, non avvertendo che un organismo legislativo s'integra da sè stesso, è comune quasi a tutti i legislatori e quasi un requisito dell'entusiasmo legislativo. Più gravi, ma non da ascrivere a Giustiniano, che per parte sua mostrò felice

spirito d'innovazione, sicurezza conscia del suo tempo, intuito presago dell'avvenire, sono i vizi della forma compilatoria, e della irregolare evoluzione giuridica da che la crisi del terzo secolo aveva interrotto la naturale continuità di sviluppo nella terra ove il diritto era nato e cresciuto, e troncato la sapiente elaborazione tecnica per opera del genio giuridico romano: tali il vuoto nell'organismo del diritto per lo sparire delle istituzioni classiche, il contrasto intimo tra la forma romana e il pensiero ellenico, la poca solidità dei concetti giuridici, in cui troppo spesso il particolare soverchia il generale e il principio di massima, scalzato dalle eccezioni, diventa un'ironia.

Per quanto febbrile e radicale fosse il lavoro legislativo di Giustiniano e dei suoi coadiutori durante la compilazione, essa non chiuse l'attività legislativa di questo principe. La società reclamava un assetto legislativo sempre più confacente al suo stato attuale, e la infastidivano le reliquie sopravvissute delle vecchie basi del diritto quiritario; nè Giustiniano era uomo da rimanere indietro al compito. Nuove costituzioni in gran numero vennero emanate da lui, dopo condotta a termine l'opera di compilazione (dal 529 al 565): sono esse le così dette *Novellae constitutiones* o *Novellae*, poche delle quali peraltro sono attinenti al diritto privato, nè tutte sarebbero leggi proprie.

Come una chiesa bizantina o un duomo romanico dell'alto medio-evo, anche l'edificio legislativo di Giustiniano è costruito con materiali antichi e sui ruderi dell'armonico disegno classico. Nuovi sentimenti e nuovi ideali rompono la vaga simmetria con manifestazioni irregolari e vivaci, che infondono all'insieme tutto uno spirito diverso; ma nella nuova forma l'antico tempio è salvato

dalla irrimediabile, completa ruina. E se lo spirito che anima ora l'edificio rappresenta la coscienza moderna, se ciò che v'ha di più umano e di più vivo nella legislazione di Giustiniano è in tanta parte opera della sua mente e dell'età sua, se l'esclusiva ammirazione del classicismo in tutte le sue manifestazioni è un'antistorica, come è un'antiestetica affettazione; se, infine, la nuova forma soltanto ci ha potuto salvare i tratti della serena bellezza antica e l'artificio dei suoi maestri, dobbiamo esser grati a Giustiniano di avere a un tempo stesso sentito vigorosamente la coscienza moderna e custodito i resti del genio antico nel più squisito libro dell'arte giuridica, innalzando come un ponte grandioso tra le due civiltà questo monumento legislativo e storico, che non ha l'uguale al mondo: il *Corpus iuris civilis*.

---

# IL DIRITTO ROMANO



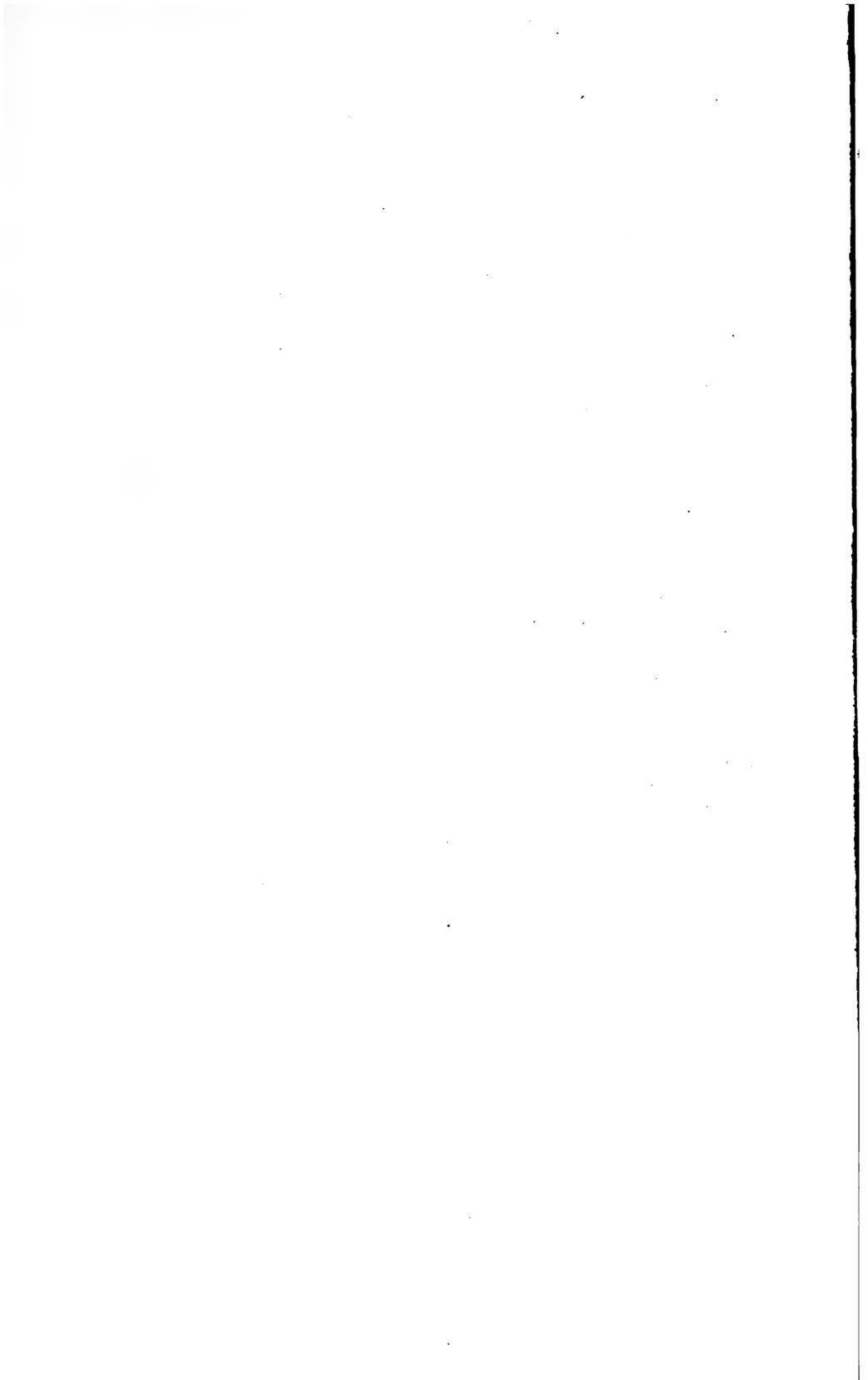
---

## CAPITOLO I.

### Funzione attuale dello studio del Diritto Romano

1. La storia del diritto romano nel mondo antico, ove crebbe e si diffuse naturalmente, si chiude colla compilazione giustiniana. Giustiniano estese bensì colla pragmatica sanzione del 529 il vigore della sua collezione legislativa all'Italia riconquistata sui Goti, ma pochi anni dopo la morte di lui e dopo il richiamo di Narsete, l'invasione longobarda ebbe consumato la separazione dell'Oriente dall'Occidente e gettato definitivamente anche l'Italia nel nuovo mondo romano-germanico. Le posteriori modificazioni bizantine al diritto giustiniano possono attrarre per lo studio naturalistico del diritto, benchè l'impronta tutta propria della società orientale allontani sempre più questo diritto dalle sue basi genuine, e interessare per l'esegesi dello stesso diritto giustiniano (a tal uopo giova soprattutto la traduzione greca delle varie collezioni giustiniane rifuse in una sola, i *Basilici*, opera di LEONE il filosofo, munita di scolii nel corso del X secolo), ma per lo svolgimento del diritto in Occidente sono prive in generale d'interesse.

Una nuova storia del diritto romano si apre sulla base della compilazione giustiniana. I residui del dominio



---

## CAPITOLO I.

### Funzione attuale dello studio del Diritto Romano

1. La storia del diritto romano nel mondo antico, ove crebbe e si diffuse naturalmente, si chiude colla compilazione giustiniana. Giustiniano estese bensì colla pragmatica sanzione del 554 il vigore della sua collezione legislativa all'Italia riconquistata sui Goti, ma pochi anni dopo la morte di lui e dopo il richiamo di Narsete, l'invasione longobarda ebbe consumato la separazione dell'Oriente dall'Occidente e gettato definitivamente anche l'Italia nel nuovo mondo romano-germanico. Le posteriori modificazioni bizantine al diritto giustiniano possono attrarre per lo studio naturalistico del diritto, benchè l'impronta tutta propria della società orientale allontani sempre più questo diritto dalle sue basi genuine, e interessare per l'esegesi dello stesso diritto giustiniano (a tal uopo giova soprattutto la traduzione greca delle varie collezioni giustiniane rifuse in una sola, i *Basilici*, opera di LEONE il filosofo, munita di scoli nel corso del X secolo), ma per lo svolgimento del diritto in Occidente sono prive in generale d'interesse.

Una nuova storia del diritto romano si apre sulla base della compilazione giustiniana. I residui del dominio

imperiale-greco in Italia favorirono bensì la fatale disgregazione politica della penisola e la costituzione del potere temporale dei papi, ma cullarono anche l'esistenza di fiorenti repubbliche — in origine ducati bizantini — una gloriosissima fra tutte, e contribuirono potentemente al sorgere della civiltà moderna riallacciata alle tradizioni antiche. Anche sotto i barbari invasori i Romani continuarono nei loro rapporti privati a esser regolati da leggi romane, e a tal fine vennero composte le collezioni di leggi romano-barbariche; ma in Italia, nelle scuole di Roma e di Ravenna e altrove, si custodiva il diritto romano-giustiniano, che col rifiorimento dello studio, che fa capo a IRNERIO e alla scuola di Bologna sulla fine dell' XI secolo, doveva cominciare il processo di irradiazione per tutta Europa. In questa nuova storia si distinguono due tendenze: l'una, trattando liberamente i principî romani, li trasforma secondo la coscienza moderna, e costituisce uno svolgimento nuovo del diritto romano; l'altra, mira a costituire lo studio del diritto romano come una disciplina scientifica, interpretandone severamente le fonti, indagandone le fasi storiche. Sotto il primo aspetto, il diritto romano è parte della storia interna del diritto moderno; sotto il secondo aspetto, è la storia letteraria d'una nuova disciplina giuridica.

I maestri di Bologna, discepoli d'IRNERIO, hanno il nome di *glossatori* dalla forma principale della loro attività scientifica, l'uso di glosse marginali e interlineari nel dilucidare i testi legali. Essi furono interpreti del diritto giustiniano, e nonostante il difetto completo di nozioni storiche, il lavoro esegetico da essi compiuto è anche oggidi un tesoro prezioso.

La scuola dei glossatori termina con una compilazione dell'opera loro, nella quale vennero incorporate e ordi-

nate le principali glosse dei dottori: ed è la grande glossa di ACCURSIO (1182-1260).

La glossa di Accursio conseguì nella pratica tale autorità da ridurre nell'ombra il testo delle leggi di Giustiniano. Dall'altra parte l'oscurarsi del risorto ideale dell'impero, dopo la caduta degli Hohenstaufen, aveva dato l'impulso alla tendenza evolutiva e pratica, che già a tempo dei glossatori spuntava fuori nell'*equità* di Martino, le cui interpretazioni pratiche, ma logicamente errate ad una ad una, costituiscono sistematicamente il contrapposto della severa esegesi di Bulgaro. La nuova scuola successa ai glossatori prende il nome di *scuola dei commentatori* dall'uso di commentare la glossa, o anche di *bartolisti* dal suo più grande rappresentante, Bartolo da Sassoferrato. Si può dire ch'essi emendino e proseguano l'opera di Giustiniano. Talvolta, animati dallo spirito pratico e moderno, divinarono genialmente l'intenzione del compilatore, tradita dalla forma legislativamente infelice dell'opera, e ci diedero il tipo dell'istituto quale era vagheggiato dalla mente di Giustiniano; altra volta oltrepassano il compito di meri interpreti, e per adattare il diritto romano ai bisogni dell'epoca scientemente riformano e innovano sotto veste d'interpreti; ma le innovazioni sono in generale felici e conformi allo spirito di Giustiniano. Se non che il metodo viziato dalle divisioni e suddivisioni sottili della scolastica rende pesanti Bartolo e i suoi discepoli, mentre la natura del compito e della produzione li rende sotto un certo aspetto pericolosi per la scienza pura del diritto romano.

La scienza del diritto romano allarga per la prima volta la sua visione e i suoi fini col Rinascimento classico nel secolo XVI. Il movimento nuovo ricevè il primo impulso in Italia come nelle altre parti della coltura classica,

ma ebbe sua culla principalmente in Francia. L'Alciato ne fu il precursore, Cuiacio da Tolosa (1522-1590) il più grande rappresentante. Sommi interpreti e critici, i giuristi della scuola culta chiamano in sussidio dell'esegesi anche le fonti letterarie, nonchè le fonti antegiustinianee novamente scoperte, e mirano a ricostruire la figura classica degli stessi monumenti giustinianeî.

Il movimento illanguidì nei secoli successivi, arrestato nel suo slancio dai ceppi che la reazione contro la Riforma pose alla scienza nei paesi latini (1), e soffocato dal sorgere delle tendenze pratiche. Solo nella libera Olanda continua degnamente per tutto quanto il secolo XVII lo spirito della scuola culta francese.

Il nuovo rinascimento della scienza del diritto romano s'è fatto in Germania, e anche qui corre parallelo allo splendido rifiorire degli studi classici, e alle mirabili scoperte nel campo della filologia e della storia. Se non l'iniziatore, il più gran campione fu il Savigny (1779-1861), nome accanto al quale nessuno dei successori degnamente può esser posto. In opposizione alla dominante scuola filosofica del diritto naturale, il nuovo indirizzo prese nome di *scuola storica*; ma la ricerca storica fu animata da un vitale concetto filosofico, il principio dell'*evoluzione giuridica*: il diritto, come ogni altra manifestazione della vita dei popoli, l'arte, il costume, la letteratura, non ebbe mai, nonostante tutte le apparenze, origine accidentale o arbitraria, non è il parto della mente d'un legislatore o d'un principe, bensì un prodotto organico, il portato naturale della vita d'un dato popolo, una emanazione della sua coscienza, e varia nel tempo, varia da popolo a po-

---

(1) Il gran Cuiacio fu in voce di calvinista ed era nemico acerrimo dei Gesuiti.

polo, via via che mutano e si affinano i sentimenti, i bisogni, la civiltà.

L'insegnamento e l'esempio del Savigny e della scuola storica fecondarono e ampliarono la scienza del diritto romano e i metodi suoi. Impulso vivo e carattere organico e positivo n'ebbe la ricerca genetica degli istituti, la formazione dei concetti giuridici e l'ordinamento sistematico del diritto.

Se la scienza moderna del diritto ha superato lo stadio elementare e l'aspirazione ingenua di riprodurre nelle leggi e nell'interpretazione tutta quanta la casistica della vita, pensiero manifesto dalla preoccupazione di Giustiniano, l'unica che lo agiti circa l'opera sua, ch'egli non abbia nulla omesso, e altresì dalla lode, che i vecchi giuristi davano alle fonti romane e ai loro commentatori « la soluzione d'innumerabili casi » (cui s'ispirò il poeta tedesco per la creazione del suo personaggio *Olearius doctor in utroque*), se dal lato scientifico noi avanziamo tanto i vecchi giuristi, quanto gli stessi giureconsulti romani, ciò è merito precipuo della scuola storica. Dall'altra parte, per opera della stessa scuola, riavvicinati da uno spirito e un intento comune l'indirizzo filologico e l'indirizzo prettamente giuridico, entra nell'ambito degli studi romanistici lo svolgimento della costituzione politica di Roma e degl'istituti di diritto privato, e col sussidio di fonti letterarie, di nuove fonti giuridiche scoperte (preziosissime le *Istituzioni* di Gaio rinvenute nel 1816 dal Niebuhr), coll'ingresso dell'epigrafia e della numismatica nell'indagine storico-giuridica, coll'epurazione finalmente delle stesse fonti giustiniane, ripresa ora su vasta scala, e la comparazione delle primitive istituzioni dei popoli, massime dei popoli arî, si tende con successo via via più felice a ricostruire la genuina figura della

giurisprudenza classica e divinare anche le origini preistoriche del diritto romano.

\*  
\* \* \*

2. Ma il secolo nostro, che vide elevarsi via via la scienza del diritto romano al più alto volo, seguì anche passo passo l'esaurimento della seconda storia e del vigore pratico del diritto romano, destinato a perire col secolo stesso anche negli ultimi territori in cui, modificato dal diritto canonico, dalle consuetudini, dalle leggi dell'antico e del nuovo impero tedesco, durava ancora sotto il nome di *diritto delle Pandette*, ed era parte del *diritto comune tedesco*. Quale posto e quale funzione resta allo studio del diritto romano?

Il fine pratico è svanito. La tendenza attuale nello studio e nell'insegnamento non può essere che scientifica. Il diritto romano non è più diritto vigente, e non può essere insegnato come un diritto vigente, cioè come un complesso di norme pratiche destinate a reale applicazione; poichè qui calza veramente il dilemma di Omar: O queste norme dicono lo stesso che le leggi nostre, ed è *inutile* ripeterle, o non dicono lo stesso, ed è *male* aggravare e confondere *infirmum animum studiosi* coll'insegnamento di un diritto diverso. Il pio scopo e l'ingenua credenza di salvare a questo modo i destini del diritto romano induce ancora taluno ad esagerare il valore pratico del diritto romano, dando rilievo ad alcune parti e basando l'esposizione dommatica su quel diritto comune, che non è nè Celso o Paolo, nè Giustiniano, ma che viene egualmente attribuito (e in ciò appunto sta il male) tanto a Celso e Paolo, quanto a Giustiniano, il che è tradire due volte la verità e la scienza.

Ma se consideriamo dal lato scientifico lo studio del

diritto romano, appaiono allora evidenti le cause del suo portentoso rinascere e rifiorire nell'epoca in cui tutte le sorgenti del vivere sembrano esauste, e la benefica influenza che da più alta sorgente può esercitare sulla pratica. Che le due storie del diritto romano dalle XII Tavole a Giustiniano, da Giustiniano a Napoleone sieno parti essenziali della nostra storia del diritto privato, che nell'ultima sua forma, il diritto comune, esso sia stato quasi interamente trasfuso nei nostri codici, e lo spirito della nostra legislazione (i *principi generali di diritto*, cui si richiama espressamente il codice civile nell'articolo 3 delle disposizioni preliminari) sia così largamente impregnato di diritto romano ed abbia nella ricca casistica e nella penetrante e concisa logica del Digesto la più sicura esplicazione, sono circostanze che da sè sole consigliano lo studio del diritto romano per la retta interpretazione del diritto vigente; mentre è pure certo che l'elaborazione dei concetti giuridici e del sistema organico del diritto ancora adesso non si può derivare se non dal terreno in cui s'è con lavoro poderoso di menti esercitata e incorporata, alla scuola dei giureconsulti romani e dei romanisti. Ma il premio dello studio del diritto romano e il motivo del suo risveglio è ben più alto. Non ve n'ha alcuno che abbracci così tutto intero il campo d'azione del giurista, e muova e vivifichi egualmente le varie tendenze alle quali piega il suo spirito. Il senso dell'interprete e del pratico si affina nell'assidua consuetudine col pensiero di giureconsulti che restano e resteranno maestri inarrivabili: veri creatori della logica giuridica, e nello stesso tempo in contatto assiduo colla vita e consapevoli dei suoi bisogni; non teorici, nè avvocati; concisi, precisi; veramente eleganti, perchè signori dell'arte: tali perchè usciti da un popolo, nel quale tutta la potenzialità d'in-

telletto e di sviluppo pare siasi accumulata nella vita civile e politica, nel quale il diritto pare e fu veramente per la innata vigoria, la potente espansione e la molteplice pressione dei bisogni e dei rapporti sociali, per la necessità stessa del dominio mondiale, *vocazione nazionale*. « Nello stesso modo che chi visita una galleria di statue greche, tuttochè in parte guaste per gli anni e le vicende, in parte deturpate da infelici restauri, resta soggiogato dalla straordinaria potenza di quell'arte meravigliosa, così chi percorre il Digesto e legge quelle pagine dei grandi giuristi, benchè non di rado mutile e peggio interpolate, non può non rimanere compreso davanti a una produzione così straordinaria, così inesauribile e gagliarda, così grandiosa nelle linee generali, così fine ed elegante nei suoi dettagli. *Niuna pagina di altro giurista* di qualsiasi tempo può competere con quelle; l'arte del dritto sembra essere poi sparita o quasi dalla faccia della terra, dopo essersi manifestata in modo così sorprendente (Ferrini). » E se è visibile che l'ultimo codice allontana ora la Germania stessa dal culto del dritto romano, è altrettanto prevedibile che per risollevar la scienza del diritto, gli studiosi tedeschi ritorneranno dopo alcuni decenni a quella fonte.

\*  
\* \*

3. Ma quel pensiero che con mille nomi e sotto mille aspetti investiga l'essere ed il progresso della società umana e aspira a penetrare nel segreto delle sue origini e del suo avvenire, come è la più alta missione del giurista, questo pensiero da nessuna parte riceve; meglio che dal diritto romano, nerbo e alimento. Mai non s'è prodotto nella vita dell'umanità un fenomeno sociale così grande e così ricco, e di cui per singolare fortuna si possiede e s'abbia modo di acquistar meglio ogni giorno una conoscenza così piena.

Noi potremmo immaginare tutta la sostanza del diritto romano esulata dalla nostra coscienza; superato il genio e l'arte dei nostri classici giureconsulti, ma la dottrina e la storia della società umana non potrebbe fare a meno del diritto romano, perchè questo monumento storico e sociologico, che ci spiega dinanzi il progresso lento e costante da un umile stato di barbarie ad una vasta e matura civiltà, è unico al mondo.

Era educato al diritto romano, e dal diritto romano traeva gli elementi il vero iniziatore della sociologia, Giambattista Vico, e coll'abito e il sapere di romanisti il Niebuhr e il Mommsen hanno rinnovato la scienza storica. Ed ora che l'atteggiamento moderno di questo pensiero è tutto ispirato dalla legge dell'evoluzione, il diritto romano ci si scopre essenzialmente evolutivo ed atto in mirabile modo a dar corpo e colore alle fondamentali esplicazioni del principio.

È certo il vanto più insigne della scuola storica dei romanisti l'aver dato il primo e geniale impulso alla concezione evoluzionistica degli istituti e della psiche sociale; una delle prime applicazioni speciali del principio, che ora invade tutte le scienze e assurge al grado di spiegazione filosofica del mondo, e una altresì delle più vivaci e colorite sin dal primo affacciarsi. Assai dubbie invero e, oserei dire, pericolose talvolta riuscirono le conseguenze che dal concetto intesero dedurre i seguaci della scuola; e ingenerarono esse il sospetto che non fosse vero in tutto nè sano. L'opera cosciente delle forti volontà e la *lotta pel diritto* parvero a un tratto rinnegate da una filosofia che esaltava fuor di modo il pregio della consuetudine pel suo carattere di naturalezza e spontaneità, e si adombrava di ogni influenza troppo energica nel movimento sociale. Ma il concetto fondamentale della scuola non aveva nulla

in sè di falso, nè propriamente di esagerato; era soltanto ancora vago ed incompleto. Savigny non aveva, e non ha tanto bisogno di critici, quanto di continuatori; di chi ripigli a determinare e colorire l'idea storica e sociologica onde il suo genio prese le mosse, in guisa da renderla, per così dire, uno strumento sempre più perfetto del pensiero scientifico. Il vivace spirito di polemica contro il genio di tanto più poderoso e sicuro del Savigny, cui l'avvenire renderà giustizia anche nella maggior parte delle sue indagini profonde sul possesso, fece sterile quanto ai suoi risultati positivi l'opera del talento acuto, originale, brillante, ma altresì torbido e sofisticato del Ihering; più sicuri frutti dava invece il movimento di comparazione delle origini romane colle primitive società arie, iniziato dall'indagatrice e solida intelligenza del Sumner Maine, cui forse non mancò che una più profonda coltura romanistica.

Su questo cammino aperto dal Savigny e tracciato dal pensiero moderno giova che il romanista s'inoltri e coi metodi e gli elementi della scienza concorra alla formazione di un *concetto naturalistico del diritto*, affinando così il nuovo metodo per la storia del diritto e la scienza della legislazione.

Base di questo metodo naturalistico o storico-sociologico, è, a mio avviso, la netta separazione, che nei concreti e solidi istituti di diritto, meglio che in ogni altro istituto sociale, si può fare, tra la *struttura*, ossia gli elementi giuridici generali e speciali, in cui l'analisi risolve l'istituto, e la *funzione*, ossia gli scopi cui serve nella vita, i bisogni che intende e può soddisfare. Suo presupposto è che la vita sociale, come la natura, non crea per nuove funzioni organi veramente nuovi, ma vi adatta gli esistenti, alterandone gradatamente la struttura, via via che

la nuova funzione diventa predominante e la primitiva si esaurisce. È il generale concetto lamarchiano dell'adattamento alla funzione, poichè il più fortunato concetto darvinistico della selezione non può aver nel diritto e in genere fuor del campo biologico e sociobiologico che scarse e malsicure applicazioni, venendo meno il suo presupposto: la moltiplicazione esuberante delle entità e la conseguente lotta fra di esse.

Con questo metodo procedendo nelle indagini storiche, gli elementi giuridici, messi chiaramente in rapporto coi fini attuali, secondochè sono più o meno adatti a soddisfarli, potranno fornire indizî del passato; e se, facendo a ritroso il cammino, crescono gli elementi disadatti e compare più assoluta, meno ristretta da eccezioni e limiti la loro efficacia, allora il balzar fuori di una diversa, consentanea funzione farà penetrare il motivo di questa *tendenza storica di svolgimento* e divinare l'originaria figura dell'istituto. Per tal modo *chiave della storia giuridica* diviene la *conoscenza del diritto positivo quanto è più possibile completa*; dalle viscere stesse, per così dire, del diritto positivo noi avremo appreso a ricavarla più che dalle notizie monche e spesso fallaci di un antichissimo passato. Ma l'abito e i criterî positivi di un simile processo, per cui la storia riesce tanto più sicura e fertile di ammaestramenti, soltanto alla scuola del diritto romano si possono apprendere; e la storia del diritto romano in particolare non può aver base e materia se non nell'esposizione dommatico-critica del diritto giustiniano.

E dall'altra parte, indirizzando con questo metodo lo studio delle scienze sociali, si vedrà che mal vezzo è di ricercare pel raggiungimento di un dato scopo il mezzo razionale come se ve n'avesse a essere un solo, il costruire teorie basate su questo presupposto che a certi stadî

della civiltà e dell'economia necessariamente rispondano sempre gli stessi istituti: come chi dicesse che due popoli giunti a uno stesso grado di coltura verranno a parlare naturalmente la stessa lingua. Le leggi supreme della vita sociale non altrimenti ci sfuggono che quelle della vita organica. Ma se è certo che per raggiungere i suoi fini nella vita organica la natura mostra una varietà infinita di mezzi, se è certo che a funzioni identiche sono spesso preordinati organi non omologhi, perchè ogni essere si giova meglio di quelli cui per lungo uso le forze interne, che l'hanno generato, comandano meglio e sono più pronte a muovere, anche per procedere nella vita sociale ad una mèta che sia di vero progresso, la via migliore è quella di piegare gli elementi stessi di un vigente organismo giuridico ai nuovi bisogni. Che v'abbiano scosse violente e trasformazioni repentine degli ordinamenti storici non giova: essi rappresentano la nostra coscienza, nè questa si viola impunemente, senza tema di arresti e ricorsi, senza degenerare insomma dallo stato attuale di civiltà. Ma il danno è altrettanto grave dello spirito esageratamente conservativo, dell'immobilità assoluta di un organismo, che in alcune sue parti può riuscire d'incaglio, anzichè di aiuto ai fini odierni. Ai mali che da due parti minacciano deve e può invocar rimedio il giurista. Non è vero che alla ricerca dei postulati sociali, del « diritto che è nato con noi » egli non sia fatto: che la cooperazione al progresso legislativo non sia compito suo: ch'egli non abbia nè debba avere altra sfera, se non quella del diritto positivo e della sua applicazione: che non possa infine esser chiamato responsabile dinanzi all'umanità e alla storia del contenuto buono o cattivo delle leggi, del loro non corrispondere ai bisogni della società in cui vive. Se il giurista, che degli istituti ha la più esatta e chiara

coscienza, serba, come qualunque profano, il senso delle funzioni del diritto, se non si rinserra a vigilare per l'integrità del principio come tale, abbia pur questo cessato da ogni benefica funzione, allora egli ritorna il miglior consigliere e promotore dell'evoluzione giuridica, che i filosofi e i dilettanti politici considerano ormai come esclusivo dominio loro. *Anche la chiave del progresso futuro è nel diritto attuale.* Ma il senso sano e pratico del suo svolgimento e del suo naturale progresso, i criteri per dirigere ai nuovi fini il movimento giuridico, gli è solo dalla romana e da nessun'altra legislazione, passata o presente, che è lecito sperarli. L'interesse scientifico del diritto romano non scema pertanto, ma s'accresce per quelle parti stesse che l'evoluzione ha soppresso via via, poichè lo sviluppo interno degl'istituti, di cui seguiamo nel diritto romano le fasi e le sorti collo stesso interesse che si presta ai grandi personaggi della storia, è tanto più chiaro e istruttivo, quando la loro vita si è chiusa definitivamente. E come la nostra scienza ha tutti i caratteri dello studio della natura, così n'ha pure la inesauribile varietà di aspetti, l'attrattiva singolarissima e la freschezza immortale.

## CAPITOLO II.

### Concetti fondamentali

1. I concetti generali del diritto hanno base romana o si richiamano all'elaborazione moderna del diritto romano.

Fra i popoli civili il romano è forse il solo che esprima il diritto con una parola d'oscura etimologia, ma che non significa propriamente la direzione, come i vocaboli corrispondenti d'altre lingue (*δίκαιον*, *Recht*, *diritto*, etc.), non racchiude quindi in germe il pensiero della norma. *Ius*

*civile* è il diritto di una società ordinata a Stato, della *civitas* o del *populus*, e l'appellativo ricorda il grado dell'agglomerazione politica a cui si fermarono gli Stati dell'antichità classica.

Viva emerge dal diritto romano la finale unità e l'antitesi storica e positiva tra il diritto e le altre regole che governano il mondo, principalmente la morale. Il parallelismo originario tra il *fas*, il *mos*, il *ius*; la stessa fonte e denominazione delle più spontanee e primitive norme giuridiche (la consuetudine, i *mores*), comune alle norme sociali; la eliminazione di vietate prescrizioni delle stesse XII Tavole abbandonate in seguito alla morale, e per converso la storica assunzione nel campo del diritto di concetti morali, di istituti regolati dalla morale e dall'onore, la buona fede e il fedecommesso, gli sponsali, la fiducia e finalmente l'amicizia nei rapporti internazionali; le classiche lamentazioni che la legge sopraggiunga quando s'illanguidisce la forza dei *boni mores*: sono indizi eloquenti dell'essenziale unità delle varie norme sociali e del facile trapasso dalle une alle altre. Il progresso muove il diritto a penetrare negli elementi intenzionali, a dar rilievo all'interno volere sulle apparenze esteriori; il progressivo espandersi dello Stato e del diritto visibilmente lo fa oltrepassare i confini della tutela puramente negativa e conferisce sanzione legale a doveri positivi, che preludono al sentimento della carità (diritto agli alimenti, all'assegno dotale, rapporti di vicinanza nel diritto giustiniano); e la stessa coazione in senso tecnico, la coazione statutale del diritto, principia con un carattere puramente passivo e solo a grado a grado si differenzia dalle coazioni sociali della riprovazione e della rappresaglia.

E dall'altra parte, come alla morale e alle altre norme dell'operare, così al diritto corrisponde la virtù subbiettiva

di attuarne spontaneamente i precetti, una coazione psichica. La *iustitia* è definita « *constans et perpetua VOLUNTAS ius suum cuique tribuendi.* » È insomma un *habitus* anch'esso il senso della legalità. Come siamo lontani dalla tagliente definizione della filosofia separatista: quegli è giusto, *qui externas actiones ad legem componit!* Ad uno ad uno i vari criteri discretivi della speculazione metafisica, ispirata del resto da motivi altamente nobili, appaiono sfatati dal diritto romano: foro interno e foro esterno, norma del volere e dell'azione, doveri negativi o positivi, incoercibili o coercibili, bene ed utile. La pretesa invariabilità della morale non è che l'invariabilità del romano *ius naturale*: la morale più essenziale e stabile, la morale assoluta, se così si vuol dire, è colla morale sociale, a un dipresso, nello stesso rapporto del *ius naturale* col *ius civile*. Un punto peraltro è degno di nota: *ius* par veramente più tecnico che non è nostra parola *diritto* per le pretese giuridiche, sicchè l'asserzione, per mio avviso abbastanza singolare, che la morale, a differenza del diritto, comprenda puri doveri, non facoltà, avrebbe avuto nel diritto romano un vago appoggio linguistico.

Ma il periodo più saliente e ricco dello svolgimento del diritto romano è anche un'assidua e fin troppo materiale rappresentazione del momento specifico del diritto dal lato positivo, la sanzione assunta dallo Stato, la *coazione* in senso tecnico. Ogni rapporto della vita diviene giuridico al momento in cui è difeso dal Pretore, munito di *actio* o *exceptio* per farsi valere in giudizio o positivamente o negativamente, cioè come strumento atto a paralizzare le altrui pretese, secondo il cauto e larvato procedere di quest'organo. E ciò fa pure in fine che dal lato positivo la morale abbia una più netta separazione dal diritto nell'applicazione pratica e la sentano e la espri-

mano in mille forme e sempre lucidamente i nostri giuriconsulti, ora delimitando il lucro e il danno *giuridico*, ora stabilendo l'esistenza o meno dell'*actio*, ora determinando i confini tra il lecito e l'onesto.

\* \* \*

2. Il carattere concreto, determinato, stabile che per la coazione debbono rivestire le regole di diritto, fa che a certi bisogni, almeno in dati momenti di civiltà, la legge non possa assolutamente soddisfare o vi sodisfi in guisa che al generale è sacrificato il particolare (per es. la legge stabilisce un termine fisso per la pubertà, avuto riguardo alla generalità dei casi) o anche perfino che la sanzione giuridica d'un dato rapporto sopravvive con danno, allorchè è cessato il bisogno che l'ha generata.

Tale imperfezione non rara delle leggi, nascente dai mezzi imperfetti, esteriori, onde il legislatore dispone, e dal perpetuarsi di norme antiquate, genera anche un' interna opposizione tra il diritto come legge positiva e il diritto come ideale etico. I termini romani di quest'opposizione sono *ius* ed *aequitas* o *bonum et aequum*. È un errore volgere *aequitas* con la nostra *equità* o in tedesco *Billigkeit*, parole, come il greco *ἐπιεικής*, di ben più angusto significato. *Aequitas* (dalla radice *aika*, unità, uguaglianza, cfr. *aequor*; etimologia nella lingua latina viva e sentita) equivale precisamente a giustizia. *Aequum visum est, aequissimum est, Praetor aequitatem secutus*, etc., sono frasi che tornano le mille volte nel Digesto per significare specialmente l'opera attiva del Pretore, nonchè degli altri organi dell'evoluzione giuridica romana, nel dar sanzione giuridica ai postulati della giustizia sociale, durante l'epoca di profonda trasformazione della società romana; nè si possono altrimenti volgere se non: si stimò giusto, è giu-

stissimo, etc. Abusare della parola *equità*, ripetendola nel tradurre le mille volte, come i Romani fanno, sarebbe una stonatura, e il linguaggio stesso ci porrebbe sull'avviso circa l'errore concettuale.

*Aequum est, aequissimum est* tornano altresì regolarmente per qualificare le svariatissime soluzioni di casi pratici, tra cui non occorre altro punto di contatto, se non che l'applicazione o la combinazione delle varie norme giuridiche viene ad avere un risultato conforme ai dettami della giustizia distributiva o commutativa: proporzione di danni e vantaggi, di lucri e perdite, di premi e pene, responsabilità dei propri atti, deduzione logica sulla base dei rapporti interceduti, calcolo completo del pro e del contro, delle ragioni *giuridiche* di ciascuna parte, ecc. A ciascuno il suo, ciascun abbia la libera disposizione delle cose proprie e quindi un'azione o interdetto per tutelarne l'esclusivo godimento: ciò è pel Romano un'esigenza dell'*aequitas*. Ora, anche qui volgere tutti questi usi colle nostre parole *equo, equità*, — a parte i casi in cui ciò pugnerebbe apertamente col nostro senso dall'equo, come avviene quando l'*aequitas* attribuisce dei castighi o esige delle cauzioni — sarebbe certo, nell'insieme, d'un effetto abbastanza strano.

Le stesse definizioni, le frasi generali dei classici suffragano questo concetto. L'*aequitas* ciceroniana, *quae paribus in causis paria iura desiderat*, che adegua *pari iure* i sommi e gl'infimi, non può esser che la giustizia. Più nettamente ancora il contenuto, cui si riduce tutta l'*aequitas (omnis aequitas)*, che è l'*habere suum cuique*, secondo lo stesso Cicerone, corrisponde a capello a ciò che, dal lato subbiettivo, della giustizia dicono i giureconsulti. Reciprocamente *ius civile* è definito *aequitas constituta ad res suas obtinendas*: e che altro può intender Cicerone,

quando asseriva che la legge è *fons aequitatis* e *fundamentum libertatis*, se non ch'essa ha per compito di assicurare giustizia e libertà? Un altro antico, Frontino, loda l'*aequitas* dei maggiori, in quanto hanno stabilito che *in suis finibus proprium ius tam res publica quam privata haberet*. Finalmente *Aequitas* è la Dea della giustizia (Temi, Astrea) e personifica la giustizia nelle iscrizioni, nelle leggende delle monete imperiali (*Aequitas Antonini*, *Aequitas Severi*).

Dall'altra parte i termini *iustitia*, *iustus* non significano affatto quel che intendiamo noi per giustizia e giusto in senso obbiettivo, bensì o esprimono virtù subbiettive, interne, ovvero si richiamano precisamente all'altro membro di opposizione, al *ius*, di cui sono meri derivati, e si debbono tradurre « legale, giuridico, legittimo » o simili: così *iustus filius*, figlio legittimo, *iustae nuptiae*, nozze legali, in cui occorrono i requisiti e gli effetti di un vero matrimonio romano (sono *iniustae nuptiae* anche le nozze *iuris gentium*), *iustum testamentum*, *iusta hereditas*, *iusta conventio*, *iusta servitus*, *iusti dies*, termini legali, *iustus comitiatus*, *bellum iustum*, etc. Soltanto in larga misura nel latino dei tardi poeti e dei romei comincia il *iustum* o la *iustitiae ratio* a prendere il posto dell'*aequum* e dell'*aequitas*.

Si consideri inoltre che la parola *legitimus* non poteva sostituire *iustus* nel senso della legalità o della legittimità in generale, giacchè essa è collegata alla *lex* in senso specifico, al *ius civile*, ma non può qualificare il rapporto riconosciuto dal *ius honorarium* o dalle fonti straordinarie del diritto: quindi *actus legitimi*, gli atti di diritto civile, solenni, *iudicium legitimum* in antitesi ai giudizi aventi la base nell'impero del Pretore, *legitimae hereditates*, in antitesi alle pretorie *bonorum possessiones*,

*legitimus tutor, legitimum dominium, legitima aetas*, etc.; ma *iustae causae*, non *legitimae*, trattandosi anche di rapporti pretori.

Fu soltanto nell'epoca romea che lo smarrirsi degli antichi concetti costituzionali romani ripristinò per le emanazioni dell'autorità imperiale, unica fonte di diritto, il titolo di *leges* e l'epiteto *legitimus*, divenuto pertanto un termine generico e in questo senso interpolato nelle nostre fonti: *legitimae usurae, legitimum tempus*, tanto per la usucapione, quanto per la *in integrum restitutio*, etc. Di rimbalzo i termini *iustus, iustitia*, che già il latino ellenizzante degli scrittori cristiani aveva assimilato al greco *δικαιον*, presero insensibilmente il posto della romana *aequitas*: *iustum est, iustissima constitutio*, dice Giustiniano delle sue riforme: *iustum est*, afferma, dividere il lucro tra vari *participes*, una delle più frequenti applicazioni dell'*aequum* presso i giureconsulti: *iustae leges* quelle che l'antico diceva *aequae leges*. L'*aequitas* torna quasi esclusivamente in usi estragiuridici, *aequa dignitas, aequi passus, aequo iure*, e nell'immagine a sazietà ripetuta *aequa lance*. Lo stesso squilibrio dei termini in senso inverso avvisa del mutamento. Nella lingua nostra l'involuzione è completa: e la nostra equità, sempre benigna e pietosa, l'equità che rappresenta un correttivo della legge e un adattamento di essa alle peculiari circostanze del caso (*iustitia particularis causa*), un giusto più dolce, secondo i vari momenti della aristotelica *ἐπιεικεία* (il quale Aristotile, e in ciò si riferiva certo allo stato della legislazione greca, attribuisce il compito di questo adattamento al giudice), può ben essere invocata, come accade regolarmente, per stabilire principi eccezionali di diritto, per rimettere o diminuire la pena del reo, quando il Romano in simili casi fa richiamo costantemente all'*utilitas*, ovvero alla

*benignitas*, all' *humanitas*. L'equità moderna è un concetto individuale, l'*aequitas* romana è l'idea sociale della giustizia.

\*  
\* \*  
\*

3. La tendenza più resistente nella speculazione filosofica o utopistica sulla società e sul diritto è la concezione di un ideale assoluto dell'ordinamento etico-giuridico. L'espressione scientifica e popolare dopo duemila anni così vivace di questa tendenza è il romano *ius naturale*.

Il concetto romano è mutuato alla filosofia greca. La grande battaglia agitatasi nella filosofia greca tra la φύσις e la θέσις in ordine alle varie manifestazioni dell'essere, il mondo, la società umana, il linguaggio, lo Stato, l'etica e il diritto, ebbe circa il problema del diritto un esito singolare: da un lato si giunse a distinguere un diritto che è tale φύσει, il δίκαιον φυσικόν, e un altro che è tale θέσει, il δίκαιον νόμιμον, dall'altro lato la reazione critica e positiva ebbe finito coll'oltrepassare ogni confine ragionevole, negando un qualunque fondamento alla nozione del giusto e dell'ingiusto, all'infuori della legge positiva: καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ αἰσχρὸν εὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ. La risposta era agevole e in un dialogo socratico compare, insieme coi vari punti logici — un vero campione di logica formale e metafisica — di questa speculazione sino all'ascensione in grembo alla divinità. » « Io per me, o Ippia, dichiaro una cosa stessa il giusto e la legge (τὸ νόμιμον). » « Ma, Socrate, le leggi mutano. » « Non sai tu, o Ippia, di leggi non scritte? » « Sì, quelle che in tutta la terra egualmente si osservano. » « Potresti ora dire che gli uomini se le sono date? » « E come lo potrei? se non potevano tutti convenire, nè parlano lo stesso linguaggio. » « Ora chi reputi che abbia posto siffatte leggi? » « Io stimo che gli Dei abbiano posto agli uomini siffatte leggi. »

A questo punto i Romani ereditarono il concetto e l'antitesi. Il *δίκαιον φυσικόν* diviene il *ius naturale* e il *ius gentium*, la qual seconda formula come tale sembra schiettamente romana. Tanto l'eternità quanto l'universalità, in genere l'indipendenza dai confini di tempo e di spazio, erano repute qualifiche del diritto naturale: se non che l'espansione mondiale di Roma aveva dato rilievo al carattere dell'universalità. Gaio, quale rappresentante per noi della corrente che preferiva la formula *ius gentium* o del periodo in cui la separazione dei due concetti non era ancora operata, lo definisce così: il diritto che la natura, *naturalis ratio*, ha stabilito, ma che essa ha precisamente stabilito tra tutti gli uomini (*inter omnes homines, apud omnes gentes*). A parte il rilievo dato a questo momento, non sfuggito del resto alla speculazione greca, non è che la pura e semplice concezione ellenica: *naturalis ratio* non esprime se non lo stesso che *natura*; *ratio* ha il significato di ordine, metodo, logica, se si vuole, ma logica delle cose: la ragione, l'intelletto, come s'intese nella speculazione medioevale e moderna, non ci ha punto che vedere.

Nella definizione del *ius naturale* di Paolo non si fa che esprimere un carattere del diritto naturale parallelo alla universalità, cioè l'eternità sua: *quod semper aequum ac bonum est*. *Ius naturale* è il giusto eterno: quale sia la sua fonte non si dice.

A un certo punto peraltro il fatto universale e la coscienza non parvero trovarsi così ben d'accordo. Nella eletta società romana dell'età imperiale, via via dominata da ideali più vasti e gentili, non v'era più un'anima che non sentisse la profonda ingiustizia della schiavitù, istituzione che era pure comune a tutti i popoli dell'evo antico. Questo dissidio tra la coscienza etica e la base

economica della società fu causa non ultima dell'illanguidimento e della finale caduta del mondo antico: una società non resiste a lungo, quando è minata idealmente nelle sue basi profonde. Questo dissidio portò a distinguere il *ius naturale* dal *ius gentium*. Malauguratamente, nel tentativo di formulare un concetto distinto del *ius naturale*, la speculazione romana assai debole fu di nuovo attratta da quel momento estrinseco, cui aveva dato risalto nel *ius gentium*. Se il diritto naturale vuol essere qualche cosa di diverso dal *ius gentium*, non sarà il diritto comune a tutti quanti gli uomini, ma comune agli uomini e agli animali: il fondamento ultimo è sempre la natura. *Ius naturale est*, dice Ulpiano, che rappresenta per noi questo tentativo, *quod natura omnia animalia docuit*, e ne adduce come esempi il matrimonio, la famiglia. Poteva anche aggiungere di questo passo la proprietà, lo Stato, la stessa schiavitù, che si sforzava di respingere. Senonchè — a parte la confusione tra il fatto e la norma, rilevata forse con troppa insistenza, perchè negli animali sociali esistono vere norme sociali — se il *ius gentium* è un corpo troppo vasto, per esser fatta l'osservazione tra un ristretto gruppo di popoli, affini di razza, di costumi, di civiltà e in assiduo antico commercio, il *ius naturale* veniva ad essere troppo ristretto: molte istituzioni sono asserite naturali dai Romani, delle quali indarno Ulpiano avrebbe cercato il *pendant* tra gli animali.

A ogni modo, tra gli uomini o tra gli animali, questi rapporti sono stabiliti dalla *natura* o dalla *naturalis ratio*: ora questa *natura*, questa *naturalis ratio* che cosa è?

Diciamolo subito: non un concetto positivo, bensì un'antitesi meramente negativa, il che vuol dire in sè e per sè nulla. Nel suo senso fondamentale la parola *natura* esprime ciò che esiste, nasce, accade, ciò che insomma si vede

spuntar fuori, *indipendentemente dall'operare attivo dell'uomo*, ciò che non procede insomma dall'arbitrio umano; la nuda antitesi con ciò che l'uomo produce, cagiona, insomma fa essere: più in generale ciò che è opera di cause occulte e remote, in antitesi a ciò che è opera di cause manifestamente operanti nel tempo. Trovo anche in un recente filosofo del diritto, il Poulszky, queste parole: « Il termine naturale è adatto a denotare qualunque cosa che noi desideriamo considerare come indipendente dall'attività umana, o fisica o mentale, o anche come antagonistica ad essa. » Per quell'istinto di personificazione che è insito nel nostro spirito e trae sovente « a prender l'ombre come cosa certa » *natura* si adopera a esprimere la forza occulta che crea queste cose o questi fenomeni. Così *naturalis agger o alveus, naturalis cursus o rigor fluminis, naturalis causa, natura* (non *opera, facto hominis*) *aqua crescit o nocet, naturaliter fluere, naturalis interitus o sors*, la nostra morte naturale, *naturalis color, motus*. Del resto, tal senso fondamentale risulta dall'etimologia: *natura* è da *nasci*, come *φύσις* da *φύω*: come la cosa sia nata e la proprietà innata, a ciò risponde tanto quella parola, quanto risponde la spiegazione data di un fenomeno colla traduzione in greco o in latino del vocabolo italiano che lo significa. I significati di logico, necessario, inerente all'essenza o all'indole, reale e vero, immutabile, non sono che altrettanti atteggiamenti di questo senso fondamentale: una cosa è logica, essenziale, necessaria, reale e vera, immutabile, appunto perchè è sottratta alle arbitrarie alterazioni.

Ora, una volta portata nel campo del diritto, questa parola non diventa più significativa. In *tre relazioni* diverse essa si presenta, poichè diverso è il concetto posi-

tivo che vi si oppone, e ciò non ha recato piccola confusione, perchè al nostro tema interessa una sola (1).

In primo luogo *natura, naturalis, naturaliter* si adoperano come antitesi generale ai rapporti, alle norme, agli istituti di diritto: significano in sostanza *tutto il mondo estragiuridico*. Sono fatti meri, non giuridici, anche relazioni e regole di condotta fuori del diritto, pei romani la *pietas, l'officium, i mores* estragiuridici, che ricevono l'epiteto di *naturalis*, in quanto esistono indipendentemente dall'arbitrio del legislatore, oltrepassano, per così dire, le frontiere del diritto, benchè talora in un territorio soggetto eventualmente alle sue scorrerie e alle sue conquiste. Poichè questa categoria non è stata distinta, vi appartengono i testi più vessati in proposito e ne sono germogliate le più peregrine teorie. Il giureconsulto Modestino (forse Pomponio) fa distinzione in un testo relativamente alla rappresentanza tra acquisti civili (*quod civiliter adquiritur*) e acquisti naturali, come il possesso, (*quod naturaliter adquiritur, sicuti possessio*): ed ecco rampollarne (autore di essa il Savigny) la teoria della rappresentanza nei modi d'acquisto e nei contratti *iuris naturalis*, mentre il giurista non intendeva affatto di dare un colpo di scure al principio negativo della rappresentanza diretta, ma semplicemente stabilire che un acquisto com'è quello del possesso, che non esiste giuridicamente, che non è di diritto, ma solo di fatto, non esclude la rappresentanza, come per la stessa ragione, ciascuna volta ripetuta al proposito, che

---

(1) Lo SCHWANERT, il WLASSAK, il LEIST e più largamente il nostro BRINI stabiliscono in rapporto al tema del *ius naturale* la opposizione tra il fatto e il diritto, tra ciò che ha reale esistenza e ciò che è mera configurazione positiva; ma non determinano maggiormente il significato di *natura*, nè distinguono le relazioni varie, in cui si può ritrovare col diritto, e delle quali una sola si riferisce alla nostra antitesi.

il possesso è una *res facti*, si valuta anche l'*animus* del pupillo, non vale a infirmarlo il divieto civile della donazione tra coniugi, e viceversa non si acquista dall'erede mediante l'adizione dell'eredità, nè si riacquista *iure postliminii*. È insomma il testo parallelo alla *bonorum appellatio civilis e naturalis* di Ulpiano, che pare alludere (il passo è veramente monco) a beni patrimoniali e beni della natura. Il possesso stesso è detto in generale *naturalis*, fuori del diritto, quando si oppone alla *possessio civilis*, garantita mediante azione, sia poi la *rei vindicatio* o l'*actio Publiciana* o l'*actio in rem vectigalis* o le infinite azioni che difendono le infinite specie di *possessiones*, poichè, fatto un calcolo approssimativo, i fondi tenuti in proprietà *ex iure Quiritium* costituivano forse  $\frac{1}{20}$  delle terre sull'Impero. Nè si può dire quanta confusione regni ancora nell'argomento per non saper distinguere un tal senso da quella *possessio naturalis*, che non si oppone alla *possessio civilis*, cioè in fondo alla nostra proprietà (le ragioni per cui nel diritto romano non si chiamava *dominium* non sopravvivono nel concetto odierno della proprietà), bensì alla *possessio*, e per lo scambio totalmente fallace ed esotericamente insostenibile della *possessio civilis* col nostro possesso giuridico: equivoco non dissimile da quello che porta a fraintendere il senso della romana *successio in universum ius*.

I termini *naturaliter obligari*, *natura deberi* sono anche adoperati dai Romani a significare obbligazioni come quella di prestare delle opere al patrono od anche di ricambiare in certe relazioni sociali il dono ricevuto e ad esse si assomiglia l'obbligo della donna di costituirsi una dote o prestare gli alimenti a un parente remoto: perchè sono obbligazioni sancite dalla *pietas*, dalla *reverentia*, da norme sociali diverse, non dal diritto, come espressamente si ri-

leva, per quanto il diritto ne possa tener conto per non far ripetere il pagato. E qui, se la confusione è svanita nel diritto romano, in cui la diversa tecnica organizzazione e la diversità degli effetti ha condotto a distinguere le due specie di obbligazioni naturali, dura florida nel diritto moderno per la simpatia di riavvicinare le obbligazioni naturali odierne alla seconda specie, che dipende dal *ius naturale*, della quale non sussiste verun caso oggidì, della quale non sussistono i molteplici effetti, mentre delle prime sussiste bene il concetto nel foro dell'onore o della coscienza, della morale più stabile e inconcussa, cui gli stessi fondatori dell'odierna codificazione si richiamano, sussistono o sono analoghi i casi, sussiste l'identico unico effetto.

La seconda categoria antitetica, straniera anch'essa, e anch'essa egualmente confusa col termine del *ius naturale*, è un'opposizione interna nel campo stesso dei rapporti giuridici *tra il fatto giuridico indipendente dall'arbitrio umano e il fatto giuridico volontario*. I termini *factum, res* o *causa facti, nudum factum* si scambiano in questa categoria liberamente coll'epiteto *naturalis*: il termine opposto non è più *ius* o *lex*, cioè l'attività del legislatore, bensì *voluntas, opera* o *factum hominis*. In questo senso si parla di servitù stabilite *natura loci*, con un uso lato del concetto di servitù, la quale in diritto romano o almeno nel diritto romano classico, non può esser altro che volontaria: in questo senso la *possessio naturalis* o semplice *detentio*, senza *animus possidendi*, si contrappone alla *possessio vera*, che nel diritto romano vale costantemente *possessio animo et corpore*. Ma basta un tenue appoggio anche qui per elevare gli spiriti da sì modesto terreno a più alte sfere. Dice Papiniano: « *vectura sicut usura non natura venit, sed iure percipitur* » ed ecco evocar l'imma-

gine del *ius naturale* e il grande Cuiacio far richiamo alla dottrina aristotelica circa la liceità e la moralità delle usure, mentre nel testo la *vectura* e la *usura*, per la quale è necessario dare a mutuo la somma o a nolo il veicolo sono opposte semplicemente a quelle accessioni delle cose, come l'alluvione, i frutti e simili, che si producono anche senza fatto dell'uomo: e ciò a determinare l'obbietto della restituzione nella *rei vindicatio*. Questa antitesi del resto è forse la più viva nel linguaggio moderno.

Ma l'aspetto, che per il nostro proposito veramente importa e a isolare il quale giova distinguere gli altri, è quello in cui si vuole con quei termini designare principî o istituti giuridici, la cui genesi e il cui stabilirsi tra gli uomini si presenta come indipendente dall'opera del legislatore, *il cui valore etico-giuridico, in una parola, è indipendente dalle positive sanzioni*. In antitesi a tali rapporti, in cui non pare che il legislatore abbia fatto alcuna opera creativa, *iuris civilis* diconsi quelli in cui l'arbitrio legislativo si rivela, che potrebbero essere o non essere o essere in guisa diversa, ma che non sarebbero in quel dato modo o non sarebbero in niun modo, indipendentemente dall'arbitrio legislativo.

La società domestica e i suoi doveri, l'inerenza della superficie alla proprietà del suolo, la successione generale dei figli e delle figlie ai genitori, finalmente libertà uguale per tutti gli uomini, respinta la distinzione tra liberi e servi, sono schietti postulati del *ius naturale*. Sono principî supremi di diritto naturale il *vim vi repellere*, il *neminem locupletari cum aliena iactura*. Gli istituti naturali e civili si presentano sovente in uno schietto parallelismo: v'ha una parentela naturale e una civile, v'ha modi d'acquisto di diritto naturale e di diritto civile, la tutela degli impuberi è di diritto naturale, la tutela delle donne

di mero diritto civile, senza nessuna giustificazione, dice Gaio, che non sia speciosa. V'ha delitti naturali, il furto, l'adulterio, e civili (*civiliter, quasi iure civitatis*), che non hanno niente che vedere col nostro concetto odierno del delitto civile, il quale d'altra parte non ha nemmeno che vedere col concetto romano del delitto privato, e v'ha finalmente obbligazioni civili e naturali, dalle quali l'organizzazione tutta romana della famiglia e della schiavitù svolse malauguratamente per l'intelligenza moderna il concetto delle *obligationes naturales tantum*, sopravvivenenti in parte anche alla pressione di quella civile organizzazione.

Il motivo per cui tali rapporti si reputano indipendenti dall'arbitrio, non hanno bisogno per venire alla luce, della positiva sanzione del legislatore, è chiaro, e in duemila e più anni da Socrate a Cicerone, da Cicerone a Savigny la prima risposta non pare mai mutata: essi sono nella nostra coscienza, in *corde hominis*, dice Cicerone, nella coscienza di tutti gli uomini, di tutti i popoli, paiono dire i giureconsulti. La coscienza è adunque il punto di partenza della dottrina; la coscienza è la parola magica contro i sostenitori della tesi *καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ αἰσχρὸν οὐ φύσει, ἀλλὰ νόμῳ*; la coscienza pare l'indice necessario di una forza genetica sovrastante all'uomo, di un potere che esclude l'arbitrio legislativo: la coscienza finalmente, che pena a rappresentarsi il mondo altrimenti da quel ch'essa vede e sente, a negar l'esistenza del color rosso e verde che i nostri occhi vedono, si figura queste leggi (e in ciò l'aiuta il fatto ch'esse sono realmente più costanti e generali, in quanto corrispondono a bisogni più antichi ed essenziali, in quanto hanno men ragione di mutare per adattarsi meglio allo scopo) veramente immutabili e universali. Ma se la coscienza, benchè a questa s'arresti l'in-

tuizionismo, non ci porge ancora la spiegazione circa l'origine e l'essenza del diritto naturale, la natura, s'è visto oramai, è una risposta vuota e insignificante; al quesito, cui par rispondere, non risponde affatto; si esclude la *Σείσις*, l'arbitrio e nulla più. L'intelligenza umana è curiosa, ma, come nota Spencer, essa si appaga sovente di spiegazioni « puramente verbali. » Dato l'effetto, si aspira a conoscer la causa, ma « la tensione mentale riceve un sollievo sufficiente allorchè al risultato dell'osservazione (nel caso nostro all'osservazione della coscienza) essa aggiunge un nome. » La risposta teologica, socratica e cristiana (*divina quadam providentia constituta*, dice l'imperatore Giustiniano), è sotto un certo aspetto migliore, in quanto è una risposta positiva e rivela che il quesito rimane. E rimane infatti per i secoli successivi dalle scuole teologiche medioevali all'odierna scuola positiva ed evolucionistica; ma coi Romani il problema filosofico non avanza d'un passo dal punto in cui la filosofia greca l'aveva portato.

Ma qui emergono precisamente, e per più lati, i veri pregi sovrani della concezione romana del *ius naturale*. La scuola storica e l'evoluzionismo sociologico, che n'ha ampliato le correnti, hanno fondato il concetto di una lenta progressiva formazione dell'etica e della psiche sociale: intuita vagamente dal pensiero teologico nel concetto di successive rivelazioni, allorchè i cuori da Mosè a Cristo « si son fatti meno duri ». Ora, se si desidera una splendida riprova induttiva, ecco che ad uno ad uno gli istituti immortali, in cui la positiva scienza giuridica romana concretava il *ius naturale*, o nel mondo moderno o nel mondo primitivo, in cui si allarga la visione scientifica moderna, si perdono tutti: il *ius naturale* dei Romani svanisce. Oggi non più la *naturalis ratio* impone.

che proprietario dell'edificio sia il proprietario del suolo; e la coscienza odierna ha trovato più naturale il mero accordo che non la tradizione per il trapasso della proprietà. La tradizione pare anzi una forma e perfino nella teoria romanistica venne e vien forse ancora considerata come una forma. Oggi non v'ha più una *naturalis pugna* tra la successione testamentaria e l'intestata, nè la *naturalis ratio* nella specificazione oscilla per noi tra i due termini della materia o della fabbricazione. V'ha popoli, certo non troppo elevati nella scala dell'umanità, cui sono totalmente ignoti alcuni *probra natura turpia*, gli stessi *crimina natura graviora*, come l'*incestum iure gentium* nelle forme in cui l'orror naturale è più vivo in noi; e presso quegli stessi popoli, se la necessità della difesa e dell'offesa ha generato forme rudimentali di cooperazione politica, non esiste matrimonio, nè esiste famiglia, non esiste insomma unione continuata più di quello che sia strettamente necessario alla conservazione della specie. Dall'altra parte nell'epoca in cui la famiglia romana fungeva in tutte le sue parti come un organismo politico, la struttura ch'essa ne serba ancora nelle sue singole parti, la *patria potestas* e la *manus*, l'agnazione, l'adozione, la *capitis deminutio* di chi esce od entra nel gruppo, erano istituzioni prettamente naturali, insite nella psiche sociale.

Nel periodo militare nessuno avrebbe dato della tutela muliebre quel giudizio che Gaio ne porge in un periodo industriale; e in un periodo patriarcale, quando essenziale veramente era il consenso dei genitori alle nozze, e quello dei figli o delle figlie poco o punto importava, sarebbe apparso assai strano il motivo di cui si vale il giurista per ridurre quell'assentimento ai modesti limiti del silenzio, cioè ch'esso è imposto *civili ratione*, ch'esso è

*contra naturalem rationem!* E quando l'obbligazione era non un rapporto e un debito patrimoniale, bensì un vincolo vero di natura ideale, analogo ai nostri rapporti internazionali, chi avrebbe potuto concepire la *solutio* nel senso più tardo e oramai tecnico della parola, come il modo più naturale di sciogliere il vincolo? Chi avrebbe mai potuto concepir naturale, che fosse lecito a un terzo qualunque di sciogliere il vincolo tra due diverse persone contro la volontà dell'una e dell'altra? Finalmente quando la successione ereditaria era veramente una successione nella sovranità del gruppo, la natura non suggeriva il dovere di chiamare tutti i figli e le figlie a succedere invece del primogenito o del più degno figliuolo designato dal defunto stesso!

Certo il principio « *Neminem locupletari cum alterius detrimento* » il principio « *vim vi repellere* » paiono immutabili, ovunque siano persone e patrimonio; ma nella loro astratta generalità essi non rappresentano che la pura idea del diritto, il *suum cuique tribuere* e il *neminem laedere*, e nella loro realizzazione essi hanno uno svolgimento continuo per cui, mentre il primo si amplia via via continuamente nel corso della storia del diritto romano e cresce poi a dismisura nel diritto giustiniano, in cui si usa riguardo anche ai possessori di mala fede, il secondo, costretto via via in più angusto territorio, ma nondimeno abbastanza largamente ammesso al tempo dei giureconsulti, si riduce a confini assai modesti nel diritto giustiniano ed è poi totalmente eliminato nella sublime legge morale rappresentata dal Vangelo.

Ma un'altra corrente di pensiero oggidì più in favore è largamente sfatata dal diritto romano: la tendenza di far camminare la storia di tutti i popoli per epoche e istituzioni uguali e fatali. Non si ricerca più un diritto

naturale assoluto, immutabile (sebbene a questa precisa concezione ritorni in parte con insistente compiacenza lo stesso filosofo dell'evoluzionismo, Herbert Spencer), ma si vuole un diritto necessario e universale a date epoche dell'umanità o a date condizioni di esistenza, un diritto naturale in questo senso limitato. Era già in fondo per questa ultima parte il pensiero del nostro Romagnosi; ma io dubito dell'esattezza di questo pensiero per ogni verso. Si vuole universalizzare l'antropofagia, si vuol fare della poliandria, del matriarcato, della poliginia fasi necessarie attraversate da tutti i popoli, mentre è assai probabile che negli uni sia originaria la poligamia, come negli altri la monogamia; e dall'altra parte i comparatisti insieme con molto bene hanno fatto anche molto male nello studio delle origini del diritto romano per volerle ridurre allo schema degli altri popoli ariani o non ariani, rinnegando le istituzioni veramente caratteristiche e originarie dell'antico popolo.

In realtà ne' diversi diritti gli istituti più varii possono soddisfare gli stessi bisogni, come nelle diverse lingue gli stessi concetti sono espressi da vocaboli diversi, come nel mondo organico organi non omologhi adempiono le stesse funzioni: quale organo prensile il cammello si giova delle labbra, l'elefante del naso, l'uomo delle mani. Esempio vasto nel campo del diritto ne offre l'istituto della schiavitù. Il materialismo storico rappresenta fino ad oggi le seguenti fasi della produzione economica nel corso ascendente della civiltà, il cui carattere sarebbe interamente determinato dal momento economico: schiavitù, servaggio, lavoro salariato. Ora, l'organizzazione e il movimento commerciale e industriale del mondo romano nella fiorente epoca imperiale si rivela di giorno in giorno notevolmente superiore nel suo complesso all'organizzazione moderna

nel periodo anteriore alle grandi scoperte fisiche; e quel mondo aveva precisamente la sua base economica e sociale nell'istituto della schiavitù, che adempiva le stesse funzioni del lavoro libero e salariato. All'opposto coll'enunciato schematico l'economia e la civiltà di Roma imperiale dovrebbero esser fatte indietreggiare al di là della economia agricola e patriarcale dei baroni feudali dell'alto medio-evo! Il vero è che la natura per raggiungere i suoi scopi ha una inesauribile varietà di mezzi e di organi e quello è il migliore che meglio si coordina cogli altri e colle forze interne dell'organismo, che meno impaccia il raggiungimento di altri scopi, di altri bisogni egualmente potenti, benchè non prettamente economici.

La speculazione su di un ideale assoluto e relativo ha radici intime nella natura dell'uomo. Una simile speculazione non fu per vero innocua nell'età moderna, soprattutto nel secolo passato, alla vigilia della rivoluzione francese, quando filosofi e letterati pretesero fissare *a priori* un diritto naturale di pura fantasia, astraendo dagli uomini e dalla società in cui vivevano: e nonostante la prudenza che i metodi positivi e la scienza storica tanto cresciuta dovrebbero avere insegnato agli scrittori politici, pare alle volte di assistere in questa fine di secolo con caratteri diversi a un ricorso della fine del secolo XVIII. Ma il *ius naturale* dei Romani era una concezione desunta da concreti e positivi istituti giuridici: nella forma del *ius gentium*, l'espressione scientifica, per così dire, della espansione mondiale del popolo e del diritto romano, essa induce a dar rilievo nella dottrina giuridica e valore preponderante nella pratica alle norme più generali e quindi più essenziali degli istituti giuridici, al rapporto materiale rispetto alla forma, donando al diritto romano il suo carattere elastico e universale, che lo rese adatto

ai bisogni della società moderna; nella forma più propriamente del *ius naturale* o della *naturalis aequitas*, essa guida ed esprime nel giureconsulto romano la tendenza ostile agli istituti antiquati sopravvivenuti per inerzia, agli istituti ripugnanti alla coscienza civile, e l'indirizzo pratico di rendere le norme di diritto più adatte allo scopo, più esattamente rispondenti ai dettami della coscienza sociale. Ma in qualunque forma essa non portò mai a travolgere gli ordinamenti sociali, a disconoscere la vita reale; i giuristi opposero il *ius naturale* al *ius civile* come qualche cosa di più essenziale ed inconcusso (di qui l'adagio equivoco, perchè vi si confonde il rapporto di fatto colla norma etica e giuridica, ma volentieri assunto come motivo per indurre un riconoscimento parziale dei rapporti di diritto naturale, anche in contraddizione con principi di diritto civile: *civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest*), ma non rinnegarono il *ius civile*, nè intesero punto, chechè ne abbia pronunciato il Maine, di riassorbirlo a poco a poco tutto nel *ius naturale*. Il *ius civile* è egualmente necessario, egualmente conforme all'*aequitas*, ma esso rappresenta bisogni più transitori e particolari, più recenti, oscillanti e sfuggevoli, nè quindi la norma è circonclusa di tutta la mistica aureola del *ius naturale*, insita nella psiche umana in guisa che la sanzione legislativa non sia che una coazione fisica aggiunta alla coazione psichica. Poichè, dopo tutto, l'augusta sanzione viene dal tempo: e tempo verrà forsanco in cui la proprietà intellettuale, ora sentita da molti come un monopolio, che non vuol esser tollerato, sia scritta non soltanto nella legge, ma nel cuore dell'uomo come la più santa di tutte le proprietà. In ultima analisi questi pregi e la benefica influenza pratica della concezione romana derivarono dalla classe di persone in cui l'aspirazione e il movimento ebbe suoi organi e rap-

presentanti: persone che conoscevano effettivamente e profondamente il diritto in vigore e vivevano a un tempo stesso in contatto assiduo colla società, esercitavano sul popolo e nello Stato l'influenza di oracoli e di legislatori; e forti di una dottrina giuridica, di una cognizione di fatti, di una autorità che più non si ritrovarono in ugual misura congiunte, traevano dallo stesso organismo del diritto in vigore gli elementi per gli scopi nuovi che la vita mutevole poneva.

\*  
\* \*  
\*

4. Ha radici romane e soltanto con lo studio delle fonti e dell'evoluzione del diritto romano può esser nel suo intimo valore, ne'suoi vari atteggiamenti, nella sua progressiva differenziazione penetrata l'antitesi del diritto pubblico e del diritto privato. Il Romano della matura epoca civile fa richiamo in generale allo *status rei romanae* e all'*utilitas singulorum*, il benessere dello Stato, l'interesse dei singoli, esemplifica l'ambito del diritto pubblico colle nostre discipline di diritto pubblico: *in sacris, in magistratibus, in sacerdotibus*; ma nelle specie particolari attribuisce al diritto pubblico il titolo antonomastico di *ius*, in opposizione alla *voluntas*, colla nota caratteristica di essere inalterabile dalla volontà dei singoli. *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*. Risponderebbe al nostro diritto imperativo, assoluto, coattivo per antonomasia, in antitesi al diritto dispositivo, relativo, suppletivo: uno dei terreni in cui più soccorre la *ratio legis* e l'interpretazione, poichè le parole sovente non danno lume; chi, per esempio, dalle parole potrebbe giudicare se colle usure legittime o legali s'intenda un massimo insorpassabile, come presso i Romani, o una misura liberamente alterabile dalle parti, come presso di noi?

Oggi come al tempo di Ulpiano la distinzione rappresenta in generale il contrasto dello Stato e dell'individuo, dell'autorità e della libertà: l'interesse della società nel suo complesso, la coordinazione e l'equilibrio dei vari gruppi e delle diverse classi sociali è oggi materia di diritto pubblico. Ma fu sempre così? E donde il nome enfatico di *ius* o *lex* per le norme di diritto pubblico? E quando si può dire che spunti fuori la differenza essenziale tra l'un campo e l'altro, ovunque la si voglia riporre?

L'agglomerazione politica primitiva consta di più gruppi, il più vasto comprendente una serie di minori consorzi e così di seguito. Non rievochiamo le attuali popolazioni barbare osservate dallo Spencer. Famiglie e *vici*, genti e *pagi*, tribù, città, federazioni di città nel mondo classico; clans e borghi, fare o baronie, valvassini, valvassori e vassalli, comuni, cantoni, distretti e leghe, e al disopra il re o il fantasma del sacro romano impero nella società medioevale; le stesse associazioni mercantili e industriali, gli ordini monastici assumono funzioni politiche, nel Comune stesso l'un ordine si afferma di fronte a tutto il popolo, come in Roma la plebe nel primitivo comune patrizio-plebeo. Casali, castelli, conventi hanno ciascuno giurisdizione, leggi proprie, organizzazione offensiva e difensiva. È una diffusione, una dissipazione dell'autorità politica in tutti i centri possibili.

Ma in simile stato di cose, l'autorità del gruppo superiore si esercita non sull'individuo, bensì sui gruppi sottostanti: non è *l'antitesi concettuale ed essenziale, Stato e individuo, autorità e libertà, bensì l'antitesi puramente estrinseca di gruppo e gruppo, potere centrale e autonomia*. I nomi pertanto di diritto pubblico e diritto privato, che si derivano dalla tradizione romana, nelle origini esprimono bensì una distinzione di sfere, quella del *populus*

e quella autonoma, *propria o privata*, dei gruppi minori, ma non una distinzione di essenza. Poichè tutti i vari gruppi hanno la stessa natura, quindi la stessa organizzazione e più o meno le stesse funzioni d'ordine.

La lotta tra i gruppi soprastanti e sottostanti per la concentrazione dei poteri o l'indipendenza è *lotta per lo Stato*. Questo si afferma nel gruppo che vince, il quale può essere il maggiore ovvero una o altra serie dei minori, se le forze disgregatrici prevalgono. Le altre agglomerazioni si dissolvono o si subordinano allo Stato, divenendo suoi organi politico-amministrativi o alterano via via la propria coesione e la propria natura. In qualunque caso ne' rapporti più essenziali, poi via via in ogni rapporto, di fronte allo Stato compare l'individuo. L'autonomia dei gruppi diventa libertà politica o individuale: s'intende, salvo le alterazioni recate dal dispotismo, se l'evoluzione avviene sotto la sua mala influenza.

Nell'antica società italiana prevalse la città: e per quanto nella guerra italiana il vecchio vincolo federativo tra le città si riveli in una forma e in una diffusione grandiosa, per quanto nella costituzione imperiale abbia vinto, tuttavia non ne esce mai netta nell'epoca romana una costituzione politica superiore alla città (1). Ma gli orga-

---

(1) Peraltro nella confederazione italiana del 90 a. C., poichè Italica non è città dominante, pure essendo eretta a sede del senato e del governo, non solo non mi sembra guari ammissibile che i confederati avessero il proposito di continuare il regime cittadino, divenendo tutti cittadini di Corfinio Italica, ma nemmeno che intendessero costituire meramente un vincolo e una lega internazionale. Certamente nel sistema federativo la linea di confine tra il regime internazionale e il regime costituzionale è quasi indefinibile: tanto nella teoria quanto nella storia il passaggio dall'uno all'altro si compie per gradi molteplici e insensibili e gli stessi nomi sono promiscui. Né il fine militare nè il duce supremo sono criteri, per l'un verso o per l'altro, perchè dopo tutto, gli Stati primitivi sono

nismi sottostanti alla città, prima le tribù, più tardi le genti, si spengono; la famiglia si altera. I diritti dei *patres* di fronte alla città divengono le guarentigie costituzionali, cui lo Stato dà un'impronta nuova colle leggi di provocazione; dei poteri interni la *manus* scompare, la patria potestà diventa una mera autorità domestica, dalla sovranità territoriale si svolge la proprietà, affermando una struttura via via più prettamente economica, dalle relazioni tra gruppo e gruppo si svolge il diritto delle obbligazioni, la trasmissione della sovranità si restringe al diritto di successione patrimoniale. Il *ius privatum* si costituisce sulla base del patrimonio e della famiglia: tutto il campo politico-sociale è assunto dal *ius publicum*, termine che s'identifica con quei concetti. Ma nello stesso tempo lo Stato altera e disciplina via via a sua guisa nell'interesse generale i rapporti di diritto privato e le regole nuove assumono anche per la fonte loro la denominazione di *ius publicum*, perchè in questa opera di pressione lo Stato si aiuta da sè, non è la consuetudine che lo aiuta. La essenziale separazione del *ius publicum* e *privatum* e il duplice aspetto della distinzione si affermano contemporaneamente.

---

mere unioni militari, come le alleanze attuali, e viceversa a una pura lega internazionale giova di costituirsi un condottiero unico in guerra; e nemmeno la stabilità dell'unione, giacchè le antiche leghe erano in generale permanenti. Ma la sede del governo, il nome delle istituzioni, la stessa unità monetaria mi paiono indizi gravi che anche la mente degli impetuosi capi dell'antica rivoluzione italiana aveva concepito un vincolo superiore e una personalità distinta di Stato; un senato di 500 membri ha più deciso carattere costituzionale che non le infinite rappresentanze medioevali, sul continente soffocate nel loro sviluppo, ma serbanti nel nome stesso dei membri (nunzi, messi, inviati, legati, ecc.) durante tutta la loro vita le tracce della loro origine quasi internazionale.



5. Il rapporto tra *principi generali* e *principi eccezionali* si usa dai romanisti designare coi termini *ius commune* e *ius singulare*: l'eccezione che intende favorire, sempre, s'intende, per ragioni congrue, una classe di persone *beneficium*. Il *ius singulare* è detto dai giureconsulti classici anche *privilegium*: laddove nella scienza moderna il termine privilegio si restrinse a significare le disposizioni eccezionali, odiose o favorevoli, non giustificate da corrispondenti condizioni delle persone, per le quali i Romani non avevano voce tecnica. Ma se la teorica differenza tra i diritti eccezionali o anomali e il privilegio si apprende netta dal diritto romano, dallo stesso diritto emerge pure che in pratica nei casi estremi la linea di confine è assai vaga: il che ha indotto una notevole confusione di termini e di concetti. Un istituto eccezionalissimo dell'età imperiale è il testamento militare, che costituisce una deroga generale a tutti i principi supremi dell'eredità romana e anticipa l'eredità moderna. Ora se alcune di queste esenzioni, per es. quella che riguarda le formalità gravi del testamento, possono essere ben giustificate dalle condizioni dei militari, dalla loro lontananza dai centri cittadini, dalla loro ignoranza del diritto, giacchè spesso eran fatti cittadini e quindi partecipi del diritto romano all'atto di entrar nella milizia, certo l'impressione che si riceve da un'eccezione così vasta a beneficio della classe di cui gl'imperatori paventavano la potenza e ricercavano con ogni studio il favore, non può essere interamente quella di un puro istituto di diritto singolare.

\*  
\* \* \*

6. Il nome di legge (*lex*) designava presso i Romani l'emanazione dell'organo costituzionalmente destinato alla formazione delle norme costanti con cui lo Stato s'imponeva ai consorzi minori e più tardi agli individui: l'assemblea popolare; e quando nell'epoca romea la vecchia costituzione cedette definitivamente il posto alla piena sovranità imperiale, il titolo, da lungo tempo disusato per la nuova produzione giuridica, ebbe a risorgere per designare le costituzioni imperiali; laonde oggi è passato nella scienza a esprimere il modo di formazione del diritto per opera di organi destinati espressamente a questo scopo.

Sempre risorgente e grave è il problema della consuetudine o del *ius non scriptum* nel senso romano: quella fonte nella quale il diritto emana dal popolo, senza l'azione intermedia di organi pubblici: problema che si dibatte ora con vivacità nel campo del diritto commerciale, ove mentre in base all'art. 1 del Cod. di comm., la consuetudine pare a prima vista avere riacquistato tutta quell'efficacia che le nega il diritto civile, dall'altra parte v'ha chi ritiene (e, considerando che anche secondo quell'articolo la consuetudine non può andar contro al disposto della legge, sembra con ragione) che cotesta fonte non abbia nel diritto commerciale una portata e un'efficacia maggiore di quella che essa ha nella materia contrattuale del diritto civile (art. 1124, 1134, 1135 Cod. civ.), vale a dire in quella materia cui si richiama e potrebbe essere ricongiunto il Codice di commercio.

Sul carattere di primitività della consuetudine pare non vi dovrebbe esser dubbio: ciò si rivela pure dall'essere questa fonte la stessa, da cui traggono origine anche le

altre norme sociali, le quali nelle epoche primitive non si distinguono gran fatto dal diritto, e dall'essere i termini (*mores, consuetudo, usi, costumi*) adoperati a designare consuetudini sociali estragiuridiche. I requisiti stessi della norma consuetudinaria di diritto — la spontanea e costante osservanza, il consenso dell'universale, l'antica durata, il quale carattere, a ben guardare, è un momento tutto esteriore, non essenziale, ma vien rilevato e pesa molto come argomento dell'esistenza della consuetudine — sono comuni alle altre norme sociali: solamente, il consenso deve esser anche *sulla natura giuridica* delle norme consuetudinarie.

La scuola storica esagerò la *spontanea* formazione della consuetudine nella coscienza del popolo: di qui la reazione giunta persino a negare la primitività storica della consuetudine, riducendo la fonte originaria del diritto alle sentenze dei capi. Una cosa è certa: la coscienza del popolo quale è determinata dalle sue condizioni di esistenza, dei suoi bisogni è un'entità vaga e oscillante; i pareri delle persone più influenti e prudenti, i pareri e le sentenze dei capi di famiglia e di tribù le conferiscono determinatezza e direzione e costituiranno quindi il punto di partenza della consuetudine: e poichè gli antenati e i capi defunti sono oggetto di culto, tanto più cresce in processo di tempo la venerazione e la scrupolosa osservanza delle regole di condotta da essi consigliate e prescritte e si radica veramente negli spiriti. I *mores* primitivi sono *mores maiorum*: le istituzioni originarie della società romana o in generale o in particolare sono richiamate ambigualmente ora alla consuetudine, ora alla sanzione dei re.

Ciò che differenzia la consuetudine dalla legge è la formazione dello Stato e la progressiva separazione degli

organi destinati a produrre e applicare il diritto. Un momento importante è l'uso della scrittura, onde la schietta designazione antitetica della legge e della consuetudine presso i Romani, *ius scriptum* e *ius non scriptum*. La legge infatti suol essere annunciata sin dalle origini per iscritto al popolo (tavole di legno, di bronzo, ecc.): prima dell'introduzione della scrittura è assai malagevole dire se la sentenza crea diritto nuovo o applica diritto consuetudinario. Il termine *ius scriptum* è preferito dai Romani, anche perchè adatto sulla sua generalità a ricomprendere altresì quelle fonti (Editto del Pretore e degli Edili, responsi dei giureconsulti, senatoconsulti, costituzioni imperiali della prima epoca), il cui intervento nella produzione del diritto ebbe storicamente carattere abbastanza singolare, ma che in fondo significò, nella misura del possibile, ciò che ora pare un sogno: la separazione del diritto privato dal diritto pubblico anche negli organi di produzione. La denominazione diritto non scritto (*ἀγραπτα νόμιμα, ἀγραφοι νόμοι*) era usata nella speculazione greca a indicare il diritto naturale, non sancito nei Codici, ma scritto nella coscienza (*ratio scripta in corde hominis*, secondo l'espressione ciceroniana), e nella speculazione medioevale e moderna spesso le due cose si confondono, riguardandosi la consuetudine o il *ius non scriptum* come diritto naturale; il che non è interamente falso, perchè in effetto le norme più essenziali e stabili delle società umane sono un portato primitivo, quindi consuetudinario.

Sui decantati pregi della consuetudine, la dottrina moderna si è pur riceduta. I pregi della legge sono superiori e d'altra parte la pressione dello Stato si esercita fatalmente.

Ma si può andare, a mio avviso, anche più in là. Non ostante la dignità con cui la consuetudine emerge dalle

fonti romane, a parità con la legge (*quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*), nonostante la virtù ad essa riconosciuta, per lo meno durante tutta l'epoca schiettamente romana, di abrogare la stessa legge, io dubito che la consuetudine abbia avuto sotto l'imperò dello Stato maturo quella piena funzione che la tradizione classica le attribuisce. La costituzione fondamentale della famiglia e della proprietà romana, tutte in genere le così dette istituzioni regie sono rispetto alla città un portato della consuetudine (è *moribus constitutum*, dice lo stesso Ulpiano, anche il *ius patriae potestatis*), ma essa è anteriore alla città, la quale nelle XII Tavole solo in quella parte in cui mirò a far sentire con qualche parziale innovazione la sua decisiva influenza le diede suggello legislativo. Così è che le successioni universali a causa di morte vennero a esser di fonte legislativa o per la legge delle XII Tavole o per l'Editto del Pretore, mentre le successioni universali tra vivi (*in manum conventio, adrogatio*), che non sono pure se non conseguenze logiche della costituzione familiare romana, *eo iure*, dice Gaio, *quod consensu receptum est, introductae sunt*. Istituti abbastanza remoti, e del resto non imperativi e provenienti in genere dall'attività amministrativa, sono l'interdizione del prodigo, i tutori pretorî, l'*actio iniuriarum aestimatoria*, la *manus iniectio rei militaris*. Ma se si prescinde dalle istituzioni primigenie viene a mancare sotto i piedi un terreno essenziale di produzione giuridica: quello delle norme imperative, assolute, del vero *ius* o del *ius publicum* in tale senso. Muoiono forme e istituti per desuetudine (la *confarreatio* e la *manus nascente* da essa, il *nexum*, più tardi la *mancipatio*, le due forme antiche di testamento, la manomissione per censo) e dalla consuetudine si svolge in gran parte il sistema

contrattuale; siamo però nel campo della volontà del *ius privatum* in senso stretto: sono, vale a dire, aboliti o consolidati effetti giuridici, il cui cessare è fatto dipendere dalla volontà dei singoli, la quale per nuovi interessi preponderanti o non si manifesta più in un dato senso, o si manifesta in quel senso così costantemente che l'*uso di fatto* e l'interesse individuale diventano presunzione naturale della volontà anche non più espressa. Ma in quegli istituti in cui le conseguenze giuridiche si riconnettono a fatti indipendenti e inalterabili per la volontà dei singoli, l'impero legittimo della consuetudine è per lo meno assai contestabile: la *manus* nascente dal mero fatto dell'*usus* è abolita bensì sotto la pressione del *consensus populi*, che si manifestava nel fatto d'interromperne costantemente l'acquisto mercè la *trinoctii usurpatio*, ma dalla legge; il dominio bonitario sulla cosa non mancata riceve la sua sanzione dall'Editto del Pretore. I così detti *naturalia negotii*, per esempio, nel diritto classico la facoltà di vendere il pegno, si svolgono dalla consuetudine, ma solo per effetto della legge si mutano in *essentialia negotii*. L'unico esempio netto e deciso di consuetudine imperativa sarebbe forse il divieto delle donazioni tra coniugi: senonchè un grande romanista nostro, l'Alibrandi, ha svelato la fragile base storica di questa asserzione testuale delle fonti giustiniane, e richiamato con somma probabilità l'origine del divieto alla *Lex Iulia*. E per vero è questo un esempio che mostra come è forse illogico e innaturale il concepire, il sorgere di simili consuetudini. V'erbero bensì cataclismi sociali che offuscarono la coscienza e la cognizione del diritto vigente e delle sue fonti; ma allora avviene quel che ingenuamente rivela Giustiniano, circa lo stato giuridico anteriore a lui: *propter ipsam inscientiam ex voluntate iudicum magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur*.

Periodi di anarchia giuridica non somministrano seria base per la costruzione di sane teorie. Laonde si potrebbe asserire — e il risultato desunto dal diritto romano, risalendo sino alle origini primitive, sarebbe d'interesse capitale nelle dispute odierne — che la consuetudine, col progressivo affermarsi dello Stato, delle fonti pubbliche, della produzione legale del diritto, nè crea, nè abroga più norme di diritto imperativo, e le frequenti dichiarazioni generiche sul pieno vigore della consuetudine hanno loro base da un lato nella superstite efficacia *così integrativa come abrogativa*, che la consuetudine serba nel campo del diritto dispositivo, amplissima in periodi di gran movimento commerciale, dall'altro lato nella reale esistenza di norme e istituti di carattere imperativo, ch'erano peraltro o un portato o una logica conseguenza delle istituzioni anteriori alla città e che la codificazione ancora primitiva delle XII Tavole non ebbe nè virtù nè intento di abrogare. Io ritengo pertanto che tra la L. 32 D. *De leg.* 1, 3 di Giuliano e la L. 26 C. *Quae sit longa* 8, 52 (53) di Costantino non siavi nemmeno dal punto di vista storico antinomia, ma che il concetto di Giuliano debba essere limitato alle leggi permissive (tale è del resto una delle quindici conciliazioni, proposte sin dalla glossa), salvochè per le sopra dette ragioni il giureconsulto forse non n'ebbe coscienza.

Allo stato di consolidazione sistematica delle fonti di diritto privato non pare che vi sia spazio, se non per le così dette *consuetudini di fatto* nel campo dei negozi giuridici. Il diritto giunto al suo maturo sviluppo possiede una virtù organica d'integrazione mediante l'interpretazione logica e analogica, la quale reprime la consuetudine, nella stessa guisa che deprime la giurisprudenza positiva, riducendola al mero ufficio d'interprete: caso per caso

l'affacciarsi d'una consuetudine vera e propria è violazione di legge, sia pure nelle estreme deduzioni della legge stessa, come l'interprete che trascende i confini della legge è in errore. Come lo Stato ha finito con assumere pienamente la sanzione del diritto, e nella dichiarazione e nella coazione, tanto che il più reciso individualista considera essenziale allo Stato il compito etico della giustizia, così lo Stato pare n'abbia assunto totalmente la produzione, non lasciando alla volontà sociale maggior valore di quello che sia concesso alla volontà individuale: il negozio giuridico nella sua parte dispositiva.

\*  
\* \*

7. Il precetto e l'esempio dei giureconsulti romani e le difficoltà del diritto giustiniano a causa della sua speciale formazione hanno educato il senso dei romanisti e creato una vera scienza dell'interpretazione, dei suoi metodi, dei suoi limiti. *L'ordinamento sistematico del diritto privato*, uno dei risultati più alti e felici del pensiero giuridico moderno, nonostante le critiche derivate dal guardare più all'esteriorità delle distribuzioni che al valore concettuale del sistema, è un prodotto dell'analogia, ossia di quella forma superiore d'interpretazione mediante la quale si ricerca non il pensiero espresso, bensì il pensiero implicito nella legislazione e si giunge alla *costruzione* del concetto generale di un istituto, dei principi generali di una serie di istituti o anche di tutto l'organismo legislativo. L'interpretazione analogica, fissata e, per così dire, organizzata nel sistema, sviluppa naturalmente l'istituto appena avvisato dal legislatore in tutti i rapporti che vi si richiamano in guisa conforme allo spirito della legislazione, fin dove peraltro lo permette l'ambito della legislazione stessa: poichè si vuole integrarla bensì dall'in-

terprete, ma non valicarne i confini e attuare i postulati della giustizia sociale. In breve, essa non fa diritto ciò che diritto non è, ciò ch'è abbandonato alle altre norme che regolano il mondo, la morale, l'onore, il costume, il galateo, l'interesse. La generale sanzione giuridica dell'istituto è legislativa.

La poderosa azione pratica ed evolutiva della giurisprudenza romana derivò in parte dall'ampio suo compito nel seguire o derogare all'interpretazione analogica e nell'indirizzare e fissare gli istituti consuetudinari, in parte dalla libertà loro nell'attribuzione dello scopo legislativo (la *ratio legis*) e nel restringere o ampliare il precetto (la *mens o sententia legis*) per ridurlo a servire allo scopo voluto (interpretazione che potrebbe dirsi teleologica). In altri termini la giurisprudenza non aveva, come un organo legislativo perfetto, il potere di ridurre a diritto qualunque postulato della giustizia sociale, dell'*aequitas*, di creare nuovi istituti o abrogarne dei vigenti, ma ben ebbe la tendenza di ridurre conforme a giustizia qualunque principio del diritto vigente. Il suggello legale in apparenza all'operosità legislativa dei giuristi e il carattere di *fons iuris* ai responsi dei giureconsulti venne dalla concessione del *ius respondendi*.

Ma, di nuovo, allo stato odierno di consolidazione, per dir così, del diritto privato e delle sue fonti, al giurista non è lecito correre al di là dell'interpretazione logica e analogica, che è in ultima analisi logica anch'essa: l'ufficio suo positivo è ridotto all'esercizio di una tecnica elegante, se si vuole, ma fredda ed austera. Gli spiriti più ardenti, per cui l'interpretazione non vuol esser mera dialettica (che non è del resto l'esercizio più agevole del mondo) avrebbero miglior modo di espandere le loro facoltà creative nell'ambito del diritto pubblico, assai meno

consolidato nelle sue fonti, ne' suoi istituti, nel suo sistema in generale e in uno stato analogo a quello del diritto privato ai tempi di Cassio pretore o Aquilio il giureconsulto. Ivi avrebbero anche un'alta missione sociale ed etica: far sentire e rispettare la voce della consuetudine di fronte agli arbitri costituzionali e amministrativi. La giurisprudenza nel campo del diritto privato potrebbe giustamente attribuire a se stessa il vanto di ritirarsi dalla funzione creativa per avere esaurito il proprio compito, giacchè l'organizzazione del diritto privato è opera sua. Nondimeno, date le sue speciali attitudini e cognizioni, sarebbe certo desiderabile che i migliori giuristi fossero ordinati dallo Stato in un congresso permanente di riforme legislative.

\*  
\* \*

8. È opera dei romanisti la determinazione dell' *istituto giuridico* e del *rapporto giuridico*. L'analisi del rapporto giuridico lo risolve nei suoi elementi fondamentali: la facoltà che dentro i limiti segnati dalla legge compete (*facultas agendi*, diritto subbiettivo), il soggetto cui essa compete, l'oggetto suo, il fatto che genera, estingue, altera il rapporto, crescendo o scemando le facoltà del soggetto o titolare (fatto giuridico), il mezzo coercitivo, giudiziale offerto al titolare del rapporto giuridico, che attivamente dicesi *azione*, passivamente difesa in senso generico, ma tra le difese più che altro per ragioni storiche (l'opera pretoria di riforma del diritto) hanno posto speciale le *eccezioni*.

Tale analisi non è straniera agli stessi giureconsulti romani, per quanto più nell'elaborazione organica dei singoli istituti che nelle supreme astrazioni splenda il genio loro: ma nei termini non si rivela, e in parte è

tradita dalla natura stessa delle fonti di diritto. *Ius* designa ugualmente l'istituto o il rapporto giuridico (per esempio *ius cognationis*, *ius possessionis*, etc.), il diritto come facoltà subbiettiva (per es. *ius est mihi eundi, agendi, possidendi*, etc.) e financo il fatto giuridico (*iure legati, alio iure dominium quaerere*, etc.): i rapporti e diritti di sanzione pretoria s'indicano in generale col termine dell'*actio*. Il soggetto capace di diritto dicevasi *caput* o *persona*; ma una denominazione generale per l'oggetto non si scopre.

La determinazione della materia del diritto privato e del carattere dei suoi rapporti in antitesi alla materia e all'essenza del diritto pubblico e il modo onde il primo venne a ridursi nei due rami fondamentali dei *rapporti familiari* e dei *rapporti patrimoniali* è certo una delle indagini, in cui la scienza del diritto romano più giova e più ancora potrà giovare nell'avvenire, risalendo alle origini della separazione tra privato e pubblico, seguedone l'antitesi crescente e segnando in caratteri anomali e inopportuni dei diritti di famiglia e dei diritti patrimoniali le ultime vestigia dello stato primitivo.

La capacità giuridica del subbietto era detta dai Romani nei rapporti familiari *connubium* o *ius connubii*, nei rapporti patrimoniali *commercium* o *ius commercii*, cui rispondevano nel territorio classico del diritto pubblico il *ius suffragii* e il *ius honorum*. Le condizioni per cui la capacità giuridica cresce o si scema erano nel primitivo diritto romano essenzialmente l'età e il sesso: e anche limitatamente perchè, quanto all'età, fino alla *Lex Plaetoria*, che sugl'inizi dell'espansione mondiale fece una posizione speciale ai minori di venticinque anni, il diritto romano non conosceva che *puberi* e *impuberi*; quanto al sesso la capacità della donna si trova esser talmente li-

mitata via via che si risale in antico, e tale organizzazione della famiglia si può ricostruire per le origini, che la donna *sui iuris*, vero subbietto di diritto, non doveva esistere.

L'epoca storica romana, a parte la distinzione fondamentale dei cittadini tra i nati liberi (*ingenui*) e gli schiavi liberati (*liberti*), si caratterizza per il succedersi e l'ampliarsi di una serie di *stati intermedi* di capacità giuridica, rappresentanti un'imperfetta concessione dei diritti del cittadino romano. E dapprima i plebei stessi che per quanto concerne il diritto privato non ebbero il *ius conubii* coi patrizi fino alla *Lex Canuleia* del 445 a. C.; i *Latini veteres* o *prisci* (Latini ed Ernici) fino al 268 a. C. e i *Latini coloniarii* dal 268, capaci quanto al *commercium* (i *veteres* forse anche quanto al *conubium*); i *Latini Iuniani* (probabilmente dal 44-27 a. C.), esclusi dal *commercium mortis causa*, gli stranieri (*peregrini*) sudditi o in trattato di ospizio, di amicizia, di alleanza con Roma, capaci nei rapporti *iuris gentium*, i *peregrini dediticii* (stato quasi impossibile), capaci solo in questi e senza diritto proprio. Solo in parte si fanno valere in senso favorevole o sfavorevole alcune condizioni naturali e sociali: sanità di corpo e di mente; celibato e orbità per la *Lex Iulia*; professione della milizia, e finalmente l'istituto singolare dell'*infamia*. L'ultima epoca, appianate le differenze tra cittadini, semicittadini e stranieri nell'interno dell'impero (le ultime vestigia, del resto obliterate, *Latini Iuniani*, *peregrini dediticii*, vennero abolite da Giustino), presenta invece due vasti fenomeni, che hanno cresciuto straordinariamente l'influenza della *condizione sociale* sulla capacità giuridica, e sono: la lenta stratificazione sociale dell'impero, per cui dall'umile stato di colono alla professione di ecclesiastico, ciascuna classe ha

quasi un suo diritto, e la triste intolleranza religiosa, divenuta veramente delirio a partire dai regni di Graziano e di Teodosio.

Quanto all'esistenza in generale della capacità giuridica nei rapporti di diritto privato essa si riconnette, in modo assoluto nel diritto classico (salvo la singolare posizione della donna), in modo formale nello stesso diritto romano-ellenico e giustiniano al tenace consorzio familiare romano. Il *paterfamilias*, il capo del gruppo — e la qualità di *paterfamilias* presuppone quella di libero e di cittadino romano — è il centro del diritto privato, l'uomo *sui iuris*, la persona capace di diritto. Nel sistema romano genuino, la dottrina della capacità giuridica non si disgiunge dalla dottrina della famiglia romana.

### CAPITOLO III.

#### La famiglia romana

1. La società romana distingue liberi e schiavi, cittadini e stranieri. Libertà e cittadinanza sono condizioni elementari della capacità giuridica. Con queste peraltro non siamo lontani dall'odierno senso sociale. Stati a schiavi esistono tuttavia, ed esistettero nella stessa civiltà europea fino a tempi a noi vicini; quanto agli stranieri, capacità uguale ai cittadini ne' rapporti civili è stata loro accordata solo dalla legge italiana.

Ma un fenomeno veramente singolare, che non ha riscontro nella società moderna, è il far centro della capacità giuridica il capo di un ristretto gruppo, costituito al di sotto dello Stato e avente con esso una perfetta analogia di struttura, se non di funzioni. Il nome di questo gruppo, *familia*, del suo capo (*paterfamilias*) dei suoi membri (*filiifamilias*) non debbono trarre in abbaglio:

l'evoluzione storica, alterando le funzioni dell'istituto, ha fatto che i nomi si rendessero adatti a significare concetti e rapporti essenzialmente diversi.

La *famiglia romana* si può definire una società di persone congiunte fra loro puramente e semplicemente dall'autorità che una di esse esercita sulle altre per fini che, in parte almeno, trascendono l'ordine domestico. Tanto in questa sua struttura, perdurante nello stesso diritto giustiniano, quanto nelle funzioni, che serba ancora nel diritto classico, essa ci si rivela nata per iscopi d'ordine e di difesa, per iscopi insomma, cui non conviene altro appellativo se non quello di politici: ed è l'unico organismo di tale natura sopravvissuto nello Stato romano, che pure abbattè da tempo remoto con mano vigorosa i più potenti consorzi. Vero è che nei rapporti più essenziali dell'azione politica sua propria, cioè la partecipazione alle cariche pubbliche, al diritto di voto, agli obblighi della milizia, la *civitas* fin dove giunge la nostra cognizione, che come sicura e positiva cognizione comincia a un periodo assai inoltrato della città, non si arrestò dinanzi all'autonomia familiare, e considerò il *pater* e i *filiifamilias* individualmente come cittadini di diritto eguale. Ma in tutti gli altri rapporti sia interni, cioè tra persone della *familia*, sia esterni, cioè tra *familiae* e *familiae*, lo Stato rispettò questa singolare autonomia e la grave autorità del suo capo. Il diritto privato romano è fino a tutta l'epoca veramente romana diritto dei *patresfamilias*, e nello stesso *Corpus iuris* si usa di regola *paterfamilias* dove noi diremmo *uomo*, *persona* o simili: *mens* o *voluntas patrisfamilias*, *paterfamilias instituit*, *legat*, *vult*, *etc.*; espressioni talvolta passate in tutt'altro senso nei codici e nell'uso moderno (cfr. per esempio il tipo del *diligens paterfamilias* nella teoria della colpa).

\*  
\* \*

2. Rappresentiamo la famiglia nel suo tipo genuino fin dove si può risalire positivamente, salvo a tendere lo sguardo, ove sia possibile, anche al di là. I membri soggetti della *familia* si dicono persone *alieni iuris*, che è come dire in potestà altrui, e sono i *servi* o schiavi da un lato, i *filiifamilias* o *liberi* dall' altro. Solo il *paterfamilias* è *sui iuris*. Nè *paterfamilias* nè *filiusfamilias* sono termini di parentela. *Pater* si richiama in questa formula al senso originario di signore o sovrano, in cui designa i capi delle genti, i senatori, i patrizi, gli Dei o i principi delle leggende eroiche (*Pater Aeneas*), e può non aver punto figliuoli, come per contrario un *filiusfamilias* può esser marito e padre. Per distinguere veramente il padre si preferisce nelle formule e nelle leggi il termine *parens*: così *parens patriae*; *si parentem puer verberassit*, etc.

L' autorità sovrana esercitata dal *paterfamilias* nella *familia* dicevasi *manus* nella più antica età, *potestas* nella latinità classica. *Manus* è l'organo e quindi il simbolo della forza, e nel linguaggio immaginoso dell'età primitiva, generato dalla necessità di usare traslati per le idee spirituali, prese a esprimere signoria e potere in generale: dei re come dei capi gentilizi. Ma anche il nuovo termine *potestas* designa egualmente l'autorità pubblica dei magistrati: l' oscuro termine *imperium* non è designazione generica, ma valse in modo specifico a significare la potestà dei magistrati maggiori, quando lo svolgimento repubblicano collocò accanto a questi i minori. Peraltro sin dal momento in cui cominciano le nostre memorie, due lati essenzialmente diversi di questa potestà si usarono designare in modi specifici: il potere sulle persone, *manus*, sulle terre e sulle cose in generale, *mancipium*.

Quanto alle obbligazioni esse avevano carattere, nelle origini, schiettamente personale, e costituivano rapporti tra *familiae* o *paterfamilias* analoghi alle convenzioni o lesioni pubbliche del nostro diritto internazionale. In ordine alle persone si distinse altresì: I. La potestà esercitata sulle donne, che venissero a far parte della *familia* e quindi ad assoggettarsi al suo capo, maritandosi a lui o a un *filiusfamilias*; II. quella esercitata sugli altri *filiifamilias*; III. sugli schiavi, e finalmente IV. sui *filiifamilias* altrui venduti al *paterfamilias* o altrimenti ceduti in espiazione d'un delitto da loro commesso (*noxae dediti*). La prima costituisce la *manus maritalis* o *potestas maritalis*, la seconda la *manus paterna* o *patria potestas*: senonchè il termine alquanto vieto *manus* designò senza altra aggiunta la potestà sulla donna entrata a far parte della famiglia, mentre a indicare la potestà sugli altri *filiifamilias*, istituto assai più vitale e perdurante, divenne forma tecnica *potestas* o *patria potestas*. La potestà sugli schiavi non s'indica altrimenti che con la parola *potestas*: infine la potestà sui *filiifamilias* altrui *mancipium*. Pertanto nel diritto antegiustiniano la formula ordinaria e legale per abbracciare tutti i soggetti del *paterfamilias*, le persone *alieni iuris*, è *personae in potestate manu mancipio*. Il vincolo che stringe tra loro le persone libere della *familia* dicesi *agnazione*.

Congiunti alla famiglia e in relazione di dipendenza dal *paterfamilias*, che rispetto a essi dicesi *patrono*, sono anche gli schiavi liberati o *liberti*. La posizione giuridica dei liberti nella *familia* doveva essere perfettamente analoga a quella dei clienti nella *gens* (anche il *pater gentis* è *patronus* rispetto ai clienti) e dei plebei nella città primitiva: senonchè la città esercita, sin dai primordi, così sulla clientela, come sul libertinato un'azione disgre-

gatrice, in quanto non ne assume nel *ius civile* se non in limitata misura gli effetti: laonde il rapporto di dipendenza finisce con rivestire una figura particolare e carattere più largamente morale (nel senso peraltro più determinato e concreto dei *mores* romani) che non giuridico.

La posizione di *filiusfamilias* in una data famiglia, ossia la costituzione del vincolo familiare o agnatizio, essendo stabilita dall'assoggettamento alla signoria del capo-casa, alla *patria potestas* o alla *manus*, segue in modi perfettamente analoghi, quanto all'essenza loro, ai modi che regolano in uno Stato l'acquisto della qualità di cittadino. Il primo titolo è la procreazione in nozze legittime (*iustae nuptiae*) da un individuo maschio della famiglia, sia esso il *paterfamilias*, sia un *filiusfamilias*: i discendenti per via di donna non sono membri della famiglia di lei, giacchè appartengono a quella del padre loro.

Ma è titolo affatto equipollente l'essere assunto nella famiglia, e l'estraneo è pienamente parificato ai membri nati nella famiglia. Cotesta ammissione dicesi in generale *adozione*, ma si distinse la vera *adoptio*, che è quella di un *filiusfamilias*, e l'*arrogatio*, che è quella di un *paterfamilias*, il quale trae seco necessariamente i suoi dipendenti. L'arrogazione ha riscontro nell'annessione di uno Stato: e certamente per la sua gravità, in quanto essa scema il numero delle *familiae* e dei *patresfamilias* nella *civitas*, questa impose l'assenso della propria assemblea. Doveva farsi davanti alle curie, rappresentate in seguito *pro forma* dai trenta littori.

L'assoggettamento della sposa, allorchè si vuole ch'essa entri a far parte della famiglia del proprio marito (e nell'età più antica sarà stato il caso ordinario), prende il nome generale di *conventio in manum*. Per essa, la sposa di-

venta precisamente *filiafamilias* e soggetta al nuovo *paterfamilias*, fosse questo appunto il marito ovvero il *paterfamilias*, cui lo stesso marito era soggetto. La sua posizione giuridica di *filiafamilias* non impediva che a titolo d'onore la si dicesse *materfamilias*, come è titolo d'onore il nome di regina negli Stati in cui le donne non regnano; anzi l'epiteto di *materfamilias* per testimonianza dei classici non designava la sposa che dura in potestà dell'originario *paterfamilias*, nè la donna *sui iuris*, nubile o sposa, ma precisamente la *uxor in manu*: si vede chiaro, perchè le altre sono straniere alla casa del marito, intesa come centro autonomo di ordine e d'impero, di sacrifici e di culto.

La *conventio in manum* si compieva in forma solenne che accompagnava il matrimonio, la *confarreatio*, cerimonia religiosa con dichiarazioni sacramentali dinanzi a dieci testimoni, al flamine diale o al pontefice massimo, che eseguivano un sacrificio con pane di farro, o la *coemptio*, compera finta. Qualora nè l'una nè l'altra di queste due forme fosse stata eseguita, la donna solamente dopo un anno di dimora nella casa maritale diveniva *filiafamilias* nella nuova famiglia, rompendo ogni vincolo con la propria: il che dicevasi *usus*. Ma, si avverta, il matrimonio è indipendente dalla *manus*, e anche prima dell'*usus*, durante l'anno, la donna era legittima sposa: solamente non apparteneva alla famiglia romana del marito.

Anche i modi per cui s'esce dalla famiglia romana e si rompe il vincolo agnatizio sono quanto al loro carattere generale perfettamente analoghi ai modi di perdita della cittadinanza. Il vincolo familiare si rompe coll'adozione in un'altra famiglia e con l'emancipazione; per le donne con la *diffareatio*, cerimonia sacra opposta alla *confarreatio*, o con la *remancipatio*, finta rivendita della donna

a se stessa. Speciale rilievo merita l'emancipazione, che è l'atto mediante il quale il *paterfamilias* rinuncia alla sua potestà sopra un *filiusfamilias* e questi diviene esso stesso *sui iuris* e *paterfamilias*. La forma classica non è primitiva, ma costruita dai giureconsulti sulla base di una prescrizione delle XII Tavole dichiarante, che se il *paterfamilias* avesse per tre volte venduto il *filiusfamilias*, questi doveva esser libero dalla patria potestà. Ma non si può dubitare che l'istituto in sè sia primitivo: soltanto esso doveva rappresentare nelle origini un fenomeno di ben diversa natura, l'espulsione o in qualunque modo la scissione da un gruppo politico, il quale ritira dall'antico suddito la sua mano e la sua tutela. Lo sviluppo della città ha qui turbato l'essenza originaria e probabilmente spento fin la memoria delle forme primitive: *come nel cliente, fatto cittadino, s'illanguidisce il sentimento e il significato del suo vincolo con la gente, unico suo rifugio un tempo, così nel filiusfamilias, divenuto mediante emancipazione paterfamilias, ciò che risalta è ormai la piena indipendenza acquistata.*

Ma dello stato primitivo di cose restano parlanti vestigia. L'uscire dalla famiglia fa perdere in ogni caso i diritti eventuali basati sul vincolo di agnazione, ma ciò che importa notare è che *il patrizio emancipato diventa plebeo, il che vuol dire che nella città primitiva il cittadino diventa straniero.* Veramente caratteristico è infine che nello stesso diritto giustiniano l'esclusione dalla *familia* non altrimenti si rappresenta che l'esclusione dalla *civitas*, per la quale si perde la capacità giuridica, *capitis deminutio*; benchè l'adozione non alteri punto la capacità giuridica dell'adottato e l'emancipazione la esalti. I giureconsulti distinsero bensì all'uopo la *capitis deminutio magna*, che implica la perdita della libertà e della citta-

dinanza, (alcuni anche rispettivamente la *maxima* e la *media*) e la *capitis diminutio minor* o *minima*, la perdita dell'agnazione: ma poichè rispetto alla capacità giuridica gli effetti di questa sono indifferenti o precisamente opposti, cioè benefici (salvo nell'arrogazione), la teoria generale della *capitis deminutio* ne ricevette un carattere ibrido, cui mal si rimedia con la troppo generica definizione di *status mutatio*.

*Paterfamilias* è nella famiglia l'ascendente maschio di grado più remoto, il padre, l'avo, il bisavolo, dei membri nati nella famiglia. Quando pertanto alla morte del *paterfamilias* si hanno più discendenti di grado eguale, la *familia* si scinde in tante *familiae* con a capo i nuovi ascendenti. *Singuli singulas familias incipiunt habere*. Questa scissione tuttavia non rompe tra i membri delle diverse famiglie il vincolo agnatizio: sono agnati non solo i soggetti alla stessa patria potestà, ma altresì quelli che non ruppero il vincolo nei modi sopra detti, in altri termini coloro che alla stessa patria potestà sarebbero soggetti, se il comune *paterfamilias* non fosse morto. Ciò sembra indicare che la scissione non è originaria, ma doveva il consorzio degli agnati costituire effettivamente la famiglia nell'età romana preistorica: e la congettura, la quale ha in sè una ragione di necessità nel bisogno dei gruppi primitivi di rimanere uniti e compatti, è avvalorata pure da ricordi e funzioni antiche del gruppo agnatizio e principalmente dalla struttura del diritto ereditario romano, testimonio parlante di un'originaria designazione del successore nella sovranità da parte del precedente *paterfamilias* (1). Il grado di *paterfamilias* si consegue

(1) Un nuovo residuo è forse il *tribunal domesticum*. Questa parte intermedia della struttura politica elementare, il Consiglio degli anziani, nella famiglia classica è fuori del gruppo, la quale anomalia cessa se tutti gli agnati facevan parte della famiglia primitiva.

adunque nell'epoca storica in via naturale per la morte dell'immediato ascendente, che n'era investito; ma può derivare anche dall'emancipazione.

È manifesto che l'esistenza di soggetti, di persone *alieni iuris*, nell'ordinamento classico della *familia* può far difetto; e fa poi assolutamente difetto nell'emancipato, il quale è *paterfamilias* e, si dice, *familiam habet*, benchè sia solo. Questa singolare posizione si può ritenere insieme effetto e argomento della disgregazione del più vasto consorzio originario. Più singolare è la posizione della donna, la quale per la morte del *paterfamilias* o per l'emancipazione diviene anch'essa *sui iuris*, ma non essendo capace di gerire la patria potestà, resta in una posizione isolata, nè costituisce una famiglia nel senso romano.

\*  
\*  
\*

3. Tale l'organizzazione della famiglia. I poteri del *paterfamilias* offrono l'immagine delle funzioni di essa. La *patria potestas* e la *manus* non hanno contenuto diverso; laonde, prescindendo dal destino storico, che travolse abbastanza per tempo la *manus*, la potestà del *paterfamilias* sui *filiifamilias* si può rappresentare come una sola sì nei riguardi personali come nei riguardi patrimoniali.

I giureconsulti romani vantano la *patria potestas* come un'istituzione particolare al popolo romano. Ciò è vero nel senso, che presso nessun altro popolo s'è perpetuata e consolidata in guisa tanto caratteristica un'organizzazione come quella della famiglia romana. La famiglia romana, come ogni organismo politico dell'evo antico, ha il suo culto speciale, i suoi *sacra* e i suoi *auspicia* (certo sono essi *sacra* ed *auspicia privata*, ma è questo, si vede, uno dei tratti in cui l'antitesi di privato e pubblico serba

ancora il carattere puramente estrinseco della primitiva sovrapposizione della *civitas*) e il *paterfamilias* n'è il sacerdote. Egli è giudice dei *filiifamilias*, ed esercita il diritto punitivo in tutti i modi possibili, prigionia, pene corporali, morte (*ius vitae et necis*): per le colpe commesse verso gli estranei può liberarsi, consegnando il *filiusfamilias* alla persona lesa, come usava dalle antiche comunità nei rapporti internazionali (*ius noxae dandi*); può vendere o locare il *filiusfamilias*, il che vuol dire ridurlo in stato perpetuo o temporaneo di schiavitù, esporre o anche uccidere i neonati.

La fallace concezione della famiglia romana e del suo rapporto con lo Stato ha indotto con egual fondamento di ragione ora a calunniare la società e il diritto dell'aver concesso al padre di famiglia così fatto potere, ora a lodare il saggio legislatore, che avrebbe rimesso al costume, alla tenerezza familiare i freni e limiti di questa grave autorità, sentendo fortemente la differenza tra il diritto e la morale, tra la legge e il sentimento. Il vero è che la potestà del *paterfamilias* non ha limiti dalla *civitas* e dal *ius civile*, perchè la famiglia, come ogni organismo politico, ha in sè le sue leggi e i limiti ai suoi poteri: nè quelle nè questi le vengono imposti dal di fuori. E nell'interno della famiglia le regole poste all'esercizio della patria potestà non procedono già da un sentimento indefinito, come l'affetto di padre, di marito, o da una indefinita morale sociale: sono invece norme determinate, concrete, imperative, derivanti da consuetudini invetrate, da ripetizioni costanti di atti, di giudicati simili: sono *mores maiorum*, norme giuridiche nell'essenza loro, per quanto estranee al *ius civile* e allo Stato. Tali *mores* stabilivano le colpe, le condanne, le forme. Non erano che prescrizioni dei *mores* con sanzione religiosa le pretese

leggi regie limitatrici della patria potestà: l'una attribuita a Romolo, che restringeva il diritto di esposizione, ingiungendo di allevare tutti i figli maschi e le figlie primogenite, l'altra che proibiva di uccidere i fanciulli sotto i tre anni, fuorchè nel caso di parto monco o mostruoso, riconosciuto alla presenza di cinque vicini, prescrizione rinnovata come legge dalle XII Tavole; e l'altra infine attribuita a Numa, che proibiva di vendere un *filiusfamilias*, cui fosse stato concesso di prender moglie. Soprattutto era dai *mores* imposto al *paterfamilias* di non proferire la condanna, senza prima sentire un giudizio di congiunti (*iudicium domesticum*).

Il *paterfamilias* è anche signore assoluto dei mezzi, di cui la famiglia dispone, e pertanto di fronte allo Stato anche subbietto unico dei diritti patrimoniali. Ciò deriva egualmente dalla posizione autonoma e chiusa che ha la famiglia di fronte allo Stato e al suo diritto. Che la coscienza generale riguardi il patrimonio quale proprietà comune della famiglia e destinato al bene comune è naturale. Questa voce della coscienza sociale sentono i giuriconsulti stessi, quando proclamano che i *filiifamilias* « *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* »: ma di nuovo per la *civitas* e il *ius civile* questo dominio è un puro fatto. Il *paterfamilias* usava bensì concedere al *filiusfamilias* un piccolo patrimonio, per esempio, fidandogli un'azienda d'affari. Ma di questo piccolo patrimonio che dicevasi *peculium* (*quasi pusilla pecunia*) il *filiusfamilias* non è affatto padrone. Di fronte al *ius civile*, egli non ha niuna capacità che attualmente si espliciti, ma solo una capacità per eventuali diritti, potendo alla sua volta divenire *paterfamilias*: il che fa principalmente che i suoi rapporti domestici siano contemplati nel *ius civile*.

Ora, vuol esser considerata la posizione dei *servi* e dei

*capita in mancipio* e la potestà relativa del *paterfamilias*. A differenza dei *filiifamilias*, gli schiavi non hanno alcuna capacità, nè di diritto privato nè di diritto pubblico, nè attuale nè potenziale, laonde nemmeno i loro rapporti domestici, matrimonio, figliolanza, sono presi in considerazione dal diritto: *servus iuris civilis communionem non habet in totum*. La schiavitù trae origine o dalla nascita da madre schiava, poichè, non essendo riconosciuto tra schiavi il matrimonio, la madre sola, che è sempre certa, può trasmettere questo stato; o da un *modo di diritto delle genti*, la prigionia di guerra, o da *modi di diritto civile*, assai numerosi, ma sempre retti dal principio che il cittadino romano non deve divenire schiavo in Roma: vendita *trans Tiberim*, pubblica o privata, dei disertori o renitenti, dei ladri, dei figli di famiglia, e *noxae deditio* dei colpevoli verso uno Stato straniero.

Ma un fenomeno che rivela anch'esso la natura della famiglia romana e il carattere sovrano del *paterfamilias* è che questi può fare dello schiavo un uomo libero e cittadino. Lo schiavo liberato dicesi *liberto*: il cittadino nato libero *ingenuo*. La liberazione della schiavitù è detta in modo congruo *manumissio*, e doveva seguire in certe forme: o davanti al magistrato con cerimonie simboliche nei tempi più antichi (*manumissio vindicta*), o registrando lo schiavo nelle liste censuali (*manumissio censu*), o dichiarando libero lo schiavo nell'atto in cui si designava il proprio successore (*manumissio testamento*).

La potestà sugli schiavi nell'epoca antica non ha di fronte alla *civitas* aspetto diverso da quella sui *filiifamilias*. Ma ciò deriva pur sempre dall'organismo compatto, che la famiglia presentava di fronte allo Stato. Entro la famiglia le cose erano diverse, e le garanzie dei *mores* e del tribunale domestico non soccorrevano allo

schiavo, benchè peraltro la comunanza di vita familiare e di razza, l'esiguo numero e il conseguente alto valore mantenessero di fatto gli schiavi in una condizione relativamente buona.

Uno stato affatto singolare era quello dei *fliifamilias* altrui venduti o dati a nozza a un altro cittadino romano. La qualifica di questo rapporto (*mancipio dati, in causa mancipii, capita in mancipio*) richiama evidentemente che in origine il *fliusfamilias* cadeva nel dominio del terzo ed era ridotto in condizione di schiavo: poichè *mancipium* ancora nel secolo d'oro della lingua latina designava tecnicamente il dominio e il modo solenne di alienazione, che più tardi si disse *mancipatio*, e significò poi sempre lo schiavo. Senonchè fin dai primi tempi lo Stato non tollerò che il cittadino romano divenisse schiavo d'un altro cittadino romano: onde, mantenendo pur ferme le conseguenze private della vendita e della riduzione in ischiavitù, il *mancipio datus* si disse *liberum caput*, benchè *servi loco*. In condizione analoga sono i *paterfamilias* inadempienti alle proprie obbligazioni, i quali in forza di un giudicato (*iudicati*) o del contratto di *nexum* munito di efficacia esecutiva (*nexi*), subita la *manus iniectio*, vengono attribuiti (*addicti*) al *paterfamilias* creditore. Del resto tanto i *fliifamilias*, quanto gli *addicti* (questi per le XII Tavole dopo sessanta giorni) possono esser venduti *ultra Tiberim*, cioè fuori dello Stato, e allora diventano assolutamente schiavi.

Come nei rapporti interni, così nei rapporti esterni la famiglia si presenta quale una sola unità impersonata nel *paterfamilias*. Egli acquista, egli aliena, egli contrae obbligazioni con terzi; la così detta *rappresentanza*, come ora s'intende, cioè l'acquistare direttamente o viceversa direttamente obbligarsi per mezzo di estranei costituiti

propri rappresentanti, non è ammessa, perchè ciascun gruppo, ciascun capo si pone di fronte all'altro come un piccolo Stato e un piccolo sovrano, e in quest'ordine, analogo ai rapporti internazionali, ripugna concepire che l'uno serva ai fini dell'altro nell'acquistare o possa col proprio atto generare l'altrui responsabilità. *Per extraneam personam nihil adquiri posse*, in questo senso, che esclude la vera diretta rappresentanza, è ancora il principio classico romano. In quella vece i *filiifamilias* e i *servi*, le persone *alieni iuris* in generale, non possono altrimenti acquistare che al *paterfamilias*. Quanto alle obbligazioni il *paterfamilias* non ne è punto vincolato, perchè i membri soggetti non s'intende che facciano *deteriorem eius condicionem*: soltanto per i delitti delle persone soggette, schiavi o figli di famiglia, egli è tenuto, se non vuol risarcire, alla consegna del colpevole, la stessa *noxae deditio* che usava tra Stato e Stato. Quanto alla personale responsabilità del *filiusfamilias* per le obbligazioni contrattuali è certo che nel diritto classico essa sussiste, benchè il figlio di famiglia non abbia patrimonio: nondimeno ancora nel diritto classico sono al pari dello schiavo incapaci di obbligarsi la *filiafamilias* e l'*uxor in manu* e il *caput in mancipio*, e questo grave residuo, messo in luce dall'ultima lettura di Gaio, e il sistema dell'esecuzione personale (con la quale il terzo avrebbe violato la potestà del *paterfamilias*) insieme col carattere delle antiche obbligazioni (1) possono ben indurre a credere, che la capacità di obbligarsi del *filiusfamilias* non sia che un'alterazione del concetto primitivo. Più che una conseguenza della partecipazione

---

(1) Del resto, a parte il carattere, analogo ai rapporti internazionali, delle obbligazioni antiche, è lecito ritenere che l'unica fonte originaria fosse il delitto. Ciò dato, tutto si riduce sempre alla *noxae deditio*.

del *filiusfamilias* alla *sponsio* pubblica, cioè una influenza riflessa del diritto pubblico, io la direi forse recata anch'essa dalla scissione del gruppo agnatizio, la quale fa sì che il *filiusfamilias*, a differenza della *filiafamilias*, dell'*uxor in manu* e anche del *caput in mancipio*, abbia sempre una naturale possibilità di diventare *paterfamilias* e proprietario di beni.

\*  
\* \*

4. Nè l'espansione mondiale di Roma ha svelto la famiglia da questa base primitiva, e dobbiamo giungere molto innanzi, sino al momento, in cui la nuova fase storica ritrova la sua verace espressione nell'impero, per seguire gl'inizi di una sensibile alterazione giuridica nell'ordinamento genuino rappresentato. È uno spirito nuovo portato dal rigoglio della civiltà antica che si accentra in Roma e dall'incremento dei poteri pubblici; uno spirito nuovo, che mentre in contrasto con la famiglia politica tende a costituire con sanzioni giuridiche i rapporti della famiglia naturale, i vincoli del sangue, dall'altra parte mira ad avvicinare, far servire ai fini etici e domestici della famiglia naturale l'organizzazione della famiglia politica e i poteri del *paterfamilias*, alterandone l'originario carattere.

Circa l'ammissione entro la famiglia, che l'adottante o l'arrogatore fossero più giovani dell'adottato non si vede ormai di buon occhio. Cicerone rinfaccia una simile arrogazione al suo nemico acerrimo. L'idea che l'adozione debba imitare la natura — e per natura s'intende il nuovo spirito che penetra nell'istituto — trae la giurisprudenza a porre la regola che sia maggiore: e nondimeno ancora sotto gli Antonini la regola è controversa. Un modo di arrogazione, oscuro nella forma e negli effetti (secondo alcuni, mera istituzione di erede sotto condizione di assu-

mere il nome), l'arrogazione per testamento, compare sulla fine della repubblica, e questo modo, in cui l'effetto genuino dell'adozione, l'assoggettamento alla patria potestà dell'adottante, sparisce, apre anche l'adito alla donna di adottare dietro conferma del principe. E nonostante la forma comiziale dell'arrogazione, Antonino la permise sotto certe cautele anche per gl'impuberi.

La *conventio in manum* non ha offerto, nè poteva offrire lunga resistenza al nuovo ambiente sociale. Più della patria potestà era la *manus* repugnante alle mutate condizioni e meno di questa suscettibile fino a un certo segno di accomodarvisi, adattandosi e mitigandosi; benchè le dichiarazioni dei giureconsulti tardi che mettono la *manus* in rapporto col marito piuttostochè col *paterfamilias*, contro le più antiche testimonianze degli scrittori e, quel ch'è più, contro la realtà delle cose anche nell'epoca più tarda, rivelino la tendenza di concepire anche la *manus* come una potestà d'ordine domestico. Fu la *manus* una delle prime istituzioni che risentì l'effetto della rivoluzione morale e civile, successa alle guerre puniche. Come l'adozione, essa comincia ad apparire quale una mera finzione innaturale: i giureconsulti stessi pare che rifuggano dal chiamare *filiafamilias* la *uxor in manu* e la dicono *filiae loco*. La sua decadenza si avverte nelle forme stesse.

Già sin dal tempo di Cicerone la *confarreatio* doveva esser poco in uso: sotto l'imperatore Tiberio tre soli patrizi si ebbero a scoprire nati di nozze confarreate, come occorreva per la nomina ad alcuni sacerdoti; onde il principe, per conservarne a tale scopo l'usanza, ne abolì gli effetti giuridici. La *coemptio* pare che fosse più ch'altro ridotta a un mezzo adoperato dalla donna *sui iuris* per uscire dalla propria famiglia agnatizia o al fine di liberarsi dalla grave tutela degli agnati, specialmente, sino

all'epoca di Adriano, per testare liberamente (*tutelae evitandae causa, testamenti faciendi gratia*) o anche al fine di liberarsi dall'obbligo di sostenere le spese del culto familiare (*sacrorum interimendorum causa*). L'*usus*, il più pericoloso modo, come quello che faceva derivare la *manus* dalla semplice dimora annale, si soleva costantemente interrompere dalla donna, assentandosi ogni anno tre notti dalla casa maritale (*trinocitii usurpatio*), secondo una prescrizione delle XII Tavole: ciò non bastando, la legge intervenne, ed esso fu abolito prima degli Antonini.

Quanto all'intrinseca autorità del *paterfamilias*, la repubblica intese a frenare gli abusi della patria potestà specie per opera dei censori, la cui autorità indeterminata e di natura morale poteva esercitarsi con minor resistenza in questo campo. Qualche volta intervenne anche la gagliarda e rivoluzionaria azione dei tribuni. La formazione del diritto penale pubblico indirettamente sottraeva a mano a mano i soggetti della famiglia alla giurisdizione domestica: ma fu solamente sotto gl'imperatori che la potenza e la pace dello Stato permisero una diretta azione in questo palladio delle istituzioni private romane. Traiano ingiunse a un *paterfamilias* l'emancipazione del figlio per abuso della patria potestà: Adriano condannò alla deportazione per un rigore che parve immoderato nell'esercizio del *ius vitae et necis*: Antonino punì con la deportazione l'esercizio del *ius vendendi* sui figli adulti; finalmente Alessandro Severo impose di rivolgersi per le più gravi pene al magistrato. È un intervento analogo al modo, con cui nella primitiva procedura lo Stato si accinse nell'interesse della pace ad assumere una parte nelle funzioni della giustizia.

Anche più misurate e singolari, nonostante l'immenso rivolgimento economico e sociale, sono le derogazioni al-

l'assoluta incapacità patrimoniale del *filiusfamilias*. La concessione dei peculfi diventa sempre più larga: e sebbene il figlio di famiglia non n'abbia che l'amministrazione e il godimento di fatto, tuttavia la permissione di atti amministrativi, massime se il figlio di famiglia sia di condizione elevata, senatore, console o simili, s'interpretò abbastanza largamente: così avviene per i donativi d'uso, i così detti *munera*. Ma nondimeno con isforzo la giurisprudenza riconosceva al *filiusfamilias* la capacità di esperire alcune azioni, nate in sua testa, quando il *paterfamilias* fosse impedito di esercitarle, quali l'azione d'ingiurie, di deposito, di comodato, di furto, ovvero accordò nell'agire una certa partecipazione al figlio o alla figlia di famiglia, come nella straordinaria *querela inofficiosi testamenti* o nell'*actio rei uxoriae*. Una derogazione aperta fu fatta solo in favore dei militari. Augusto (forse anche Cesare) concesse loro di poter disporre per testamento di ciò che avessero acquistato in occasione del servizio, stipendio, donativi e simili. Questi beni costituirono il così detto *peculio castrense*, di fronte al quale il peculio concesso dal padre di famiglia si usa distinguere nelle scuole con l'epiteto di *profettizio*. Nerva e Traiano confermarono il privilegio militare, Adriano l'estese anche ai congedati o veterani. Pertanto questo peculio venne considerato come proprietà del figlio di famiglia e, per esprimere tale concetto, i Romani usano dire, conforme alle loro istituzioni, che i figli di famiglia rispetto al peculio « *vice patrumfamiliarum funguntur*. » E nondimeno il diritto del padre di famiglia non era propriamente estinto, ma soltanto reso inerte dalla facoltà di disporre concessa al figlio: laonde, morendo questo senza averne disposto, il peculio ritorna necessariamente al padre *iure peculii* (non già *iure hereditatis*: il che interessa per i debiti!), e similmente

vale con forza retroattiva ogni disposizione che il padre di famiglia avesse anticipatamente presa.

Nell'età imperiale anche la potestà sugli schiavi, sia nell'esercizio dei suoi estremi diritti, sia nella libera facoltà di manomettere, mosse le cure del legislatore: la quale potestà d'altra parte, per esser ricongiunta al dominio sugli schiavi, ora, col crescere delle donne *sui iuris* e il costituirsi del peculio castrense, si stacca nettamente dalla sovranità familiare e dalla qualità di *paterfamilias*. L'espansione conquistatrice di Roma ebbe in guisa terribile ad aumentare il numero degli schiavi e in conseguenza, in una con l'invadente corruttela e il cambiamento dell'economia per il prevalere della pastorizia, dell'industria, dei commerci, ad abbassarne nella generalità dei casi la condizione di fatto. Eppure, cessata l'aspra lotta primitiva dell'uomo con la natura e la situazione costante e regolare di guerra tra popolo e popolo, tale istituzione è nella società la prima che si rivela profondamente iniqua alla coscienza degli uomini civili. La culta società ellenica sentì vivamente tale iniquità, e i suoi filosofi, a cominciare dai sofisti, pronunciarono la condanna morale dell'istituto. Il solo Aristotele usò di un vero sofisma per difendere l'istituzione condannata, dividendo gli uomini in atti a comandare e destinati a obbedire: non rara pecca in quell'uomo meraviglioso bensì, ma forse dotato scarsamente d'impulso progressivo, il che mostrò pure nel consiglio ad Alessandro di governare i Greci da re, i barbari da padrone. Ma i giureconsulti romani, educati alla filosofia stoica, a una voce ripeterono che, *iure naturali*, tutti gli uomini sono liberi; soltanto la legge positiva crea differenze tra di loro. Era una concezione ideale della personalità giuridica dello schiavo, che non poteva rimanere senz'effetto nel diritto, tanto più che rispetto alle altre

norme sociali, specialmente nell'ordine religioso, la personalità dello schiavo non era stata interamente disconosciuta. E a questo spirito etico e umanitario s'aggiungono le preoccupazioni politiche, generate dalle due guerre servili. Nondimeno la posizione giuridica degli schiavi non fu mitigata se non in modo assai riguardoso, evitando di romperla col principio dell'assoluta incapacità loro e di recare offesa al diritto dei padroni. Augusto tentò di frenare gli abusi dei padroni con provvedimenti di polizia, affidando al *praefectus urbi* la vigilanza su schiavi e padroni: una *Lex Petronia* del 19 d. C. vietò di esporre gli schiavi alle fiere, salvo per decisione del magistrato: Claudio sancì la perdita del diritto per abbandono dello schiavo malato: Antonino agguagliò l'uccisione senza motivo del proprio schiavo a quella dello schiavo altrui, e riconobbe agli schiavi un vero diritto di fuggire per sottrarsi ai maltrattamenti del proprio padrone, obbligando altresì il padrone crudele a vendere a prezzo giusto lo schiavo. Ma la stessa misura nelle sanzioni e le dichiarazioni premesse dall'imperatore al rescritto mostrano una triste esitanza per la tema di violare il diritto del padrone. Anche il modo di giustificare il provvedimento è abbastanza caratteristico: la giurisprudenza si richiama all'interesse pubblico, che nessuno usi male delle cose sue, l'imperatore a quello stesso dei padroni.

Nel riguardo patrimoniale degna di rilievo è una sanzione dei *mores* — non peraltro dei *mores* giuridici — relativamente al peculio: costituito di risparmi o elargizioni fatte allo schiavo, esso si considera di fatto talmente una proprietà sua, che gli schiavi usano con esso di riscattarsi, e nell'età imperiale si ammisero persino ad agire in via straordinaria contro il padrone, che avesse violato la fede data. Lo stesso interesse dei padroni era

un incentivo potente a rispettare nel peculio il fatto e il costume, che d'altra parte aveva sua base nelle necessità economiche e sociali. I servi pubblici finalmente ebbero facoltà di testare validamente per la metà del loro peculio.

Un segno dei nuovi tempi è anche il divenire via via più frequenti le manumissioni non formali (*inter amicos, per mensam, per epistolam vel nuntium*), quindi nulle: il che trasse il Pretore a difendere lo stato di fatto di questi schiavi così liberati, e dopo anche la legge stessa (*Iunia Norbana*, probabilmente tra il 44 e il 27 a. C.) a riconoscere loro la limitata capacità dei Latini, escluso però il *commercium mortis causa* (onde il nome specifico di *Latini Iuniani*), affinché il loro patrimonio ritornasse come peculio al padrone. Espressione caratteristica del nuovo sentimento nella giurisprudenza è il *favor libertatis*, per cui, ad esempio, si vuole con ingegnoso sforzo salvare la libertà e l'ingenuità dei nati, purchè la madre fosse libera al momento della concezione o a quello del parto o in qualunque momento tra la concezione e il parto. E questo spirito liberale spiega come lo Stato tolleri l'esercizio più largo di quella facoltà primigenia del *paterfamilias*, per cui può di un oggetto di diritto, di un essere destinato a servire, fare una persona indipendente e capace di diritti e con l'assorgere della plebe, più tardi col venir meno sotto Appio Claudio il censore della separazione tra *tribules*, possessori fondiari, ed *aerarii*, non possessori fondiari, un perfetto cittadino romano.

Nondimeno col terribile aumento della popolazione servile, la libera facoltà di manomettere non poteva restare a lungo senz'effetto nella società romana. Nè le manumissioni ora avvenivano sempre per cause morali, nè i libertini erano un elemento sano e benefico nella

cittadinanza. Ciò aveva indotto più volte già nell'età repubblicana a misure politiche limitative rispetto a questa classe di cittadini, principale quella di farli *tribules* nelle sole quattro tribù urbane, in reazione alla riforma di Appio Claudio; sotto Augusto dirette restrizioni alla facoltà di manomettere furono stabilite dalla legge *Aelia Sentia* per le manumissioni tra vivi e dalla legge *Fufia Caninia* per le manumissioni testamentarie, nelle quali un singolare spirito di postuma vanità traeva i manomissori ad esser larghi per aver largo seguito ai funerali.

Inoltre, se sono sparite le antiche cause civili di origine della schiavitù, nuove ne sono sorte in quella vece: la vendita dolosa di se stesso fatta per dividere il prezzo col venditore, stabilita dal Pretore e già nota a Mucio Scevola; sotto gl'imperatori le condanne a morte (*in ferrum, ad bestias*) o alle miniere (*in metallum*), per cui il condannato diviene *servus poenae*, sotto Claudio la tresca della donna con lo schiavo, nonostante il triplice divieto del padrone.

La nuova età ha fatto anche più netta la separazione tra la schiavitù e la condizione di mancipio, che del resto sotto gli Antonini non si verifica sostanzialmente se non nel caso di *noxae deditio*. Ai *mancipio dati* è concesso di esperire l'azione d'ingiurie contro il padrone, nè i limiti introdotti per le manumissioni si estendono ad essi.

\* \* \*

5. La pressione del commercio reagiva specialmente contro l'incompatibile arcaica costituzione di questa famiglia nei rapporti esteriori, data l'irresponsabilità del *paterfamilias* per le obbligazioni assunte dalle persone soggette, esclusa insieme la rappresentanza per mezzo di estranei. Il principio che figli e servi non obbligano il

padre di famiglia non fu veramente rinnegato, ma introdotta dal Pretore una serie di limitazioni che ne restrinsero la rigida efficacia. È obbligato il *paterfamilias* per l'intero, se il debito è stato contratto col suo assenso (*iussum*, onde il nome dell'azione *quod iussu*), se ha costituito la persona *alieni iuris* a capo di un naviglio (*actio exercitoria*), di un'azienda commerciale (*actio institoria*): nella reale misura del peculio, cioè sottratti per intero da questo i suoi crediti, se ha concesso un peculio (*actio de peculio*), e fin dopo l'anno che la persona *alieni iuris* è perita o il peculio è stato ritirato: nella misura dell'arricchimento per l'eccedente il peculio, se il profitto del negozio è stato riversato nel suo patrimonio (*actio de peculio et de in rem verso*); nella misura della quantità del peculio impiegata in un'operazione commerciale e con sottrazione dei suoi crediti *in proporzione eguale ai terzi creditori*, se l'operazione commerciale è stata intrapresa a sua scienza (*actio tributoria*). La giurisprudenza prese inoltre le mosse da questa costituzione economicamente innaturale della famiglia per una delle sue più caratteristiche e ardite invenzioni: si riconobbe che le obbligazioni contratte dalle persone soggette a una stessa potestà o tra di loro o col loro *paterfamilias* o con estranei, benchè civilmente invalide, e quindi non esigibili, non solo, cessato il rapporto di potestà (manomesso lo schiavo, liberato il figlio dalla patria potestà), potessero venire soddisfatte, senza diritto di ripetere il pagato come indebito, ma potessero altresì costituire base di garanzie (pegno, ipoteca, fideiussione) o analoghi rapporti accessori, per cui si richiede l'esistenza di un'obbligazione. È tale il punto di partenza dell'obbligazione naturale (*naturalis tantum*). Finalmente l'interesse commerciale deve pure aver cooperato nel riconoscimento civile dell'obbligazione

con estranei, contratta dal *filiusfamilias* (non peraltro dalla *filia* o dalla *uxor in manu* o dal *caput in mancipio*), accanto a cui le sopra dette azioni eventualmente dirigibili contro il *paterfamilias* ricevono dai romanisti la denominazione di *actiones adiecticiae qualitatis*. La validità delle alienazioni di beni del peculio fu fatta dipendere peraltro dalla *concessio administrationis*.

Ma lo stesso sforzo ingegnoso è adoperato per restringere o eludere il principio dell'inammissibilità di rappresentanza diretta per mezzo di estranei. L'amministrazione degli affari di una persona *sui iuris* ricomprendeva *ab origine* larghe facoltà, principalmente quella di alienare i beni, quando codesto amministratore fosse il tutore della persona *sui iuris* impubere. Senonchè, a parte la necessità, ciò ha la sua vera ragione in questo. Molto probabilmente colui che poi si disse tutore era nelle origini il nuovo capo chiamato a reggere la famiglia dal defunto *paterfamilias*, ridotto solamente dalla scissione del gruppo agnatizio a un mero ufficio via via più schiettamente protettivo e misurato sulle donne e sugli impuberi *sui iuris*. Alla gestione del tutore la legge delle XII Tavole assimilò quella del curatore dei pazzi (*furiosi*) egualmente *sui iuris*. Ma le nuove necessità sociali, specialmente l'assenza per ragioni pubbliche, indussero a riconoscere la stessa efficacia legale alla gestione del procuratore, avuto riguardo che il procuratore, a differenza del mandatario (col quale nel diritto classico non va confuso), non solo è anch'esso stabile amministratore, ma persona in rapporto di dipendenza col *paterfamilias*, un suo cliente o liberto. Come il tutore e il curatore, probabilmente anche il procuratore ha facoltà di alienare i beni del suo principale. Egli acquista direttamente al principale il possesso (al che fu tratta non senza lunga esitazione la giurisprudenza dall'argo-

mentare che il possesso è un fatto, non un diritto) e quindi anche la proprietà nei modi in cui essa dipende dall'acquisto del possesso. Il principale, almeno nei casi gravi, per esempio, ove le sue ragioni corrano pericolo per fallimento del procuratore, può agire direttamente in via utile contro i terzi per le obbligazioni contratte in suo nome; e viceversa le azioni *institoria* ed *exercitoria* vengono estese sempre in via utile contro il principale per i debiti contratti dal procuratore in suo nome. Tali azioni sono sempre *adiecticiae qualitatis*; ma in casi eccezionali (mutui e pagamenti d'indebito per la dipendenza dal possesso, pupilli e minori, militi, persone giuridiche) l'azione in testa o contro il rappresentante venne eliminata e invece riconosciuta direttamente pro o contro il rappresentato. Infine la rappresentanza nel giudizio, genericamente negata anch'essa sotto le *legis actiones* (*Nemo alieno nomine lege agere potest*), ammessa soltanto in casi eccezionali dal *ius civile*, venne riconosciuta sotto la procedura formulare, sia per mezzo del *cognitor*, sia mediante lo stesso *procurator*.

Caratteristico è anche in proposito l'uso largo, che fanno i Romani, e la liberale interpretazione del *nuncius* o messo, con che non s'intende un vero rappresentante nella volontà, ma un rappresentante, per così dire, nella dichiarazione, alla pari di una lettera o altro mezzo analogo di comunicazione a distanza.

E nondimeno, come si vede, le basi fondamentali della famiglia antica nel periodo schiettamente romano non sono tocche, nessun principio cardinale è rinnegato o largamente compromesso.

\*  
\* \* \*

6. Una grande ruina si compie invece nel mondo dei nuovi Romani, gli Elleno-Orientali. Lo spirito domestico ha

trionfato sul carattere politico nel diritto giustiniano e dove non ha potuto adattare a nuove funzioni i principi antichi li ha soppressi o ridotti a caduche vestigia.

Intanto una parte dell'organizzazione è completamente perita: la *manus* e il *mancipium*. Già dal tempo in cui l'Editto di Caracalla estese la cittadinanza e il diritto di Roma a tutti gli abitanti dell'impero, la *manus* doveva essere un istituto nella vita reale quasi spento o per lo meno così poco vitale e così schiettamente quiritario che non poteva attecchire nelle provincie orientali, sulle quali tre secoli più tardi imperò Giustiniano: lo stesso Giustiniano poi con la *noxae deditio* abolì l'ultima fonte della condizione di mancipio. La formula classica *personae in potestate manu mancipio* è pertanto corretta nel diritto giustiniano *personae in potestate*.

La vecchia forma quiritaria dell'arrogazione, legata alla città di Roma e alla memoria dei primitivi comizi curiati, è sostituita da una nuova forma per rescritto del principe introdotta da Diocleziano. Senonchè, ciò che più rileva, l'influenza della famiglia naturale si è fatta sentire così nelle condizioni come negli effetti dell'adozione in genere e, mentre ormai l'istituto ha smarrito ogni altro senso che non sia quello di procurarsi la consolazione di figli d'affetto, dall'altra parte si sente vivamente la finzione. Diocleziano ha permesso l'arrogazione della donna e viceversa ha concesso alla donna stessa di adottare, il che, non venendo il figlio ad assoggettarsi alla patria potestà della donna, ma soltanto ad acquistare un diritto di successione, è un uso alterato del termine e dell'istituto. Giustiniano vuole il consenso dell'adottato anche nell'adozione di un *filiusfamilias*, benchè nella riguardosa misura del silenzio; e lo stesso Giustiniano fissa definitivamente il principio generale che l'adottante debba

esser maggiore dell'adottato e precisamente di 18 anni se adotta come figlio, di 36 se adotta come nepote: *adoptio enim naturam imitatur*, egli pronuncia, *ET PRO MONSTRO EST ut maior sit filius quam pater*. I concetti di *filiusfamilias* e di figlio si sono ormai nella coscienza confusi.

Finalmente una rivoluzione radicale fu compiuta dallo stesso Giustiniano circa gli effetti dell'adozione vera e propria. Egli distinse l'adozione fatta da un ascendente e quella fatta da un estraneo. La prima ha il pieno effetto antico, perchè in sostanza le cose mutano poco, e si dice appunto *adoptio plena*. La seconda non toglie il figlio alla sua famiglia, nè lo sottrae alla potestà del suo *paterfamilias*: egli consegue soltanto il diritto di succedere nel patrimonio dell'estraneo adottante. Tale adozione, che si disse *minus plena*, è in sostanza l'istituto moderno (Cod. civ. art. 212). E ancora, nonostante l'ampia capacità patrimoniale conquistata ora dai *filiifamilias*, Giustiniano, interpolando all'uopo i testi, ha cresciuto le restrizioni e le cautele stabilite al fine che l'arrogazione non riuscisse una speculazione insidiosa dell'arrogatore.

Forme nuove sono state introdotte anche per l'emancipazione, al posto della decemvirale triplice vendita, dagli imperatori bizantini: l'*emancipazione anastasiana* per rescritto imperiale e l'*emancipazione giustiniana* dinanzi al magistrato, già d'uso in Oriente prima dello stesso Giustiniano. Ma il lato caratteristico è anche qui il modo, con cui la rappresentazione dell'istituto è capovolta: Costantino ne ammette la revoca per ingratitude, e non è che il portato e l'espressione suprema di questo rivolgimento, per cui la primitiva esclusione dalla famiglia si sente ormai come un privilegio, se Giustiniano con singolare enfasi pronuncia che la dignità del patriziato deve liberare dalla patria potestà.

E che cosa è di quella grave autorità del *paterfamilias* che le stesse Istituzioni di Giustiniano, ricalcando Gaio, proclamano unica al mondo? L'estremo esercizio della patria potestà, del *ius vitae et necis*, già tanto infrenato dal diritto, è così straniero nella società romano-ellenica che l'imperatore Costantino ordina per esso la pena del parricidio. Diocleziano dichiara *manifesti iuris* che il figliuolo non si debba vendere; è permessa per altro ancora sotto Costantino la vendita dei neonati, ma solo in caso di estrema miseria, e tali schiavi inoltre serbano il diritto di farsi riscattare e ridiventare non solamente liberi, ma ingenui. Il nuovo spirito sociale (*nova hominum conversatio*) si fa valere anche in ordine al *ius noxae dandi*, definitivamente abolito da Giustiniano in ordine ai *filiifamilias*. La patria potestà dal lato personale è ormai ridotta una tutela di correzione e disciplina domestica, nè differisce gran fatto dal potere di vigilanza, ch'è attribuito per la nostra legge al padre o alla madre e decorato col titolo della patria potestà romana (art. 220 Cod. civ.). Due soli residui serba ancora nel diritto giustiniano del primitivo carattere sovrano: l'essere *perpetua*, sia il figlio minorenni o maggiorenne, e l'essere un *diritto esclusivo* non solo del maschio, ma dell'ascendente maschile di grado più remoto.

Ma più sensibile ancora è lo sfasciarsi dell'antico ordinamento patrimoniale della famiglia, mantenutosi nelle sue linee fondamentali meravigliosamente intatto durante l'epoca classica. Anzitutto in coerenza con la nuova organizzazione imperiale, il privilegio dei militari venne esteso da Costantino agli uffizi civili che si disgiunsero allora dai militari, dai suoi successori alle cariche di corte, agli uffizi ecclesiastici, all'esercizio dell'avvocatura. Si venne così a costituire il *peculio quasi castrense*. Se-

nonchè lo stesso imperatore diede l'impulso a una deroga più vasta che doveva travolgere i principi romani.

Con una sua costituzione del 319 egli volle riservati ai figli i beni della madre (*bona materna*), togliendo al *paterfamilias* il diritto di alienarli a suo piacimento. Arcadio e Onorio estesero questa sanzione a tutti i beni ottenuti per legato o eredità o donazione dagli ascendenti materni (*bona materni generis*): Teodosio II ai lucri nuziali: Leone e Antemio anche ai lucri sponsalici.

E la vita andava più in là della legge. L'imperatore Costantino non aveva inteso di negare la proprietà del *paterfamilias*, e ammetteva il ritorno *iure peculii* di cotesti beni, venendo a morire il figlio. Senonchè, tolta al padre ogni facoltà di alienare, il suo diritto di proprietà venne a esser concepito nella pratica come un diritto di godimento vitalizio, un usufrutto legale alquanto più ampio dell'usufrutto ordinario, e in quella vece il diritto di aspettativa dei *filiifamilias* si riguardò veramente come proprietà: il quale rivolgimento ha riscontro e spinta nel diritto successorio, che allontana via via più il ritorno *iure peculii*, chiamando prima i figli del defunto, poi i fratelli, infine anche il padre naturale.

Giustiniano compì l'opera: la proprietà di cotesti beni è non solo apertamente riconosciuta ai figli (e all'uopo fu interpolata la costituzione di Costantino), ma venne loro attribuita genericamente la proprietà di tuttociò che venissero ad acquistare in qualunque modo per l'altrui liberalità o la propria industria, salvo sempre l'usufrutto legale del *paterfamilias*. È il *peculium adventicium* delle scuole. Inoltre se il *paterfamilias* rifiutava il lascito, ovvero questo era fatto con espressa dichiarazione di voler beneficiare il figlio soltanto, Giustiniano dispose che il padre non avesse nemmeno l'usufrutto (nelle scuole *peculium*

*adventicium irregulare*). Finalmente le stesse donazioni tra *paterfamilias* e *filiusfamilias* sono da lui riconosciute valide dopo morte, salvo l'espressa revoca del *paterfamilias*.

Ma Giustiniano fece anche di più. Egli limitò il ritorno *iure peculii* del peculio castrense e quasi-castrense al *paterfamilias*, e fece luogo, morendo il *filiusfamilias* senza testamento, alla successione legittima a favore dei figli e in secondo grado dei fratelli. Difficile è dire quanto fosse vivo nella pratica orientale questo concetto del ritorno *iure peculii* in terzo grado nel peculio castrense e quasi castrense, in quarto grado (figli, fratelli, padre naturale) nel peculio avventizio: certo è che la Nov. 118, riformando *ab imis* il diritto di successione legittima, ha travolto anch'esso.

Una completa rivoluzione è successa adunque nell'idea romana dell'unità patrimoniale e della capacità esclusiva del *paterfamilias*. Assistiamo a uno spettacolo che sovente si ripete nella storia del diritto romano: le eccezioni a poco a poco scanzano la regola, e l'influenza dell'ellenismo invadente finisce per corrompere e corrodere le basi degli istituti romani. Non resta che dar nomi e formole diverse alle cose: e per vero tale è il risultato di questo svolgimento: il *filiusfamilias* non acquista alla famiglia e al *paterfamilias*, se non *ex re patris* o *ex iussu patris*. Anche il nome di *peculio* non corrisponde al concetto giuridico romano, ora che il *paterfamilias* ha perduto financo la capacità di riacquistare *iure peculii*, la quale faceva sì che il suo diritto si potesse considerare quasi quiescente piuttosto che cessato. Il *paterfamilias* ha bensì l'usufrutto sui beni avventizi; senonchè un diritto di tale natura, non eminente, ma subordinato, più che un vestigio delle antiche idee di potestà ed autorità familiare, è anch'esso schiettamente un portato delle nuove.

Salvo i nomi, l'ordinamento è tale quale nel diritto moderno (Cod. civ. art. 228-229).

Un solo principio (a parte quei residui anormali e strani, veri rudimenti storici, che sono ora l'incapacità di testare del *filiusfamilias*, fuor del peculio castrense, e la validità eventuale con forza retroattiva delle disposizioni prese dal *paterfamilias* in ordine a questo) in tale rivolgimento è sopravvissuto dell'antico stato di cose: che il *paterfamilias* acquisti direttamente mediante i *filiifamilias*. Senonchè il principio stesso ha tutt'altra portata, ed è sopravvissuto appunto perchè serve a tutt'altro scopo. Il *filiusfamilias* acquista al *paterfamilias* solo *ex re patris* o *ex iussu patris*: non è più adunque una regola *assoluta*, inerente all'idea della famiglia romana, bensì un fatto *possibile* e una conseguenza nei casi stabiliti perfettamente equa da un punto di vista generale, indipendentemente dall'organizzazione familiare (1). Se nondimeno il principio stesso pare che si presenti come una caratteristica della famiglia romana, ciò deriva dal non aver riconosciuto i Romani l'istituto della rappresentanza in generale: nè del resto l'adagio *Per extraneam personam nihil adquiri potest* si perpetua nel nuovo diritto, poichè ora lo sfasciarsi del gruppo familiare ha fatto dimenticare il concetto primitivo dell'« estraneo » e sostituito nell'uso la formula « *Per liberam personam, quae nostro iuri subiecta non est, etc.* ». L'ultimo residuo dunque dell'unità patrimoniale della famiglia si è conservato nel diritto giustiniano, perchè serviva a bisogni tanto più vivamente sentiti dalla società civile, che occorreva anzi provvedervi con generali misure, come

---

(1) Si confronti l'alterazione perfettamente analoga subita nel diritto moderno dai principi dell'accessione: *omne quod inaedificatur solo cedit, planta solo cedit, etc.*

s'è fatto nel diritto moderno. E per la stessa ragione gl'istituti pretorî, che regolano i casi in cui la persona *alieni iuris* può direttamente obbligare il *paterfamilias* (*actio quod iussu, exercitoria, institoria, de peculio, de in rem verso, tributoria*) e costituivano quindi in quel caso una specie di rappresentanza passiva del *paterfamilias*, conservano il loro pieno vigore nel diritto giustiniano.

\* \* \*

7. Quanto alla condizione degli schiavi, la nuova epoca non indusse novità essenziali. Nondimeno anche ora l'idea cristiana e il più umano sentimento ellenico non sono rimasti senz'effetto. È dettata da uno spirito nuovo e veramente cristiano la disposizione di Costantino, che vieta di separare nelle vendite le famiglie degli schiavi. Non ostante l'incapacità degli schiavi, Giustiniano concede loro di appellare personalmente dalle condanne penali, se il padrone non lo faccia. Ma più che nelle mitigazioni recate alla capacità e alla condizione degli schiavi, la nuova epoca si rivela nel crescente *favor libertatis*, che amplia la sfera e il vigore delle manumissioni. Delle antiche forme la *manumissio censu*, legata alla città di Roma, è scomparsa: la *manumissio vindicta* è divenuta una semplice dichiarazione innanzi al magistrato; la *manumissio testamento* è convertita per opera di Giustiniano in manumissione per qualunque atto di ultima volontà (non solo il testamento) e resa più agevole, disponendo che non occorra nemmeno espressamente dichiarar libero lo schiavo, quando lo si abbia istituito erede. Ai modi classici un altro se n'è aggiunto, ed è la *manumissio in sacrosanctis Ecclesiis*, cristiana di nome e di carattere esteriore, ma probabilmente derivata da un'antica forma di manumissione nei templi, propria del diritto greco: da ultimo Giustiniano

ha definitivamente cancellato la condizione dei *Latini Iuniani* e dichiarato la piena validità delle manumissioni *inter amicos, per epistolam* e simili. Sono pure abolite da lui le disposizioni gravemente restrittive della legge *Fufia Caninia*, circa le manumissioni testamentarie: abolita la condizione dei *peregrini dediticii*, fatta dalla legge *Aelia Sentia* ai peggiori schiavi manomessi, e il limite d'età degli schiavi da manomettere (trenta anni), fissato pure da questa legge; ridotto prima ai diciassette, poi abolito il limite d'età dei venti anni per i manumissori nelle manumissioni per atto di ultima volontà. Della legge *Aelia Sentia* resta in vigore soltanto il divieto di manomettere in frode dei propri creditori e i limiti d'età dei manumissori nelle manumissioni tra vivi. Finalmente si amplia in guisa straordinaria il campo delle affrancazioni legali, senza uopo di manumissione (svolgimento cominciato fin dal principio dell'impero, ma a cui s'aggiungono ora anche motivi religiosi) e della benigna interpretazione o meglio presunzione legale nel campo delle stesse manumissioni. Lo schiavo è affrancato persino se il padrone lo abbia in atti chiamato suo figlio ovvero — trasposizione veramente assurda dell'ultimo diritto relativo ai *filiifamilias* — se abbia risarcito pienamente il danno alla persona, che l'ebbe a noia. Il matrimonio con la propria schiava è implicitamente atto di manumissione, il che del resto nelle forme libere dell'epoca poteva intendersi anche del matrimonio con la schiava altrui. E dall'altra parte dei modi civili di origine della schiavitù l'imperatore non mantiene se non la odiosa vendita di se stesso, fatta con l'intenzione di partecipare il prezzo col venditore: tolti invece di mezzo il senatoconsulto claudiano e la schiavitù dei condannati alle miniere.

Certo v'ha in tutto questo movimento qualche cosa che

rispecchia la senile debolezza d'un mondo e la varia compiacenza dell'uomo. Giustiniano fa mostra della sua *pietas*, invoca l'*humanitas*, motivi e sentimenti che hanno conquistato le posizioni della veneranda *aequitas* pretoria: ma la personalità degli schiavi è pur sempre recisamente negata, financo la santità del matrimonio e della famiglia sconosciuta per loro. Senonchè dalla società decadente e dalla religione troppo ancora preoccupata degli ideali d'oltretomba, dei suoi misteri dommatici, degli uomini e dei popoli da conquistare alla fede non si poteva esigere di più. Fu nel medio evo che gli elementi della nuova civiltà, la stessa idea cristiana più matura e il germanesimo (non tanto i pretesi fattori economici per cui nella società romana meglio che nella società medioevale o nella moderna, fino al secol nostro non superiore alla romana, avrebbe dovuto sparire la schiavitù), riavvicinando la schiavitù vera e propria alle forme varie di servaggio costituenti gli ultimi strati nella società romana del basso impero o nella società romano-germanica, ne prepararono gradatamente e insensibilmente l'abolizione.

## CAPITOLO IV.

### La Società domestica

1. Quando si ripete che la famiglia è un istituto più sociale che giuridico, non giova intender puramente che abbia sua base di fatto nelle relazioni sociali, giacchè una simil base più o meno vivace l'ha ogni istituto di diritto; bensì che la famiglia è l'istituzione più largamente regolata da norme diverse del diritto. È un ambiente di relazioni intime, in cui la morale, l'onore, il costume, la religione concorrono a rinforzare la sanzione dei rapporti giuridici o costringono le relazioni sfuggenti

alle norme giuridiche o anche vengono in conflitto con le norme giuridiche stesse. Non ve n'ha alcuno più adatto a studiarvi le caratteristiche e sfumature proprie delle diverse norme sociali e apprezzarne a un tempo la natura uniforme e il fine comune.

Ma se dalla società moderna si passa alla romana e se in questa si risale via via più in antico, scemano e quasi svaniscono le norme giuridiche nei rapporti della famiglia naturale. Ciò non deve parer meraviglioso. La società domestica non vive propriamente *entro lo Stato*, ma *dentro la famiglia romana*; non il magistrato, ma il *paterfamilias* comanda e reprime, quando l'ordine sia turbato nelle *varie società domestiche* soggette al suo potere. La norma giuridica adunque, intesa come norma di Stato, non può disciplinare l'ordine domestico.

Senonchè, al contrario di quel che avviene circa la famiglia romana, che nel corso dei secoli deperisce, esaurita dallo Stato, la famiglia naturale mostra un processo di vera evoluzione, per cui le relazioni familiari assurgono a relazioni giuridiche. E questa tendenza si fa valere per più vie: ora è la pressione della società e dello Stato, che disgregando la compagine della famiglia romana, mette a nudo un rapporto della famiglia naturale, e fa che venga riassunto dal diritto civile: tale conseguenza ha prodotto sul matrimonio puro e semplice il cessare della *manus*. Ora la stessa azione devolve alla famiglia naturale diritti che per l'innanzi competevano in virtù di rapporti della famiglia romana: è la lotta della cognazione o parentela del sangue contro il vincolo dell'agnazione, nel quale il sangue ha tanta parte, quanta n'ha in un qualunque consorzio politico. Ora finalmente la coscienza mutata volge a nuove funzioni, proprie dell'ordine domestico, istituzioni che si ricollegavano alla

famiglia romana: la patria potestà e l'adozione, l'emancipazione e la tutela.

La famiglia naturale è l'organismo in cui s'incentra presso tutte le società civili l'ordine etico delle relazioni sessuali e parentali, cioè in ultima analisi il fine di conservazione e perfezionamento della specie. A rigore di linguaggio non ci soccorre nel diritto romano un termine che riassume tali relazioni e significhi precisamente l'organismo della società domestica, in cui si svolgono. La parola *familia*, il titolo *paterfamilias* furono sempre riservati al consorzio familiare romano e al suo capo: il quale consorzio è bensì profondamente alterato nel suo spirito e ridotto un'istituzione ibrida e in isfacelo, ma nello stesso diritto giustiniano va distinto dalla società domestica, i cui rapporti emergono là dove quello si rompe.

\*  
\* \*  
\*

2. La famiglia pare l'ordine giuridico più saldo, più degno d'incarnare la veneranda idea del diritto naturale. Nondimeno il millenio della storia del diritto romano fa avvertire il movimento e il mutamento nei suoi stessi tratti fondamentali e addita la tendenza dell'evoluzione.

Le linee fondamentali della famiglia presso i popoli civili attuali sono le seguenti. Sua base è il matrimonio monogamico, unione intima ed esclusiva dell'uomo e della donna sotto lo stesso tetto, unione stabile, anzi idealmente perpetua e destinata a finire solo colla morte (un termine o una condizione sarebbero incompatibili col matrimonio), unione altresì idealmente indissolubile, perchè anche ove il divorzio è riconosciuto, dura il vincolo, non ostante il disvoler degli sposi, finchè non intervenga una causa riconosciuta dallo Stato, per cui si possa im-

petrarne lo scioglimento. Il matrimonio è vietato tra stretti congiunti, in linea retta all'infinito, in linea collaterale tra fratelli e sorelle. La donna è subordinata al marito in perpetuo, i figli al padre fino al raggiungimento dell'età maggiore. La famiglia si allarga ne' parenti legati insieme da vincolo di sangue, ch'è appunto la generazione, la discendenza da un comune capostipite, sia maschio, sia femmina (la *cognatio* romana).

Ora il matrimonio romano è schiettamente monogamico, come generalmente presso i popoli ariani, in cui forse uno spirito antico di libertà e d'uguaglianza ha respinto *ab origine* quel ripugnante simbolo di superiorità dell'aver più mogli, secondo il grado e il potere. Il matrimonio romano è anche idealmente perpetuo: di unioni a termine non si ha memoria alcuna e all'ordinamento degli stabili coniugî si riporta nella tradizione classica l'origine della civiltà. Ma il matrimonio romano non è, nè potrebbe essere idealmente indissolubile. Per questo lato esso rappresenta ancora un'idea schiettamente naturalistica e profondamente diversa dalla moderna. Le classiche definizioni (« *viri et mulieris coniunctio individuum consuetudinem vitae continens* » ovvero « *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* ») lueggiano forse un tratto vitale del matrimonio, l'intenzione di essere in perpetuo congiunti, e certo spirano il sentimento della gravità e santità del vincolo, anche fuori del diritto; ma l'essenza del rapporto è insita nella psiche romana e a noi sfugge. Il matrimonio romano, e in genere il concetto antico del matrimonio, è la convivenza dell'uomo e della donna con l'intenzione *effettiva, continua* di essere marito e moglie, cioè di procreare e allevare figliuoli, di costituire tra i coniugi una società intima sotto tutti i rapporti.

Data simile natura del matrimonio, è ovvio che non occorrono forme giuridiche alla sua conclusione, benchè, com'è pur naturale, feste e cerimonie, che variarono col mutare dei tempi e dei costumi, accompagnassero il principio della vita coniugale. Basta che il principio della vita coniugale si riveli appunto nell'esistenza dei due requisiti anzidetti: la convivenza e l'intenzione di esser marito e moglie. Laonde il matrimonio, per esser così scevro di forme, si può bensì contrarre tra persone assenti, che manifestino la loro intenzione per lettera o messo, ma conviene che la donna entri nella casa del marito, iniziando quella vita comune, che è, per così dire, l'elemento obbiettivo del matrimonio; e per conseguenza può ammettersi quando sia l'uomo assente, non già quando sia la donna, perchè questa deve venir introdotta nella casa del marito, non il marito nella casa di lei.

Si guardi bene dunque: il matrimonio romano non è come il nostro, un rapporto giuridico, *stabilito dal consenso iniziale*, al qual *consenso iniziale*, fonte d'uno stato indipendente dal perdurare delle volontà concordi, anche nei paesi ove il matrimonio è per certe cause dissolubile, si può ben dare il nome di contratto. Le nozze non erano a Roma in niun modo un contratto nel senso odierno, nè consensuale, nè reale, come fu anche asserito a ragione della *deductio in domum mariti*: l'atto di conclusione celebrato anche nella guisa più solenne ha ben senso e valore in quanto fissa il *momento iniziale* di questo rapporto, dal quale i suoi effetti cominceranno a decorrere, ma non in quanto genera uno stato conseguente, distinto, che perdura e genera effetti indipendentemente dal perdurare dell'accordo generatore, come ne' contratti obbligatori, come negli atti costitutivi di diritti reali, come anche negli altri atti familiari, quali l'adozione e l'eman-

cipazione. Il matrimonio romano dura, finchè durano le condizioni della sua esistenza: e poichè la vita comune, una volta iniziata, è intesa in un modo elevato e spirituale, l'elemento che spicca e dà esistenza e carattere al matrimonio è l'intenzione *permanente, continua* di esser marito e moglie: la quale intenzione, appunto per questo suo carattere duraturo, non per ragioni di sentimento o altro, più che *consensus*, quando si voglia nettamente precisare, è detta *affectio maritalis* (o anche *uxoris*).

Questa natura del matrimonio sarà manifesta sovra tutto nell'apprezzare le ragioni, perchè lo stato coniugale non può continuare giuridicamente, qualora sia cessata l'*affectio* (divorzio), nè può ugualmente per finzione riprender vita, come altri rapporti giuridici, quando, cessato di fatto dopo la perduta capacità, questa sia riacquistata dal subbietto (diritto di *postliminio*). Ma intanto si avverta che il senso dell'adagio volgare *consensus facit nuptias* non vuol esprimere, come intesero i canonisti, l'idea del contratto, bensì rilevare che la convivenza deve essere apprezzata in senso etico, non materialistico. L'uomo e la donna, si fa il caso dai giureconsulti, abitano separati, come usa tra coniugi di alto grado: sono tuttavia marito e moglie? La cosa è importante nella specie per conoscere se valgano le donazioni, che tra coniugi sono proibite. Il giureconsulto risponde che se i due mantengono reciprocamente l'*honor matrimonii*, si trattano, vale a dire, nella vita esteriore, in tutti i rapporti sociali, come nella società si debbono trattare due coniugi, il matrimonio dura. La frase intera del resto rende la genuina tendenza dell'adagio: « *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* » E altrove: « *non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio.* »

Nè occorre prendere abbaglio con le forme classiche

della *confarreatio*, della *coemptio* e con l'*usus*: sono modi per l'acquisto della *manus* sulla moglie, per costituirla *filiafamilias* nella famiglia romana, ma la moglie era legittima ed era legittima la famiglia naturale, anche all'infuori di quelle forme e prima che fosse decorso l'anno dell'*usus*. Certo si può supporre (è una pura ipotesi, perchè a quel tempo non si risale con le memorie, ma un'ipotesi non irragionevole) che nell'origine l'assoggettamento della donna alla *manus* accompagnasse regolarmente il matrimonio, che la moglie dovesse diventare, per dir così, anche cittadina nella patria domestica del marito: non romana peraltro è la distinzione dei matrimoni *cum manu* e *sine manu* (i giureconsulti classici non trattano nemmeno della *manus* e dei suoi modi d'acquisto in occasione del matrimonio, bensì tra i poteri familiari), e può esser cagione d'equivoco, traendo naturalmente a rappresentarsi quasi due specie distinte di matrimoni.

Ed è sempre non una legale celebrazione, bensì l'*affectio maritalis*, che distingue, massime dopo lo scadere della *manus*, il matrimonio dal concubinato: la quale *affectio* si rivela pur sempre in quel complesso di forme esteriori che costituiscono l'*honor matrimonii*, e d'altra parte la convivenza con persona onorata e di condizione ingenua era sempre considerata come matrimonio. È ciò che insegna Papiniano: « *personis comparatis vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.* » Marciano (o forse lo stesso Giustiniano) concede tuttavia che si possa prendere come concubina anche una donna onesta e ingenua, ma si deve — il che è financo una singolare inversione delle idee moderne — farne dichiarazione espressa: con che la donna perde l'*existimatio*.

\*  
\*  
\*

3. *Iustae nuptiae* dicevansi dai Romani le nozze legittime. La capacità all'uopo o il *connubium* richiede la cittadinanza romana; ed era un evidente residuo della primitiva condizione di stranieri il *connubium* non riconosciuto ai plebei coi patrizi fino alla legge Canuleia (445 a. C.). L'espansione mondiale fece riconoscer valide anche le nozze *iuris gentium* coi peregrini: i figliuoli erano legittimi, ma non acquistavano la cittadinanza, nè appartenevano alla famiglia romana del padre.

Ma una serie di condizioni occorrono anche alla validità delle nozze. Anzitutto il consenso del *paterfamilias*; nelle origini il solo essenziale, in appresso, passato in seconda linea, tantochè s'intendeva consenso il mero silenzio, cioè il non opporsi alle nozze: esempio di ciò che poteva la giurisprudenza romana, nè potrebbe la nostra nel campo del diritto privato. La *Lex Iulia*, pel favore dei matrimoni, concesse il ricorso al magistrato, se il *paterfamilias* senza motivo si rifiutava di consentire: e infine se il *paterfamilias* era prigioniero di guerra o in generale assente o mentecatto o anche pazzo con lucidi intervalli (*furiosus*), la legislazione e la giurisprudenza imperiale permisero le nozze; ci è serbata memoria delle controversie durate più a lungo in ordine al *furiosus* pel matrimonio dei figli maschi. Giustiniano stabilì l'attesa di tre anni in caso di assenza o prigionia di guerra e l'intervento del magistrato, udito il curatore e i parenti principali, per i figli del *furiosus*.

Per i figli maschi, oltre il consenso del *paterfamilias*, è necessario anche quello del padre, perchè i nati dal matrimonio potranno eventualmente ricadere sotto la sua potestà. Per le fanciulle *sui iuris* intervengono i tutori,

la madre, i parenti, e il magistrato stesso a dirimere gli eventuali dissensi.

Altra condizione è la capacità naturale, onde non possono contrar matrimonio gl'impuberi e gli evirati. La pubertà riconosciuta *ab antiquo* per le donne ai dodici anni, fu stabilita da Giustiniano, conforme alla teoria procuiana, ai quattordici per i maschi, troncando definitivamente le controversie trascinate fino allo spirar del diritto classico tra il giudizio di fatto e l'età fissa.

Si richiedono infine altri requisiti *determinati negativamente* dall'assenza di certe condizioni e relazioni; onde il termine di *impedimento*, con cui nelle scuole si designano.

Sono *impedimenti assoluti* un matrimonio già esistente, la schiavitù dell'uno degli sposi, e per l'influenza cristiana anche il voto di castità e gli ordini maggiori: fino al quarto secolo erano vietate anche le nozze ai militari. Inoltre la vedova che si rimarita entro il termine del lutto (di dieci mesi dapprima, portato dagli imperatori cristiani a un anno) subì sempre pene congrue secondo lo spirito dei tempi: un sacrificio espiatorio in origine, l'incapacità degl'infami per l'Editto del Pretore, l'infamia e gravi pene pecuniarie nel diritto nuovo sotto l'influenza cristiana. L'idea religiosa che ispirava nelle origini il *tempus lugendi* fece luogo al concetto fisiologico di evitare la *turbatio sanguinis*, onde i giureconsulti per interpretazione teleologica reputarono lecito il matrimonio, se la donna avesse, prima del termine, partorito; ma per la tendenza benigna, che ispirava questa interpretazione, non venne in quella vece esteso il divieto al caso di divorzio (come sarebbe stato logico, dato il nuovo fine) se non nell'epoca cristiana da Valentiniano III e Teodosio II.

Sono impedimenti relativi: 1° La cognazione o parentela, in linea retta all'infinito, in linea collaterale entro certi

gradi. I *mores* antichissimi sembra riprovassero il matrimonio fino al sesto grado o per lo meno sino al quarto; ma sulla fine della repubblica anche tra cugini il matrimonio è perfettamente lecito: il divieto legale fattone sotto gl' imperatori cristiani non fu che temporaneo. Nel diritto giustiniano — abolita già dai figli di Costantino (342 d. C.) la permissione delle nozze tra zio paterno e nipote, introdotta sotto Claudio e per Claudio — in linea collaterale il matrimonio è vietato tra fratelli e sorelle, tra zii e nepoti in generale.

2° L'affinità. In linea diretta, pare, a cominciare dall'impero, in linea collaterale, tra cognato e cognata, sotto i Cristiani.

3° La *Lex Iulia* vieta le nozze tra il coniuge adultero e il suo complice: un senatoconsulto sotto Marco e Commodo (177-180) tra il tutore, i suoi discendenti e la pupilla; mandati imperiali lo vietarono tra il governatore e la donna della provincia.

4° Il diritto cristiano ha introdotto il divieto tra il padrino e la figlioccia, in ragione della parentela spirituale, e tra Cristiani ed Ebrei.

5° Il divieto tra ingenui e donne di teatro stabilito dalla *Lex Iulia* fu abolito da Giustiniano, mosso anche da ragioni personali. L'antichissimo divieto del matrimonio tra ingenui e liberti, che la *Lex Iulia* aveva già ristretto alla classe dei senatori e ai loro discendenti fino al terzo grado, fu mitigato nella sua rigida sanzione da Giustiniano, non esigendo più che si rompessero matrimoni già contratti prima dell'elevazione al grado senatoriale.

La vita coniugale è sotto l'autorità del marito, ma non si debbono confondere i poteri nascenti dalla *manus* con questa autorità disciplinare. Per l'adulterio della donna era sancita la pena della relegazione dalla *Lex Iulia*, con

l'obbligo fatto al marito di romper le nozze e agire entro sessanta giorni; Costantino esaltò questa sanzione fino alla pena di morte, Giustiniano la ridusse alla reclusione in un monastero, che può divenire perpetua, se il marito non abbia dopo l'anno perdonato. Il marito rappresenta la donna in giudizio, e ha l'azione d'ingiurie per le offese a lei recate: non si possono esperire tra coniugi azioni infamanti, nè le sottrazioni tra coniugi sono considerate come furto (*actio rerum amotarum*). Il marito aveva anche contro il *paterfamilias* della donna l'interdetto *de uxore exhibenda et ducenda*, qualora gli fosse trattenuta la sposa, e un'eccezione da opporre all'interdetto *de liberis exhibendis et ducendis*.

E fu probabilmente sempre la celebre *Lex Iulia* a introdurre il divieto delle donazioni tra coniugi. Il consueto ricorso alla *ratio* pare sia stato anche qui adoperato dalla giurisprudenza per restringere il divieto ai casi genuini di arricchimento e impoverimento, escludendone una serie di donazioni; ma certamente il motivo ispirò la legge a sancire una serie di eccezioni aperte e soprattutto a riconoscere, con Severo e Caracalla, che fosse convalidata ogni donazione colla morte del donatore, durando costante la volontà del donatore fino alla morte.

\* \* \*

4. Più ancora del matrimonio sfugge alla norma giuridica l'impegno assunto di conchiudere le nozze, gli *sponsali*. Nessuna coazione, nemmeno quella in via convenzionale pattuita mediante clausole penali, è ammessa dal diritto romano. Gli sponsali erano contemplati nel diritto classico solo per la quasi-affinità, che è ragione d'impedimenti tra i congiunti dell'una parte e dell'altra, per l'incapacità colpita d'infamia, cui va soggetto alla pari

del bigamo chi s' impegna formalmente con due fanciulle, e per l'azione d' ingiurie attribuita al fidanzato, offeso nella sua fidanzata. Sotto i Cristiani peraltro vi si aggiunsero delle vere sanzioni: la perdita delle arre scambiate (*arrahae sponsaliciae*) e dei donativi (*sponsalicia largitas*) per la parte inadempiente o colpevole; e anche non fatte le nozze per morte del fidanzato, la sposa baciata restituisce soltanto la metà dei donativi.

\*  
\* \*

5. Sotto i Cristiani anche il concubinato, l'unione stabile con donna di bassa condizione, largamente diffuso nella società romana per la fierezza delle sanzioni comminate dalla *Lex Iulia*, energica favoreggiatrice dei matrimoni, contro tutti i rapporti fuori del matrimonio con persona di onorata condizione, diventa una specie di matrimonio morganatico a cagione delle conseguenze giuridiche a esso ricongiunte circa la posizione giuridica e i diritti di successione della moglie e dei figli. Lo sforzo degl' imperatori cristiani tendeva ad abolire il concubinato, elevandolo in guisa da riassumerlo nel matrimonio o incoraggiando apertamente con misure transitorie il matrimonio con la concubina; ma non riuscirono nel loro proposito sino ai tempi di Leone il filosofo (IX secolo), onde il concubinato vige ancora nella compilazione giustiniana, e sopravvisse in Occidente fino al XII secolo.

\*  
\* \*

6. Il matrimonio ha essenziale importanza per la posizione giuridica dei figli. Legittimi sono i figli nati nel matrimonio. Sono legittimi anche i figli adottivi; senonchè l'adozione, riconosciuta quale una mera finzione, dacchè non serve decisamente se non alla consolazione degli orbi

di figli, è ridotta in termini abbastanza angusti col regolamento giustiniano dell'*adoptio minus plena*. Di fronte agli adottivi i figli che noi diremmo carnali prendono il nome di *liberi naturales*.

Un istituto invece che erompe schiettamente nella nuova epoca è la legittimazione, accordata soltanto relativamente ai figli di una concubina, che prendono ora, sotto i Cristiani, il nome specifico di *liberi naturales*, separandosi dagli spuri o *vulgo concepti*. Permessa solo dapprima in via transitoria da Costantino col fine di indurre al matrimonio i viventi in concubinato, da Teodosio II e Valentiniano III con l'intento di ripopolar le curie, garanti delle imposte, il che rivelano anche le forme rispettive (*per subsequens matrimonium, per oblationem curiae*), fu resa definitivamente istituto stabile da Giustiniano, il quale aggiunse alle due forme sopradette anche la legittimazione *per rescriptum principis*, dato che il matrimonio con la concubina fosse impossibile.

Quanto ai rapporti tra genitori e figli, essi sono stati dal diritto romano contemplati più tardi che non quelli tra coniugi: perchè mentre la *manus* cedette rapidamente sin dal principio della seconda epoca, la patria potestà perdura ancora nel diritto giustiniano, e il potere sovrano del *paterfamilias* esonera il diritto dal regolare le relazioni domestiche tra padre e figli. Nondimeno di queste relazioni esso dovette pure nel progressivo sviluppo tener conto, prescindendo dal rapporto di patria potestà. Così fu sancito tra genitori e figli l'obbligo reciproco agli alimenti, in via di eccezione dapprima sotto Antonino e Marco, poi regolarmente, ed esteso al padre l'obbligo di dotare la figliuola: s'ha l'obbligo altresì di educar la prole, come s'ha nella nuova epoca il diritto di tenerla presso di sè, senza riguardo alla patria potestà. Il dovere morale

di obbedienza e rispetto verso i genitori (*obsequium, pietas erga parentes*) si esternava già sin nel diritto classico in sanzioni giuridiche: non si può senza permesso del magistrato citare in giudizio il proprio genitore, nè intentare contro di lui un'azione infamante, e l'ingiuria fattagli è atroce. Finalmente sin dal primo sviluppo del diritto pretorio la qualità di figlio fu sostituita a quella di *filius-familias* in ordine alla successione ereditaria; un limitato diritto di successione compete nell'ultima epoca anche ai *liberi naturales*.

\* \* \*

7. Cessano gli effetti del matrimonio col cessar del rapporto. Nello scioglimento del vincolo coniugale spicca mirabilmente il carattere specifico del matrimonio romano e la via per cui l'influenza cristiana e canonica giunse ad alterarlo. Il matrimonio si scioglie o per la morte dell'uno dei coniugi o per la perdita della capacità o pel venir meno dell' *affectio maritalis*. La capacità si perde per la *capitis deminutio maxima*, per cui uno dei coniugi diviene schiavo, o pertanto anche la prigionia di guerra scioglie il vincolo. Che se per lo speciale beneficio del *ius postliminii* il cittadino romano sfuggito al nemico è ripristinato *ipso iure* nei rapporti familiari e patrimoniali, non per questo risorge il matrimonio, appunto perchè il matrimonio è un rapporto di fatto che dura e genera effetti, finchè durano e perchè durano le condizioni reali della sua esistenza. Peraltro già in questo riguardo l'influenza dell'idea cristiana tendeva a oscurare la primitiva essenza del matrimonio col divieto posto alle nuove nozze, lecite solo in caso d'incerta sopravvivenza e decorsi cinque anni. Nondimeno si avverta: le nuove nozze sono pur sempre possibili; solo, perchè fatte contro il divieto, esse

vanno soggette alle pene stabilite in quest'epoca contro i divorzi illeciti.

Legalmente doveva in antico sciogliere il matrimonio anche la *capitis deminutio media*, per cui va perduta la cittadinanza: quindi l'*aqua et igni interdictio* e nel diritto imperiale la deportazione: e sembrano interpolati secondo le tendenze cristiane i testi che non riconoscono nel diritto giustiniano siffatta causa di scioglimento.

Il venir meno dell'*affectio maritalis* nell'uno o nell'altro dei coniugi o in entrambi: ecco il divorzio romano (*divortium* e *repudium*). Non un istituto separato dal matrimonio, determinante una serie di cause per cui si può impetrare lo scioglimento del vincolo, bensì una conseguenza e un'illustrazione del concetto diverso del matrimonio. Se questo esige un consenso continuo, quando tale consenso viene a mancare, necessariamente l'uomo e la donna non possono più esser ritenuti marito e moglie; sancire che il matrimonio perduri, cessata con l'*affectio maritalis* la vita comune, era cosa che non poteva capire in un intelletto romano, e sarebbe stata dai Romani considerata come un assurdo o una strana finzione legale. Turpe e illegale era altresì il vincolarsi, sotto una penale, a non far divorzio: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*.

La purità dei costumi fece nondimeno che per un lungo periodo della vita di Roma i divorzi fossero abbastanza rari. La società li riprovava, se fatti senza un giusto motivo, e allorchè Spurio Carvilio ebbe ripudiata la moglie per causa di sterilità (non era questo uno dei motivi ammessi dalle famose leggi regie, che non furono mai leggi, ma antichi *mores*), suscitò nel popolo scandalo e sdegno. Quanto alle donne lo stato di dipendenza in cui vivevano in quel regime patriarcale non rendeva loro possibile il

far divorzio dal proprio marito. Crebbero i divorzi nella classi elevate con la sfacciata corruttela che invase Roma in seguito alle conquiste mondiali: anzi la frequenza loro diventò uno dei segni di questa corruttela e motivo di epigrammi e motti satirici.

Dall'altra parte con l'idea romana del matrimonio porre argine ai divorzi non era impresa facile. Ciò si rivela, ad esempio, nella forma introdotta dalla *Lex Iulia* pel divorzio (partecipazione del ripudio mediante un liberto alla presenza di sette testimoni) o nel divieto fatto alla libertà di far divorzio dal proprio patrono: i giureconsulti ripugnano ad ammettere che, cessato il consenso, nondimeno il matrimonio perduri: *constare matrimonium dicere non possumus, cum sit dissolutum*, dichiara francamente Ulpiano. Non si può che far luogo alle sanzioni della *Lex Iulia*.

Il sentimento esaltato della castità mosse gl'imperatori cristiani a reagire contro il divorzio. Il divorzio unilaterale o ripudio venne permesso solo per certi determinati motivi: fuori di essi era punito. Lo sforzo di configurare delle *iustae causae* e inventare delle pene efficaci (in genere patrimoniali) contro il coniuge divorziante fuori di quei motivi o contro il coniuge che aveva dato motivo al divorzio rende fuor di misura intralciata e confusa questa legislazione ostile al divorzio. Giustiniano riordinò tutta la materia, e stabilì nelle sue Novelle una serie numerosa di *iustae causae* o di colpe dell'uno dei coniugi, che rendono giustificato e lecito il ripudio: ammise puranco dei motivi non imputabili, e quindi scevri di pena: il voto di castità, l'impotenza, l'assenza (*divortium bona gratia*). La sua reazione oltrepassò, a quel che sembra, i limiti tollerabili dalla coscienza sociale della stessa epoca sua, perchè egli abolì anche il divorzio per

mutuo consenso, che il suo successore Giustino II fu costretto a ripristinare con la Novella 140, che fa parte anch'essa del *Corpus iuris*.

Ma nonostante questa fiera lotta, il concetto del matrimonio e del divorzio romano, si osservi bene, non è mutato punto nello stesso diritto giustiniano. Il divorzio, fuori delle cause stabilite e lecite, è punito, ma non è dichiarato nullo: anzi è punito appunto perchè non si può dichiarar nullo. Nel concetto romano del matrimonio, il volere o disvolere degli sposi è un ostacolo, dinanzi a cui s'infrange ogni potenza legislativa, come più tardi la virtù del sacramento diviene indipendente dall'annuenza del parroco e della Chiesa. (« Nemmeno il papa può fare che non sia », diceva l'ingenua Agnese.) Lo stesso imperatore Giustiniano in una delle Novelle, in cui dispone le sue gravi restrizioni, dichiara con pari ingenuità che una volta che basta al matrimonio la mera *affectio maritalis*, lo scioglimento o senza pena o con pena segue necessariamente, poichè *i vincoli costituiti tra gli uomini sono tutti dissolubili* (τῶν ἐν ἀνθρώποις παρακολουθούντων τὸ δεῖν ἄπαν λυτόν).

Ma per l'appunto nella *divinità del vincolo* — *Quod Deus coniunxit homo non separet* — lo spirito cristiano rinvenne il suo motivo ideale, quasi antitetico al pensiero giustiniano. Il motivo, per dir così, tecnico-giuridico fu la concezione del *matrimonio-contratto*, generatore di uno stato coniugale indipendente dal perdurare del consenso iniziale, interpretando all'uopo erroneamente la massima romana « *consensus facit nuptias* ». Certo il fenomeno è singolare, considerando che oggi sull'idea contrattuale più s'insiste dai fautori del divorzio: e certo è pure che il contratto non implica per sè una forzosa e legale indissolubilità. Ma esso stacca a ogni modo il vincolo dalla

sua costituzione, sottraendolo all'arbitrario scioglimento pel disvolere dell'una o dell'altra parte: e posto il vincolo stesso dal lato religioso come una mistica unione, dal lato morale come un rapporto la cui serietà e stabilità interessa l'ordine sociale, il bene dello Stato, i fini supremi della vita, si può giungere per legge positiva, senza alcuna concettuale incompatibilità, o all'indissolubilità assoluta o alla dissolubilità per le sole cause che la legge concede. Il divorzio moderno non è più il divorzio romano, perchè il matrimonio moderno non è più il matrimonio romano.

Così, dei tratti fondamentali della società coniugale è originaria nella società romana la monogamia e la perpetuità ideale del matrimonio, originario il divieto etico-fisiologico dell'unione tra prossimi congiunti, e tale *horror naturae*, insito profondamente nello spirito antico, ha la sua tetra espressione nelle favole di Mirra e di Edipo, motivo di sublimi tragedie. La trasformazione operata dalla giurisprudenza circa l'anno del lutto prelude quasi alla tendenza odierna di estendere anche ad altri riguardi igienici e fisiologici le sanzioni etiche e fino a un certo segno (per esempio come giuste cause d'opposizione) la norma giuridica. Ma non romana è l'indipendenza del vincolo dalla volontà effettiva e durevole degli sposi, la sua ideale indissolubilità, che non si vuol confondere colla perpetuità egualmente ideale del matrimonio. Il nuovo carattere, portato dall'idea cristiana e dal diritto canonico, è oramai penetrato nella nostra coscienza in guisa da rendere, al solito, alquanto penosa la comprensione del concetto antico; e si può considerare come una nuova conquista etica, per quanto nell'assoluta indissolubilità, raggiunta in progresso di tempo e irrigidita nel Codice civile italiano, l'evoluzione giuridica, in cui spirava un pen-

siero di reazione, abbia oltrepassato i confini segnati dal rispetto alla libertà e dai fini di conservazione e perfezionamento della specie. Finalmente la subordinazione della moglie al marito, dei figli al padre sono caratteri, la cui intensità via via attenuata ebbe raggiunto nel diritto classico e giustiniano, per quanto lo stato delle cose sia turbato dall'intrecciarsi dei rapporti coniugali e parentali coi rapporti familiari nel senso romano, un limite che, se è lungi dalla libertà anglosassone e dagli ideali dell'avvenire, sembra indicare un regime non assolutamente illiberale. Non pare infatti che il consenso del *paterfamilias* e del padre alle nozze, ridotto dalla giurisprudenza al mero assentimento passivo, eliminato anche in parte da un largo movimento legislativo che ha principio con Augusto e si chiude con Giustiniano, potesse ricever sanzioni analoghe alle *lettres de cachet* o al forzoso ritiro in un convento di regimi non lontani.

\*  
\* \*

8. Il regime patrimoniale veramente proprio della società coniugale romana è il sistema dotale. La donna reca al marito un contributo a sostenere i pesi del matrimonio (*ad sustinenda onera matrimonii*). Che una fanciulla non recasse altro in dote *praeter formam pudicitiamque* era caso in Roma assai strano e non decente. Un obbligo di onore e di convenienza già in antico imponeva di dotare le figlie e le sorelle, e i *mores* dei consorzi gentilizi facevano obbligo ai clienti di dotare le figliuole dei loro patroni. Non dotare la figlia era considerato come fare ostacolo al matrimonio e, come tale, implicitamente si stimò contro il disposto della *Lex Iulia*: una costituzione di Severo e Caracalla esplicitamente ne sancì l'obbligo al padre. Tutto il sistema delle antiche pene contro il con-

iuge colpevole o delle nuove contro il coniuge, che fa divorzio fuori delle *iustae causae*, presuppone l'esistenza della dote. La netta separazione del matrimonio dal concubinato è stabilita dagli strumenti dotali; anzi Giustiniano, seguendo forse una consuetudine o una legge anteriore, al fine di stabilire appunto questa netta separazione dallo stato precedente di concubinato, ha finito con richiedere sempre gli strumenti dotali se si vuol passare a nozze con la concubina, come altresì per celebrare in modo congruo le nozze delle persone illustri. Cento libbre d'oro erano, pare, al suo tempo la dote massima negli usi sociali.

Ora, quest'istituto della dote non è che un residuo sociale e giuridico dell'antico regime della *manus*, che appunto col decadere della *manus* e con lo sfasciarsi per questo lato della famiglia romana assume posizione e figura distinta nel diritto civile e nella società coniugale. Il matrimonio congiunto alla *manus* faceva che la donna si staccasse dalla sua famiglia e vi perdesse ogni diritto, ond'è ch'essa recava seco nella casa del marito il patrimonio o il peculio, che poteva possedere o ricevere e che per l'ingresso nella nuova famiglia ricadeva sotto il diritto generale del *paterfamilias*. Senonchè una naturale consuetudine portava che siffatti beni, i quali si usavano chiamare *dos* o *res uxoria*, non si dovessero mai sottrarre dal *paterfamilias* al marito e agli usi del matrimonio cui erano destinati.

Simile trasmissione di beni all'atto del matrimonio, necessaria conseguenza dell'assoggettamento alla *manus*, entrata una volta nei costumi, si perpetua altresì nel regime sciolto della *manus*: soltanto ora essa è volontaria, e può venir limitata a una parte dei beni. Ma così nell'un caso come nell'altro i beni trasmessi passavano in proprietà del *paterfamilias*, ed erano quindi irripetibili.

Fin qui peraltro il costume di recare un simile contributo non impetrava sanzioni speciali. Al fine soccorrono i consueti mezzi giuridici, nè spunta fuori nel diritto la figura di un istituto giuridico nuovo. Gli antichi, ci dice una storica testimonianza, annoveravano anche le doti tra le donazioni. Ma quando i divorzi divennero frequenti e in pari tempo non furono più giustificati da cause che il costume non riprovava, allora la perdita che la moglie ripudiata veniva a subire e il lucro del marito parvero anch'essi ingiustificati. Se la pratica del contributo dotale è un derivato della *manus* e della *familia* romana, è la libertà romana del divorzio che ha generato nel diritto lo specifico regime dotale: precise attestazioni fanno coincidere il primo divorzio mal visto dal popolo e l'origine delle *cautiones rei uxoriae* per la restituzione della dote. La sollecitudine dell'interesse personale vi provvede dapprima, senza nuovi mezzi, con l'uso di convenzioni private nella forma consueta della stipulazione: e l'azione che in caso di divorzio intentava il costituente per la restituzione della dote era un'*actio ex stipulatu*. Ma ben tosto appare una vera azione legale, indipendente, vale a dire, da qualunque convenzione, e fu l'*actio rei uxoriae*. La restituzione si presenta la prima volta come un elemento peculiare, anche se non costante, del rapporto dotale, e con esso la cura della conservazione e la responsabilità del marito: l'istituto giuridico si comincia a disegnare.

Di quest'*actio rei uxoriae*, che non respinge nella vita, ma pel fine comune si allea con l'*actio ex stipulatu*, tanto da dissimulare nella pratica l'essenza profondamente diversa dei due mezzi, come è oscura l'origine, così è singolarissima la struttura. Essa è detta *actio in bonum et aequum concepta*, il che la farebbe supporre di fonte pre-

toria: ma d'altra parte, se non negli elenchi ciceroniani, in Gaio essa è annoverata tra i giudizi di buona fede: essa è altresì schiettamente personale. Sono ipotesi plausibili che, proposta in principio dall'Editto, sia stata in seguito, come altre azioni, riassunta dalla giurisprudenza tra le azioni civili: che, sancita dapprima con carattere penale e per questo tendente a imporre la restituzione parziale e arbitraria in caso di divorzio, sia stata resa o dal Pretore stesso o dalla legge (*Lex Moenia?*) esperibile anche in caso di morte del marito e quindi spogliata del carattere penale. Certo è ch'essa non compete se non alla donna e al suo *paterfamilias*, ove la donna non fosse *sui iuris*: anche in questo caso però è necessario a poterla esperire per lo meno l'assentimento passivo della donna (*adiuncta filiae persona*). Non passa agli eredi della donna: soltanto il padre per la dote da lui costituita può sempre intentarla, il che è forse, di nuovo, uno sviluppo dottrinale, già compiuto al tempo di Servio Sulpicio (morto nel 43 a. C.). Essa è infine un'azione che concede al giudice il più largo arbitrio: egli deve pesare l'obbligo della restituzione *aequius melius*. Tale arbitrio si rivela principalmente nelle ritenzioni di parte della dote, che il giudice riconosce in una misura più o meno larga al marito: *propter liberos, mores, res donatas, res amotas, impensas*. Tuttavia per le due prime, necessariamente indeterminate, venne in seguito fissato un tasso legale (un sesto o un quinto per ciascun figlio, secondochè la dote era reclamata dalla donna o dal padre superstite; un sesto per l'adulterio, un ottavo per le mancanze più lievi). In quella vece nell'*actio ex stipulatu*, il marito era obbligato dallo stesso giudizio a restituire tutta la dote, e per le sue contropretese eventuali (prima almeno che fosse introdotta la compensazione *ex dispari causa*) rinviato a

intentare, qualora gli soccorresse, un'azione distinta: l'*actio rerum amotarum*, il singolare *iudicium de moribus* (forse un'azione di fonte pretoria parallela all'azione *rei uxoriae*), infine la rivendicazione o la *condictio* per le donazioni proibite.

In particolar modo importante è la *retentio propter impensas*. La teoria delle spese, ch'ebbe ed ha così grave portata e così vasta applicazione in una serie numerosissima d'istituti giuridici, fece la sua prima comparsa nella dote e nell'azione *rei uxoriae* e qui ricevette la sua finissima elaborazione dalla giurisprudenza classica.

La distinzione delle spese *per i frutti* (*fructuum quaerendorum causa*), che qualunque possessore, anche il predone, secondo il concetto nettamente fissato dalla giurisprudenza romana, ha diritto di dedurre dal reddito lordo (*fructus non intelliguntur nisi deductis impensis*), e *per la cosa* (*in rem*), i criterî pratici per separare le une e le altre *ex genere et magnitudine*, la triplice partizione delle spese *in rem*, secondochè sono necessarie o utili o puramente voluttuarie in relazione a una determinata e concreta economia patrimoniale, tuttociò uscì dal dominio esclusivo della dote, ma nacque e si svolse nella dote. La *retentio* fu dalla giurisprudenza ammessa nella dote per le spese necessarie e per le utili, fatte col consenso della moglie; per le voluttuarie il marito non aveva che un *ius tollendi*.

Anche l'oggetto della restituzione venne con cura e giustizia regolato dalla giurisprudenza, meglio che non nell'analogo istituto dell'usufrutto: non solo il marito deve restituire tutte le accessioni, compresi i parti delle ancelle, ma i frutti nell'ultimo anno percepiti vengono divisi tra il marito e la moglie in proporzione della durata del matrimonio in quell'anno.

Finalmente il marito gode nell'azione dotale del favore di non esser condannato se non nella misura delle proprie forze (il così detto *beneficium competentiae*), favore che intendeva mitigare l'esecuzione e risparmiarne le più gravi conseguenze circa la libertà personale e l'onore, riconosciute nelle varie epoche. Inoltre per la dote consistente in danaro o in generi il marito aveva tre termini annali, il qual beneficio era perduto interamente per l'adulterio del marito stesso, ridotto a sei mesi per le mancanze più lievi.

L'uso della restituzione fissò nettamente le varie specie di dote: *profettizia*, se costituita dall'ascendente, anche per la figlia emancipata, per cui l'ascendente ha diritto alla restituzione, morta pure la figlia; *avventizia*, se costituita da altri; *recettizia*, se il terzo costituente ne riserba a sè la restituzione in caso di scioglimento del matrimonio. Senonchè, ciò che ha un'essenziale portata, l'invenzione dell'*actio rei uxoriae* diede risalto e netta espressione allo scopo economico-sociale della dote, sostenere i pesi del matrimonio: scopo che diventa ora la molla di tutto lo svolgimento successivo.

I diritti patrimoniali costituiti in dote sono anche ora pienamente acquisiti al marito, e delle cose dotali egli diventa il proprietario: la promessa dotale, sia nella forma generica della stipulazione, sia nella speciale forma della *dictio dotis*, era promessa di trasmissione definitiva e la stessa reale costituzione di dote (*datio dotis*) richiedeva per le cose le forme romane di trasmissione del dominio, la *mancipatio* o la *in iure cessio* per le *res Mancipi*, la *in iure cessio* o la tradizione per le *res nec Mancipi*. Senonchè l'evento della restituzione fa che il marito debba curare con diligenza l'amministrazione delle cose dotali, ed è responsabile, se ve n'usa meno che non nelle cose

proprie: cioè responsabile fino al limite della così detta colpa in concreto. La *Lex Julia* proibì di alienare i fondi dotali senza il consenso della donna, e il divieto venne inteso così rigorosamente da render nulla anche l'usucazione e la costituzione dell'usufrutto: si dubitò altresì se si dovesse restringere ai fondi italici o estendere anche a provinciali, benchè questi non fossero veramente proprietà del cittadino. Essendo poi vietato alla donna di prestar garanzia, le ipoteche vennero a esser nulle anche col consenso di lei. Il trapasso dei beni comincia ad apparire non conforme alla realtà delle cose, e allo spirito che informa l'ordinamento giuridico della dote. Il contrasto intimo tra funzione sociale e struttura giuridica balza fuori in certe frasi, sovente mal comprese, dei giureconsulti, che sembrano vere contraddizioni in termini: *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. Il pensiero poi che la causa della trasmissione dotale segue perennemente i beni, onde la dote non devesi dal *paterfamilias* in niun modo sottrarre al marito, nè si confonde nella massa ereditaria da dividere tra i *filiifamilias* del defunto è scolpito incisivamente nella frase di Paolo, anche oggi mal compresa: *dotis causa perpetua est et cum voto eius qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit*. Venne anche munita l'*actio rei uxoriae* di un *privilegium exigendi*, di fronte a tutti i creditori del marito.

Tuttavia lo sviluppo ulteriore nell'epoca classica e post-classica non indusse che lievi e secondarie modificazioni: da un lato l'ampliarsi del sistema contrattuale diede sanzione anche alla promessa di restituzione assunta mediante patto all'atto della consegna, dall'altro la promessa di costituzione della dote assunta pure mediante patto, cioè scevra delle forme romane della stipulazione o della *dictio*, nell'epoca romano-ellenica fu resa obbli-

gatoria da Teodosio II. La tendenza dell'istituto, rinvi-gorita, come oggi appare, d'influenze elleniche, giunse legislativamente molto vicino alla sua meta per opera di Giustiniano.

Con la celebre costituzione del 1° novembre 530, Giustiniano abolì l'*actio rei uxoriae*, e concesse come unica azione dotale allo scioglimento del matrimonio l'*actio ex stipulatu* alla donna e agli eredi suoi, tanto per la dote profettizia quanto per la dote avventizia, salvochè circa la prima l'ascendente che la costituiva è preferito agli eredi della donna. All'azione *ex stipulatu*, costituente la nuova *actio de dote*, è attribuito peraltro il carattere di buona fede dell'antica *actio rei uxoriae*.

Per vero cotesta riforma è nei termini abbastanza infelice e confusa. L'imperatore è stato trascinato dal parallelismo ordinario dell'*actio rei uxoriae* e dell'azione *ex stipulatu* nella pratica. Ma la nuova azione costituita da lui non si poteva assolutamente dire che fosse l'azione *ex stipulatu*, dal momento che è resa indipendente da qualunque stipulazione: essa è piuttosto, come l'antica *actio rei uxoriae*, vera azione legale. Certo essa non è limitata alla persona, come l'antica *actio rei uxoriae*, bensì trasmissibile agli eredi; ma era quello un carattere peculiare, residuo forse dell'origine penale, giacchè di regola crediti e debiti passano agli eredi. E poichè d'altra parte al costituente è sempre lecito di stipulare la restituzione a suo favore e di esperire quindi l'azione *ex stipulatu*, si vede chiaro l'equivoco nascente dal chiamare con questo nome anche l'azione legale.

A parte il nome e guardando alle cose, certo è a ogni modo che, ampliando così il campo dell'azione dotale, resa generale per ogni dote (salvo naturalmente la recettizia) ed esperibile anche dagli eredi, l'obbligo della re-

stituzione allo scioglimento del matrimonio è diventato inerente alla dote. Per un lato almeno, l'istituto combacia esattamente colla sua funzione.

Giustiniano tolse anche via ogni dubbio circa l'estensione del divieto di alienare al fondo provinciale, e stabilì che il consenso della donna non valesse a permettere nemmeno le alienazioni, nonchè le ipoteche. Crebbe poi, col suo consueto fervore legislativo, in guisa veramente prodigiosa le garentie per la restituzione della dote: oltre al *privilegium exigendi*, fu concessa dapprima (a. 529) l'azione ipotecaria o una rivendicazione e, come sembra, a scelta, per ripigliare i beni dotali esistenti, poi (a. 530) un'ipoteca tacita generale sui beni del marito datata dal giorno del matrimonio — la ruina, come fu detto, del credito dei mariti — e finalmente (a. 531) quest'ipoteca tacita generale rispetto alla donna e ai suoi discendenti venne privilegiata su tutte le altre ipoteche, anche anteriori al matrimonio: ruina, alla sua volta, del credito dei celibi.

Con l'abolizione dell'*actio rei uxoriae* cadde anche tutto il sistema delle *retentiones* a favore del marito, anche per le spese; ma Giustiniano (a parte, s'intende, il principio generale in ordine alle spese per i frutti: *fructus non intelliguntur, etc.*), mantenne il principio che le spese *in rem* necessarie diminuiscono *ipso iure* la dote, e concesse inoltre l'azione per esse come per le utili: vige sempre il *ius tollendi* per le voluttuarie. Surrogata alla distinzione delle cose dotali fungibili e non fungibili la nuova e generale distinzione, che ora emerge, tra cose mobili e immobili, il termine di restituzione fu applicato alle prime e ridotto all'anno. Durano le stesse regole classiche circa la restituzione dei frutti dell'ultimo anno, e dura il *beneficium competentiae* a favore del marito. Una serie numerosissima di minute interpolazioni hanno eliminato dai

testi inseriti nelle Pandette le *retentiones* mutate in *actiones* o simili, l'*actio rei uxoriae* mutata in *actio de dote*, la *dictio dotis*, già scomparsa nel periodo romano-ellenico, in *promissio* o *pollicitatio*, infine *annua bima trima die* in *tempore statuto*.

Così gravi sono i limiti legali ora posti alla gestione del patrimonio dotale, così assolutamente e generalmente limitati nel tempo i diritti del marito, che Giustiniano poteva asserire con piena ragione essere il passaggio delle cose dotali in proprietà del marito una mera sottigliezza legale, che non deve cancellare o confondere la verità delle cose. Il divieto di alienare il fondo dotale infrange la barriera tra proprietà e usufrutto, e tanto era bastato perchè il diritto del *paterfamilias* sui beni avventizi del figlio venisse ridotto dalla giurisprudenza a un usufrutto legale, nonostante l'espressione disforme della legge di Costantino. La rivendicazione concessa alla donna, sciolto il matrimonio, pare la definitiva sanzione formale del nuovo stato di cose, una proprietà resa inerte dall'usufrutto limitato alla durata del matrimonio: conforme del resto al fine dell'istituto. Certamente i testi delle Pandette non si confanno con quest'interpretazione, e le vaghe espressioni sulle quali gli antichi romanisti pretesero di fondarsi per sostenere la proprietà della moglie non hanno tale valore. La proprietà del marito esgeticamente sussiste: ma si può dire che sussiste appunto solo esgeticamente.

\*  
\* \*

9. Un'altra parte singolare del regime patrimoniale tra coniugi appartiene quasi essenzialmente allo spirito e all'epoca romano-ellenica: le donazioni *propter nuptias*. Funzione del nuovo istituto è di provvedere alla condizione

della vedova e più tardi anche dei figli di primo letto. Il sistema romano genuino assicurava la donna assoggettata alla *manus*, in quanto essa era *filiae loco* nella famiglia del marito e succedeva al *paterfamilias* nel grado dei suoi figli stessi. Caduta la *manus*, il diritto pretorio non assicurava al coniuge superstite se non la successione in quarto e ultimo grado; senonchè la simpatia vivace del popolo romano pel testamento, quel dovere di far testamento, che ogni buon romano sentiva in un grado presso di noi sconosciuto e inconcepibile e che si spiega coll'essenza originaria e la tenace tradizione dell'istituto romano, facevano che il bisogno non fosse sentito così vivo di provvedere legalmente alla vedova.

Muta l'aspetto delle cose nel territorio elleno-orientale, e, con esso, i motivi dell'evoluzione giuridica. La *manus* non vi è mai penetrata, e il testamento non vi ritrova le sue basi profonde e le stesse vive simpatie nella società. Più che il decadere dei costumi fu tal vuoto, per così dire, nel diritto che mise allo scoperto la posizione della vedova e generò il bisogno di provvedervi.

Prima che ciò facesse la legge nella successione intestata, vi soccorse pur sempre la vita mediante convenzioni private, che si dissero donazioni *ante nuptias*. L'uso delle donazioni *ante nuptias* aveva un lieve addentellato nei doni consueti del fidanzato alla fidanzata in occasione degli sponsali. Con queste mere attestazioni di affetto e quasi cerimonie sociali si confondono già nel III secolo d. C. le donazioni solite a farsi in occasione delle nozze presso Greci e Orientali e lo stesso incremento economico rispecchia la vitale funzione: è una vera e propria parte delle sostanze dello sposo, beni stabili, schiavi, denaro che passa nell'assoluto dominio della sposa. Per la prima volta questa funzione si delinea nella legge colla costituzione

di Costantino dell'anno 319, concedente il diritto di ripetizione dei donativi, non conchiuse le nozze, o per intero o per metà, se gli sponsali erano stati consacrati dal bacio. Una posteriore costituzione di Valentiniano, Valente e Graziano dell'anno 368 sancì il ritorno dei donativi al marito, anche premorendo la donna: lo scopo si disegna sempre meglio.

Una nuova fase nel regime dei rapporti patrimoniali tra coniugi è segnata dalla costituzione di Teodosio il Grande (382 d. C.), che alla donna passata in seconde nozze tolse la proprietà dei donativi *ante nuptias* a favore dei figli di primo letto, riserbando solamente l'usufrutto e altresì il diritto stesso di preferire tra i figli di primo letto quel che più le gradiva. Teodosio II nel 439 dispose lo stesso, anche se la donazione fosse stata restituita in dote.

Ma intanto la pratica aveva introdotto l'uso di limitare con patto quanto avrebbe lucrato la donna nel caso pure di premorienza del marito (*pactum de lucranda donatione*). Onorio stabilì che tanto dovesse lucrare il marito della dote, quanto lucrava la moglie delle donazioni.

Giustino per il primo stabilì che le siffatte donazioni si potessero dopo le nozze accrescere, Giustiniano finalmente che si potessero fare delle donazioni con questo scopo e questo carattere anche dopo conchiuse le nozze: onde ne mutò il nome in quello di donazioni *propter nuptias*. Ma lo stesso Giustiniano, oltre all'esigere che la dote recata dalla donna fosse uguale alla donazione che riceveva, tolse alla vedova il diritto di dividere come le piacesse la donazione tra i suoi figli e non le accordò in confronto dei figli che l'usufrutto, anche non passando a seconde nozze: più tardi in questo caso le tornò ad attribuire la proprietà, ma solamente di un quarto della

donazione. È lo scopo nuovo della donazione *propter nuptias*, comparso per la prima volta nella costituzione di Teodosio il Grande, che viene esaltato da Giustiniano, nel tempo stesso ch'egli accentua quel singolare parallelismo che la pratica aveva introdotto, che Onorio aveva per il primo portato nella legge, tra la dote e la donazione *propter nuptias*, le due basi del regime patrimoniale della società domestica nel nuovo diritto.

## CAPITOLO V.

### Tutela e cura.

1. Ecco due istituti, la tutela e la cura, aventi nel diritto giustiniano tale perfetta analogia di struttura e di funzione che la linea di confine sparisce o si oscura. L'una e l'altra sono istituti dell'ordine domestico, prescindendo ora dalle speciali cure costituite fuori del campo e dell'ordine familiare; entrambe hanno fine protettivo, carattere, per dire così, altruistico, il soccorso alla persona *sui iuris*, giuridicamente capace, ma non sicura della sua volontà, non pienamente cosciente degli atti suoi nell'amministrazione del patrimonio; appaiono entrambe un obbligo più che un diritto per l'investito e sono effettivamente un peso; costituiscono entrambe un ufficio pubblico, anzi l'ingerenza e la vigilanza dei poteri pubblici è financo eccessiva, certo minuta e regolamentare, come fosse in niun altro ramo del diritto e sembra che lo Stato con la sua azione e i suoi ufficiali voglia riempire lacune della famiglia. La differenza che più spicca è nella persona soggetta, ma è in fondo tale differenza, che aumenta la sorpresa e suggerisce la domanda, perchè non s'abbia un solo istituto: la tutela si esercita sugli impuberi (i quali, soggetti a tutela quando siano *sui iuris*, diconsi *pupilli*),

quindi sino ai dodici o ai quattordici anni, la cura sui minori di venticinque anni: con l'età del protetto varia il nome e quasi soltanto il nome. La cura si esercita bensì nell'ordine domestico anche sui pazzi, sui prodighi, sugli stessi *filiifamilias* per i beni del peculio avventizio irregolare, sul patrimonio del concepito; e si chiamano altresì curatori i delegati all'amministrazione dei beni del fallito, del prigioniero di guerra, del debitore insolubile, dell'eredità giacente e anche delle persone giuridiche. Ma queste svariate applicazioni della cura a mala pena si può credere che valgano a giustificare la nominale distinzione dalla tutela: perchè, anzi, da un lato nel fatto e nella legge l'amministrazione del fallimento o delle persone giuridiche diverge assai più dalla cura dei minori che non questa dalla tutela, dall'altro lato è osservabile già in queste svariate applicazioni che più facilmente si estende la cura che non la tutela, anche là dove la tutela per analogia pare che sarebbe meglio a suo posto: al nascituro, al *filiusfamilias* impubere per i beni avventizi irregolari non si dà un tutore, bensì un curatore.

Ma chi segua a ritroso l'evoluzione dei due istituti, risalendo dal diritto giustiniano al diritto classico, da questo alle più antiche memorie, li vede a mano a mano divergere profondamente e allontanarsi l'uno dall'altro, finchè, dell'uno di essi almeno, le tracce si oscurano e si smarriscono nella notte dei tempi preistorici. Secoli e talora decenni hanno guidato le due correnti a un unico sbocco, e lo spirito energico di Giustiniano ha lavorato a inalvearle in un letto comune; ma il lavoro non è compiuto, e dalle formali nè giustificabili differenze superstiti — intendiamo le differenze specifiche e non quelle paragonabili alle differenze tra cura e cura — dalle più gravi differenze anteriori e più ancora dalla *tendenza dell'evo-*

*luzione*, se è possibile argomentare la fonte diversa di ciascuna, è lecito in pari tempo esprimere un giudizio sullo stato attuale.

\*  
\* \*  
\*

2. L'istituto primario è la tutela. Ciò ch'essa rivela nella sua storia è che i caratteri di funzione protettiva, di onere e di ufficio pubblico, la sua connessione con l'ordine domestico, tutta insomma la sua vitale essenza nel nuovo diritto, sono un'invasione recente e crescente, mentre dai primitivi caratteri, via via più spiccati e gravi nell'evoluzione retrospettiva, emerge un potere, un diritto, una privata funzione in rapporto con la famiglia romana. La concezione di un istituto imperativo e sovrano, analogo alla potestà del *paterfamilias*, che per questa via si raggiunge, acquista poi singolare luce dal rapporto via via più intimo e assoluto, risalendo nei tempi, con un altro istituto, l'eredità: rapporto che permette d'integrare il risultato storico circa la struttura con una vitale funzione di questa potestà originaria. Posto infatti che l'eredità romana non era in origine, come si può dimostrare, se non la designazione di un successore nella potestà sovrana sulla famiglia romana, il risultato sarebbe chiaro: colui che poi si disse tutore era nelle origini il nuovo capo chiamato a reggere la *famiglia* e designato di regola dal *paterfamilias* defunto col testamento. Il disgregarsi del gruppo agnatizio segna in pari tempo i primi inizi così della tutela come dell'eredità patrimoniale.

Per rappresentare questa storia noi ci possiamo collocare nell'epoca più remota, anteriore al periodo classico. Sono soggetti a tutela non solamente gl'impuberi, ma anche le donne *sui iuris* tutte quante. La definizione classica della tutela, conservata nelle Istituzioni, è attribuita a

Servio Sulpicio, il giureconsulto più geniale dell'età repubblicana: « *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa* » (Vel *sexum* aggiungeva certamente dopo *aetatem* il testo genuino; ma non ispregevoli indizî sono i termini stessi *vis ac potestas*). Più chiaramente: i due uffizî del tutore sono l'amministrazione del patrimonio pupillare (*negotiorum gestio*) e la cooperazione agli atti che il pupillo compie da sè, al fine d'integrare la sua incompleta capacità di volere e di agire: il che dicesi *auctoritatis interpositio*.

La tutela muliebre è quella che riflette con più evidenza nei suoi vieti elementi e nella sua storia i caratteri primitivi di questo potere: e appunto per essere, come la *manus*, disadatta ad assumere una nuova funzione, l'opera costante della giurisprudenza e della legislazione è rivolta, più che a trasformarla, a diminuirla e distruggerla.

Tito Livio la chiama schiettamente *manus*, come la potestà del *paterfamilias* sulla donna: nè i Romani sanno dare di questa pretesa vigilanza sulla donna una ragione plausibile in armonia con la nuova essenza che vuol penetrare l'istituto: quasi ingenuamente il giureconsulto Gaio confessa, che la tutela muliebre non è conforme alla *naturalis ratio*; la leggerezza femminile, con cui si vuol giustificare da taluni, è motivo, egli aggiunge, più specioso che reale.

La tutela della donna era in origine o testamentaria o legittima, cioè stabilita dalla legge delle XII Tavole. Tutori legittimi sono gli stessi chiamati all'eredità del *paterfamilias*, che aveva sulla donna la patria potestà o la *manus*, cioè gli agnati della donna, e i gentili in difetto di agnati: è anche tutore legittimo, per l'interpretazione delle XII Tavole, il manumissore e patrono della

donna liberata dalla schiavitù o dal mancipio. La potestà, si vede, fa luogo alla tutela: agnati, gentili, manumissori sono poi sempre gli eredi eventuali della donna. Tutore testamentario era la persona designata dal *paterfamilias* della donna nell'atto stesso in cui designava l'erede: e probabilmente prima delle XII Tavole non doveva esser altrimenti lecito di chiamare alla tutela persona diversa dall'erede. La tutela, com'è lecito argomentare dalla *in iure cessio* della tutela legittima, si rivendica come un diritto.

Anche senza esitanza Gaio mette a nudo il lato egoistico di questo potere, cioè il mero interesse dei tutori, futuri eredi, che il patrimonio della donna non passi in altre mani: poichè in realtà la tutela muliebre, perduto il carattere di vera potestà, nè potendo assumere sinceramente una funzione protettiva, sopravvive quasi come istituto degenerato. Il tutore legittimo può esser anche un impubere: e ciò fa vedere che parte v'ha la protezione. Il tutore della donna non tiene mai la *negotiorum gestio*; la donna amministra da sè il proprio patrimonio. Anche la *tutoris auctoritas* occorre alla donna solo in alcuni atti, che sono i seguenti: la *conventio in manum*, il processo legale (la *legis actio* o il *legitimum iudicium*), l'assunzione di obbligazioni, l'alienazione di una *res Mancipi*, il permesso alla propria liberta di unirsi con lo schiavo altrui (il che per il senatoconsulto claudio rendeva schiava altrui la liberta), finalmente qualunque altro negozio di diritto civile, come la *in iure cessio* di usufrutto, le manumissioni solenni e legali, l'adizione d'eredità, la costituzione di dote nella forma legale, ecc. Di far testamento non sono le donne assolutamente capaci.

Come avviene delle istituzioni condannate, la tutela del sesso non ha più, si vede, alcuna potenzialità di sviluppo. I negozi enunciati rappresentavano tutto il commercio

giuridico nell'età del diritto quiritario: e a essi rimane limitata l'esigenza dell'*auctoritas* anche quando i negozi di diritto pretorio e di diritto delle genti soverchiano a gran pezza di numero e d'importanza gli *actus legitimi*, quando il pregio delle *res nec Mancipi* viene a eguagliare o superare quello delle *res Mancipi*, quando la procedura per *legis actiones*, l'unica forma in origine, non si adopera più se non in casi eccezionali, e anche nella nuova procedura formulare i giudizi legittimi non costituiscono se non una parte ben limitata di fronte ai giudizi regolati dall'*imperium*; mentre d'altra parte la larga interpretazione in materia di possesso e di usucapione, e anche lo svolgersi delle *condictiones* per l'arricchimento ingiustificato valgono a sanare o mitigare il difetto di validità dell'alienazione di *res Mancipi* o dell'obbligazione assunta, e con la scomparsa di viete istituzioni, come la *manus*, alcune applicazioni vengono totalmente a sparire.

Nel secondo secolo a. C. alle altre due s'è aggiunta la *tutela dativa*, nomina del magistrato in difetto di tutori testamentari e legittimi: per la prima volta la tutela si stacca decisamente dall'eredità. Ma spuntano ora sul finire della repubblica altre specie di tutela, in cui si manifesta la tendenza di rendere in balla della donna la scelta del tutore, riducendo l'istituto a mera forma. La consuetudine o la dottrina ammise che il *paterfamilias*, nel costituire la tutela per testamento invece di designare la persona, lasciasse libera alla donna la scelta del proprio tutore (*tutor optivus*). La *tutoris optio* venne anche intesa nel modo più largo. Si poteva concedere alla donna di scegliersi un tutore generale ovvero più tutori secondo i negozi: e, ciò che è assai più grave, si poteva permetterle di rinnovare la scelta più d'una volta senza alcuna limitazione (*optio plena*).

Dall'altra parte i giureconsulti escogitarono allo stesso fine un proprio mezzo, principalmente per sottrarre la donna alla tutela legittima e alla sua famiglia (*capitis deminutio minima*), permettendole così anche di far testamento. La donna, senza conchiuder matrimonio, si assoggettava mediante la *coemptio* alla *manus* di una persona di sua fiducia, con patto che il *coemptior* l'avrebbe emancipata: con che questi diventava suo tutore legittimo qual manumissore e patrono, e dicevasi *tutor fiduciarius*. La tutela legittima della donna si può anche cedere, e il tutore cui viene ceduta dicesi *cessicius*. S'ebbero così, oltre i tutori legittimi e il genuino tutore testamentario, il *tutor dativus, optivus, fiduciarius, cessicius*.

Anche la legislazione si mise per questa via. L'imperatore Augusto, con l'animo alla sua prediletta legge Giulia, sancì l'esonazione della tutela per le donne ingenuie madri di tre figliuoli e per le liberte madri di quattro. Un senatoconsulto permise alla donna di sostituire il tutore assente, ad eccezione del patrono. La tutela dei gentili periva con lo svanire della gentilità, e Claudio aboliva l'odiosa tutela agnatizia; Adriano rese finalmente le donne capaci di far testamento con l'*auctoritas* del proprio tutore, senza subire alcuna *capitis deminutio*.

Ma lo stesso potere tutelare, la prestazione dell'*auctoritas* negli atti in cui si richiede, non ha più una seria portata. I tutori legittimi bensì, a cagione dell'interesse evidente per l'eventuale successione ereditaria, non potevano esser forzati dal Pretore a interporre la propria *auctoritas*, se non per gravi motivi: senonchè, abolita la tutela degli agnati, non v'ha che la donna liberta o emancipata che sia soggetta a tutela legittima. Ma ogni altro tutore che si rifiutasse di prestare la propria *auctoritas* poteva esservi costretto dal magistrato.

La tutela della donna, menzionata ancora in un Editto di Diocleziano, scompare, come la *manus*, nell'epoca romano-ellenica. Onorio e Teodosio II (410) hanno concesso a tutte le donne dell'impero il *ius liberorum*, ma è a credere che per gli effetti della tutela ciò non avesse più importanza: già una costituzione di Valentiniano II, Teodosio e Arcadio (390) aveva financo permesso alla madre o all'avola di esser tutrici dei propri figli o nepoti.

\*  
\* \*

3. La tutela degl'impuberi sopravvive nel diritto nuovo. Ma è qui visibile, oltre la scomparsa di vieti, incompatibili elementi, soprattutto la potente azione legislativa per farne un istituto destinato e adatto esclusivamente alla nuova funzione protettiva.

Anche la tutela degl'impuberi era in origine testamentaria o legittima: la legge non si occupa di chi non ha eredi. Vi s'aggiunge prima del 186 a. C. la tutela dativa stabilita dalla legge Atilia (o, estesa alle province dalle leggi Giulia e Tizia), colla quale fu introdotta la nomina pubblica del tutore per i casi in cui non vi fossero tutori nè testamentari nè legittimi. La tutela pubblica è non solo una forma nuova e vitale, ma reca un pensiero nuovo nelle altre due forme. Tutte le cure sono adesso rivolte ai modi e ai casi, in cui giova ordinare la tutela pubblica, ai magistrati cui devolvere la nomina: in questa tutela si svolge il concetto del *munus publicum* e dell'*onus*, spuntano le condizioni di capacità e le cause di dispensa, che poi si applicano a tutte le specie di tutela. I senatoconsulti imperiali hanno fatto incapaci alla tutela i pazzi, i sordi, i muti: Giustiniano per il primo dichiara incapaci i minori di 25 anni in una costituzione caratteristica, perchè, avendo l'occhio al nuovo scopo della tu-

tela, vivissimo in lui, chiama *foeda confusio* l'ordinamento precedente: nelle sue Novelle esclude anche i creditori e i debitori del pupillo. Viceversa sono capaci nel diritto nuovo non solamente i *Aliifamilias*, per essere ormai la tutela divenuta un *munus publicum*, ma anche le donne prossime parenti del pupillo. Numerosissime sono poi divenute via via le scuse o cause di dispensa dall'assumere l'oneroso ufficio: il numero dei figli, l'età, certe professioni privilegiate, cariche pubbliche, altri oneri di tutela o di cura, male condizioni di salute, povertà, ecc.: sono infine esentati dalle Novelle i monaci e i vescovi. Nella tutela legittima agli agnati vennero da Giustiniano sostituiti i cognati.

Il tutore dell'impubere serba veramente i suoi due uffici: l'amministrazione del patrimonio pupillare (*negotiorum gestio*) e l'interposizione dell'*auctoritas*; ma la tutela non importa vigilanza dell'impubere, affidato in genere alla madre o ai prossimi parenti. La gestione stessa venne assoggettata nell'interesse del pupillo a limiti diversi e gravi: vietato dalla giurisprudenza il donare, vietato l'interporre l'*auctoritas* nel proprio interesse; un senatoconsulto emanato sotto Severo vietò anche di alienare i fondi rustici e suburbani senza l'approvazione del magistrato: Costantino estese il divieto a tutti i beni immobili e anche ai beni mobili preziosi: Giustiniano genericamente a ogni oggetto, salvo i frutti e gli oggetti deperibili. Invece nell'interesse del pupillo si svolge e si amplia la *rappresentanza tutoria*. Oltre la rappresentanza giudiziale già in antico riconosciuta, nel diritto classico è ammesso l'acquisto diretto del possesso e della proprietà nei casi in cui ne dipende, e altresì della *bonorum possessio* o eredità pretoria: nel nuovo diritto, dei crediti e la correlativa assunzione dei debiti, dell'eredità in genere e, resa

modo generale d'acquisto la tradizione, anche della proprietà in ogni caso.

Ma la parte forse in cui più viva emerge la progressiva azione vigilante dello Stato è il tema dei rapporti tra tutore e pupillo e la responsabilità del tutore. Nelle origini il tutore non era nemmeno tenuto a gerire: se non si vuole sobbarcare all'amministrazione, nessuna responsabilità lo tocca. Quanto alla mala gestione, le XII Tavole provvidero ai casi più gravi: il tutore perfido incorre nel *crimen suspecti*, e può venir rimosso colla relativa azione popolare, e per le malversazioni il pupillo ha contro di lui l'*actio rationibus distrahendis*, con la quale consegue il doppio delle perdite subite. In seguito l'*actio suspecti tutoris* si potè intentare anche per mera inettitudine del tutore, e già sul finire della repubblica si è svolta un'azione più larga dell'*actio de rationibus distrahendis*, che è l'*actio tutelae*, di buona fede e infamante. Sotto l'impero s'introduce anche la responsabilità per mancata gestione, *utilis actio tutelae*; e per agevolare all'impubere la prova della perdita subita è ammesso in suo favore il giuramento in lite, salvochè il tutore non abbia fatto inventario all'atto di assumere la tutela; in conseguenza di che si svolge l'obbligo di redigere tale inventario. Giustiniano esige anche all'atto stesso il giuramento di bene amministrare e la dichiarazione dei crediti e dei debiti verso il pupillo, sotto pena o di perdere i crediti o di soggiacere a pene criminali per aver taciuto i debiti; e fu egli probabilmente, poichè il testo pare interpolato, a stabilire la responsabilità dei tutori onorari alla pari del tutore gerente.

Inoltre per garentia preventiva del pupillo fu stabilito, a quel che sembra, sotto Claudio, l'obbligo dei tutori legittimi e dei tutori dativi nominati senza inchiesta di fornir cauzione (*satisdatio rem pupilli salvam fore*); e anche di

più tutori testamentari se alcuno si offre a dar cauzione, è preferito. Responsabili verso il pupillo divennero alla pari del tutore coloro che avevano garentito la sua idoneità (*affirmatores*), e sotto Traiano, in via sussidiaria, il magistrato. Finalmente venne accordato al pupillo il *privilegium exigendi*, e sotto Costantino un'ipoteca legale generale sui beni del tutore.

Così avviene che il pupillo ha nel diritto giustiniano contro il tutore una serie di mezzi giuridici; *actio de rationibus distrahendis*, *actio tutelae*, *actio subsidiaria*; oltre l'azione *suspecti tutoris* concessa a chiunque per la remozione. Il tutore deve adoperare nell'amministrazione pupillare per lo meno la stessa diligenza che nelle cose proprie (diligenza *quam suis*, cui risponde la così detta colpa in concreto). Alla sua volta egli ha contro il pupillo per esser risarcito delle spese, e, prima del riconoscimento della rappresentanza diretta, anche per esser liberato dalle obbligazioni assunte, la *contraria tutelae actio*.

\*  
\* \* \*

4. La prima specie di cura risale alle XII Tavole, ed è la cura dei *furiosi*, deferita agli agnati e, in difetto, ai gentili. Essa è semplicemente legittima, il che la mostra di data più recente della tutela, anche se per avventura anteriore alle XII Tavole; nè il curatore ha una funzione simile all'*auctoritas*, ma solamente l'amministrazione del patrimonio, cioè la *negotiorum gestio*. Fu estesa in seguito anche ai mentecatti, cioè, crediamo, tocchi meno gravemente, ma senza lucidi intervalli: e fu questa la via per cui alla cura legittima s'aggiunse anche la dativa. All'interpretazione delle XII Tavole si richiama poi la cura dei prodighi, affidata anch'essa agli agnati e ai gentili.

L'interdizione del prodigo è pronunciata nei tempi storici dal Pretore; si disputa se per l'innanzi fossero i consoli o la gente.

Senonchè il titolo e lo spirito evidentemente protettivo e patrimoniale dell'istituto si prestò nel periodo storico alle più svariate applicazioni. La più importante, e quella che concerne ancora l'ordine domestico, è la cura dei minori di venticinque anni, la quale si richiama alla legge *Plaetoria*. Il crescere dei commerci e il rilassarsi dell'antica *fides* intorno all'epoca delle guerre puniche avevano reso pericolosa la piena capacità, concessa appena raggiunta la pubertà; e la *Lex Plaetoria*, di poco anteriore al 191 a. C., mirando a sventare i raggiri usati contro i giovani (*circumscriptio adolescentium*) minori di venticinque anni, stabilì un giudizio pubblico all'uopo e anche un'azione a favore del minore. Per la prima volta si contempla la maturità d'intelletto, indipendentemente dallo sviluppo fisiologico. È dubbio se la legge stessa abbia costituito il curatore: certo è che in seguito il minore nel concludere i negozi giuridici, allo scopo di assicurare i terzi, suol chiedere un curatore, il cui intervento all'atto è per essi una morale garentia di fronte all'eventuale impugnativa. Il Pretore, allargando la protezione dei minorenni con la *restitutio in integrum* e accordando, secondo lo spirito della legge *Plaetoria*, un'eccezione contro l'azione intentata dal terzo, rese tanto più necessari e frequenti i curatori. Sotto l'impero i terzi possono esigere essi stessi la nomina e l'intervento del curatore per alcuni atti necessari, quali il pagamento da fare al minore, il rendimento di un conto di tutela, un'azione da promuovere contro di lui. Così matura nella vita la trasformazione, sancita da Marco Aurelio, dei curatori in amministratori: il curatore non interviene più per atti isolati,

ma ha la *negotiorum gestio*. Tutte le condizioni di capacità, le ragioni di dispensa, i limiti dell'amministrazione, l'obbligo delle cauzioni preventive concernono egualmente tutori e curatori: e nell'epoca romano-ellenica, mentre da un lato il minore soggetto a cura è limitato alla pari dei pupilli nella sua capacità di agire, dall'altro lato rispettivamente il consenso del curatore diventa anche un atto parallelo all'*auctoritas*, che, integrando la capacità e la volontà del minore, ha virtù di rendere pienamente valide le obbligazioni e le alienazioni: insieme peraltro la durata, troppo lunga in questo regime, dell'età minore suole esser ridotta, per i maschi a venti anni, per le femmine a diciotto, impetrando la *venia aetatis* (introdotta, a quel che sembra, da Severo e Caracalla, ma regolata da Costantino), che rende capaci i minorenni con la restrizione posta agli stessi tutori e curatori circa le donazioni e le alienazioni. Anche il curatore può venir rimosso mediante l'*actio suspecti curatoris*; e finalmente l'*actio negotiorum gestorum*, con cui si domandava il rendiconto ai curatori, è resa da Giustiniano parallela all'*actio tutelae* e appaiata con essa, come ormai si sogliono sempre appaiare tutori e curatori. I due istituti un tempo così distinti della tutela e della cura sono divenuti poco meno che un solo istituto, che varia di nome col variare dell'età del minore. Solamente, la cura è sempre pubblica, anche nell'attribuzione dell'ufficio, sempre dativa: anche il curatore del pazzo non è che dativo nel diritto giustiniano, e il curatore nominato per testamento deve esser confermato dal magistrato.

Se la distinzione della tutela e della cura, se il nome della tutela si è perpetuato pure nei codici moderni, ciò avvenne perchè con tal nome si è inteso di significare appunto la cura dell'età minore (ridotto ai ventun anni

il termine, secondo la tendenza accentuata già nel diritto romano) e la cura del maggiore interdetto: le quali spiccano veramente sulle altre cure, transitorie ed eccezionali, di patrimoni, e giova che sieno distinte. Ma tra l'uno istituto e l'altro la differenza non si può nel diritto odierno fissare, se non sulla base di elementi stranieri alla tutela romana o financo tali per avventura che il rapporto rispettivo o colla tutela o colla cura ne viene a esser quasi invertito. La tutela è per noi ufficio più stabile e significa cura delle persone, gestione patrimoniale, rappresentanza: la cura nel diritto di famiglia significa assistenza senza gestione. Ora, nel diritto romano non si può dar rilievo alla stabilità dell'ufficio (che manca d'altra parte nel classico tutore speciale) di fronte alle cure egualmente stabili, la cura della persona è straniera, la gestione patrimoniale primeggia più nella cura che non nella tutela, la rappresentanza si svolge faticosamente e concerne tutori e curatori; momento essenziale e caratteristico della tutela è l'*auctoritas*, di cui se si vuol ricercare nel diritto moderno un termine vagamente analogo, non si può che richiamare precisamente l'*assistenza* del nostro curatore. Nella realtà delle cose oggi, svanita l'indefinibile *auctoritas*, cancellata l'età pubere dal diritto, la tutela romana, in quanto serbava ancora di genuino e di specifico, in quanto era tuttavia l'istituzione quiritaria, è spenta, come le ultime reliquie della famiglia romana.

## CAPITOLO VI.

## Il patrimonio.

1. Il campo vero del diritto privato è il patrimonio: il complesso dei mezzi di sussistenza e di benessere, il cui godimento è regolato dalle norme giuridiche. Patrimonio è voce romana; senonchè nel linguaggio dei giureconsulti e delle leggi romane spicca una così viva, così costante preferenza per il termine *bona*, che questo termine noi possiamo e dobbiamo, a cagione specialmente di alcuni usi caratteristici, considerare come proprio e tecnico.

Patrimonio è termine essenzialmente economico-giuridico; fuori dell'economia e del diritto non può venire in acconcio se non come traslato. Non così *bene*: e però il giureconsulto Ulpiano distingue un senso naturale e un senso giuridico (*civilis*) della parola beni; e par certo, per quanto il testo sia monco, che il concetto naturale debba ricomprendere tutte le utilità della natura, il cui godimento non è regolato dal diritto. Ma restando nel nostro campo, nel senso giuridico i singoli beni sono elementi del patrimonio, sono diritti in senso subbietivo, di carattere patrimoniale. Bene adunque equivale a diritto patrimoniale.

Patrimonio, beni, che in sè non sarebbero se non una espressione collettiva e astratta per designare il complesso dei diritti patrimoniali, si rappresentano come un'unità organica e concreta, capace di aumento, di diminuzione, di estinzione, capace insomma di vita nella fantasia giuridica, quando si prendano di mira i beni di una determinata persona o anche i beni devoluti a un determinato scopo. Il *peculio*, dice ingenuamente un giureconsulto romano, è simile all'uomo: nasce, cresce, muore. Questo

senso concreto, vivo del patrimonio è in embrione il primo che siasi affacciato alla mente: sia precisamente per il suo carattere concreto, sia perchè ogni famiglia entro la propria cerchia contemplava l'essenza ed assicurava la tutela dei proprî diritti, nè ancora lo Stato ne aveva assunto la disciplina in guisa da ricostruire nel *ius civile* gli elementi uniformi del patrimonio di tutti i cittadini. La voce tecnica nell'antichità per significare il patrimonio della famiglia è appunto *familia, res familiaris*, evidente antitesi della *res publica*; e probabilmente il senso obbiettivo di *familia*, come di *respublica*, è anteriore al senso subbiettivo: nel senso obbiettivo, la parola è adoperata nelle XII Tavole. Pare anzi che la completa designazione del patrimonio fosse data in origine dalla *familia pecuniaque*, ricomprensente due diverse parti, di cui la prima più stabile e nobile: in progresso di tempo peraltro si adoperano indifferentemente *familia* e *pecunia* a designare tutto il patrimonio.

Coerentemente *in bonis habere, in bonis esse* esprimono presso i giureconsulti romani che si ha un diritto o un complesso di diritti patrimoniali. Nello stretto senso giuridico tuttociò che si ha *in bonis* costituisce il proprio patrimonio. Il concetto economico è naturalmente più largo; e anche il godimento di diritti altrui, col consenso del titolare o per abuso, o le condizioni di fatto che assicurano i vantaggi stessi di un diritto o le aspettative possono costituir veri beni e avere il prezzo loro da quel misuratore generale del patrimonio, che è la moneta. Trattandosi di cose sulle quali non si ha verun diritto, ma di cui si gode per avventura l'uso o il reddito, perchè si hanno in mano, usano i giureconsulti una locuzione quasi forzata: *ex bonis* invece di *in bonis*.

In senso economico pertanto l'acquisto o la privazione

di un qualunque vantaggio che possa costituire il contenuto di un diritto è arricchimento o lucro, impoverimento o danno. In senso giuridico le idee di arricchimento o impoverimento, lucro e danno, significano acquisto e perdita di diritti; anzi un uso quasi tecnico restringe il concetto giuridico dell'arricchimento a quel che sussiste a un momento dato nel patrimonio del subbietto, ai beni acquistati e non consumati. Nè sono propriamente beni o ricchezze i diritti di mera garentia, destinati ad assicurare il patrimonio: pegno, ipoteca, diritti di ritenzione, ecc.

La fondamentale divisione dei diritti patrimoniali è in diritti reali o sulle cose e diritti personali o di obbligazioni: i primi aventi per oggetto una parte limitata della natura, la cosa (*res*), i secondi la persona o meglio una parziale attività della persona, servigi, atti, operazioni, che si possano esigere da lei. La distinzione, netta e recisa in apparenza, si oscura nei termini estremi e, quel che è più grave, contro l'opinione comune, cui fanno assolutamente velo superstizioni antiche e nuove, si oscura appunto nel corso progressivo della storia del diritto romano e del diritto moderno: l'analisi particolareggiata dei due concetti lo mostrerà. Si osservi però sin d'ora che l'obbligazione, rapporto patrimoniale tra persone, ha due lati, il credito e il debito, e i crediti solo sono beni, sostanze, facoltà, fanno insomma parte del patrimonio: i debiti si deducono. « *Bona intelliguntur quae deducto aere alieno supersunt* ». Nondimeno in un rapporto speciale, che è l'eredità (non la successione universale in genere, perchè il diritto romano, che n'ha più d'una, non ammette nelle altre questa singolarità), il patrimonio, i beni ricomprendono anche i debiti.

\*  
\* \*  
\*

2. La capacità patrimoniale si chiama *commercium*. In principio il cittadino e *paterfamilias* ha realmente il *ius commercii*: ancora nel diritto giustiniano *paterfamilias* è la designazione dell'uomo capace (e il nostro buon padre di famiglia serba l'ultima eco di una tenace tradizione), contuttochè l'epoca romano-ellenica abbia finito quasi col mettere sulla stessa linea padri e figli di famiglia.

Senonchè nella società civile la capacità patrimoniale si amplia oltre i confini dell'individuo, oltre i confini delle persone fisiche in generale: si riconoscono dallo Stato subbietti collettivi e subbietti meramente fittizi costituiti da uno scopo, cui la garentia sociale riserva i beni ad esso consacrati. Il linguaggio dei giureconsulti romani e dei romanisti ha creato le più svariate espressioni a designare simili istituti, non una sola forse adeguata: la denominazione generica più in uso oggidì è quella di persona giuridica, mentre come designazioni specifiche tornano più spesso i nomi di corporazione, *universitas* o *corpus*, e fondazione, *piae causae*.

La corporazione ha radici antichissime e naturali nella società romana, che si richiamano alle prime fasi politiche della città: poichè alcune delle organizzazioni politiche anteriori pare si riducessero per alcun tempo a vivere nella città come mere corporazioni di diritto privato. Certo, le corporazioni più antiche derivano il proprio riconoscimento di subbietto giuridico dal loro carattere politico: lo Stato stesso o il *populus romanus*, il quale nella sua attività patrimoniale si emancipa anche dalle forme del diritto privato, i municipi, le curie, le città libere, i borghi e i villaggi: inoltre i collegi sacerdotali

e i collegi degl'impiegati salariati dallo Stato. Ma sul modello dello Stato spuntarono per tempo vere corporazioni essenzialmente di diritto privato: le vaste società commerciali, costituite generalmente dal ricco ceto dei cavalieri, per l'appalto delle imposte pubbliche (*societates publicanorum*), per lo scavo delle miniere e altre speculazioni, e società intellettuali e morali simili ai nostri circoli, con mira sovente politica.

L'effetto saliente della personalità giuridica è che diritti e obblighi si riferiscono alle corporazioni come un tutto e lasciano fuori completamente le persone dei singoli membri: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod universitas debet singuli debent*. L'esistenza della corporazione dipende dall'intenzione dei componenti (per lo meno tre *ab initio*) riuniti per uno scopo lecito di costituire un subbietto unico, un'*universitas*: nè si può dire che l'ente costituito sia mera finzione, giacchè sono a ogni modo persone fisiche i suoi membri, e la maggioranza esprime una volontà, che il patto comune fa si riguardi come volontà della corporazione. I Romani attribuiscono schiettamente alla corporazione il carattere e il titolo di *persona*. Il regime della corporazione, molto liberale in antico, è anche una riprova della primitiva origine loro: le XII Tavole non esigevano se non che lo statuto, la legge della corporazione non venisse in conflitto colla legge dello Stato (*lex publica*). Fu solo in epoca storica, per effetto principalmente della *Lex Julia* e della politica imperiale e al fine di sciogliere le congreghe politiche, che si restrinse il novero delle corporazioni, assoggettando la corporazione in generale alla preventiva autorizzazione pubblica.

Al contrario della corporazione la fondazione ha tarda origine, e si potrebbe quasi dire non romana. Istituzioni

di simil genere (prescindendo dal fisco e dall'eredità giacente) vennero in uso e in fiore soltanto per opera del nuovo spirito di carità cristiana: anzi la costituzione giuridica della fondazione, quale noi la intendiamo, cioè patrimonio destinato a uno scopo, avente per subbietto la personificazione dello scopo o privo di subbietto, trascende assolutamente i confini stessi del diritto romano-cristiano.

Già nel mondo imperiale pagano la beneficenza civica era largamente esercitata. Ora il riscaldamento dei bagni pubblici, ora il medico gratuito, ora periodiche elargizioni di alimenti e di vino, soccorsi a fanciulli poveri e abbandonati, feste e banchetti erano l'oggetto di generose liberalità. Ma gli organi per raggiungere questi nuovi scopi, cui la pace del mondo e l'ingentilimento degli spiriti davano impulso, non erano le fondazioni; bensì usava donare, imponendo l'onere di adempiere siffatte elargizioni (*donationes sub modo*), o chiamare con simil peso all'eredità. L'esecuzione dell'onere dipendeva allora dal buon volere delle persone, cui viene imposto, nè da altra parte si provvede al fine perpetuo che è nello spirito di siffatte istituzioni.

Mezzo più acconcio fu quello di unire l'adempimento dello scopo, la fondazione in questo senso, a una corporazione; dapprima in via indiretta, ingiungendo all'erede di soddisfare alla comunità le annue rendite di un fondo o gl'interessi di un capitale per il tal uso o il tal altro, e finalmente, riconosciuta con Adriano la capacità delle corporazioni di ricever legati, facendo il lascito e prescrivendo l'uso alla corporazione stessa. Ma la fondazione è allora interamente nelle mani della corporazione: certo la morale sociale si sentirà offesa pel mancare della corporazione all'obbligo assunto, ma non v'ha chi possa agire dinanzi ai tribunali contro la corporazione stessa.

Più schietta analogia con l'istituto moderno sembrano offrire le istituzioni alimentari di Nerva, Traiano, Antonino a favore dei fanciulli poveri. Alcuno vi scorse delle vere fondazioni; ma uno studio più ponderato ha messo in luce che questo patrimonio non si stacca mai dalla persona dell'imperatore e tutto l'istituto inoltre esce fuori dell'ambito e dei principî del diritto privato.

La tendenza di rompere il vincolo che lega lo scopo a un titolare del diritto, il patrimonio destinatovi a un subbietto, sia pure subbietto collettivo, sia pure ordinato in via principale pel raggiungimento dello scopo stesso della fondazione, si fa naturalmente più viva col sentimento più elevato, potente, diffuso, dei fini da raggiungere, dei doveri dell'uomo verso il prossimo. La Chiesa trovò le forme pagane e se ne valse. La beneficenza assume principalmente la figura di legati pii a chiese e di testamenti *sub modo*; sì la proprietà, sì l'amministrazione delle pie sostanze spetta alla Chiesa e, per essa, a speciali suoi ministri, gli economi. Ma intanto matura l'intento, ed erompe nelle leggi, nella coscienza degli uomini, di ridurre il subbietto giuridico a mero amministratore del patrimonio pio: specchio ne è da un lato il Codice di Giustiniano, dall'altro il linguaggio dei Santi Padri. Lo Stato vigila gli amministratori, e talvolta il fondatore stesso li ha designati: gli amministratori si paragonano a tutori e curatori; l'amministrazione dei patrimoni pii si vuol distinta dai beni destinati ai bisogni delle singole chiese; finalmente il patrimonio pio così distinto si consolida e s'avvia verso il tipo moderno, con l'espresso divieto fatto agli amministratori di disporre a proprio vantaggio delle eredità che ricevono per gli abbandonati, i poveri, gl'infermi.

E nondimeno il patrimonio non vive ancora a sè, perchè

negli aumenti per eredità o donazioni è contemplata ancora quale erede o donataria la persona degli amministratori, perchè la rappresentanza delle persone incerte, poveri e infermi, cui pure è concesso ora di venire istituite, spetta al vescovo, perchè, infine, la Chiesa protesta contro ogni ingerenza dello Stato. A respingere l'accusa di malversazioni, san Basilio presenta al governatore il rendiconto della sua chiesa e dei luoghi pii, ma « il linguaggio stesso di lui mostra che non ravvisava ciò come obbligo ». Il punto, cui giunse nell'ultima sua fase il diritto romano, è il seguente: il patrimonio è destinato a uno scopo e assicurata mediante la separazione e mediante un congruo ordinamento la devoluzione di esso al fine prescritto dal fondatore, ma il patrimonio stesso è sostenuto da un subbietto, che ha capacità, beni e fini suoi: uno dei fenomeni non rari di più patrimoni sostenuti da una stessa persona, ma distinti, perchè gravati di pesi e obblighi diversi.

La diversa natura delle due categorie, a torto mescolate nella speculazione filosofica, ha, come si vede, un indice in questo, che l'una è anteriore allo Stato e in seguito non fu se non via via diminuita e subordinata allo Stato, l'altra è posteriore alla origine e per avventura alla fine dello Stato romano.

\*  
\* \*

3. Sulla ricca, elegante e ragionata casistica dei giureconsulti romani, i romanisti hanno elaborato (e il lavoro continua) le teorie generali dell'acquisto e della perdita dei diritti, della successione, del fatto e del negozio giuridico: concetti, la cui generale e astratta nozione non si restringe al patrimonio, ma che tuttavia soltanto in

ordine al patrimonio hanno completa applicazione e larga esplicazione di elementi caratteristici. La successione, uno dei concetti più delicati, è dominata dal principio: « *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet* ». I moderni usano chiamarla successione giuridica (per distinguerla da alcune fallaci immagini di successione, in cui non v'ha propriamente alienazione, rapporto di avente causa e autore), o anche successione nei diritti. I Romani adoperano le espressioni *successio in res* ovvero, per indicare alcuni casi in cui s'acquista tutto un patrimonio, *successio per universitatem*. Il diritto è da essi concepito come una cosa, perchè il diritto di proprietà, l'unico trasmissibile in origine, si confonde con la cosa stessa, che investe completamente; e a questa manchevole concezione tentarono di rimediare con la distinzione delle cose corporali e incorporali. Ma tra le successioni, e precisamente tra le successioni *per universitatem*, ve n'ha una, l'eredità, in cui si subentra anche nei debiti, negli oneri d'ogni genere, in tutta la posizione giuridica del defunto, e a significare questa successione si adopera costantemente la formola *successio in ius, in locum* o anche *in locum et ius*, intendendo *ius* nel senso appunto di posizione subbiettiva, in modo analogo alle espressioni *ius civitatis, ius Latii*, etc.: cosicchè per strana ironia la *successio in ius* ha presso i Romani di mira appunto il succeder nei debiti. In un solo testo si trova enfaticamente detto « *successio in universum ius* », la quale formola, che non è affatto un sinonimo di *successio per universitatem*, non si può dire « di quanto mal fu madre » nella terminologia, nella dottrina, nella legislazione.

È fatto giuridico qualunque fatto che genera acquisto o perdita di diritti. Ogni fatto giuridico è l'espressione di un tal rapporto tra i membri della società civile per

cui le conseguenze sancite, l'arricchimento o l'impoverimento (poichè siamo in materia patrimoniale) sono conformi all'*aequitas*, a giustizia: in quanto avvengono *sine aliena iactura, sine alterius detrimento et iniuria*. V'è insomma assenza di lesione altrui. Può esser fatto mero, naturale, come la nascita e la morte, l'alluvione e l'emersione d'isole nei corsi d'acqua; e può invece concorrere con quel sostrato obbiettivo, esprime l'assenza di lesione altrui nell'acquisto o nella perdita, anche la volontà del subbietto che acquista o che perdè. Questa duplice serie di fatti è facilmente avvertibile nella sua esteriore manifestazione, e il linguaggio dei vecchi romanisti la scolpiva anche troppo recisamente, opponendo le conseguenze giuridiche che si verificano *ope legis* a quelle che si verificano *ex facto hominis*: in realtà, prima fonte degli effetti giuridici è sempre la legge, non solo perchè è la legge che riconosce al fatto dell'uomo la virtù di produrli (laonde lo stesso giureconsulto romano avverte bene che il termine « eredità legittima » non è che un'enfatica antitesi, giacchè anche le eredità testamentarie hanno base nella legge), ma perchè a generare quegli effetti la volontà dei singoli deve avere qual fondamento e termine il sostrato obbiettivo, il rapporto determinato dalla legge.

Ai romanisti del secolo scorso, alla scuola del diritto naturale si richiama la teoria degli atti e dei negozi giuridici: ampia e fondamentale categoria di fatti giuridici volontari, nella quale è permesso dettare principi generali. *Atto giuridico* è qualunque atto volontario che genera effetti giuridici, e in senso generico ricomprende tanto gli atti leciti o negozi giuridici, quanto gl'illeciti. Suo generale presupposto è la capacità di volere del subbietto, che dicesi *capacità di agire*: negli atti illeciti la capacità di agire assume la specifica figura di *imputabilità*, la vo-

lontà reale è la colpa con le sue varie distinzioni e gradazioni (dolo, colpa grave, colpa leggera). Capacità di agire e capacità giuridica non sono concetti omogenei: lo schiavo non ha capacità giuridica, ma ha capacità di compiere negozi giuridici, facendone, s'intende, ricadere gli effetti benefici sul patrimonio del padrone, e se delinque è tenuto responsabile; gl'infanti, gl'impuberi, i prodighi e i pazzi, i minorenni hanno tutti capacità giuridica, ma non hanno affatto capacità di agire, o l'hanno, da sè soli, limitata al proprio vantaggio (impuberi, prodighi e nel nuovo diritto anche i minorenni soggetti a cura).

L'analisi generale del negozio giuridico concerne da un lato la *volontà*, dall'altro il rapporto giuridico, la *causa* o *iusta causa*. La volontà rivolta a un dato effetto (poco importa che s'abbia o non s'abbia coscienza chiara che quell'effetto è sancito dal diritto) deve essere in modo congruo resa manifesta: a voce, per gesti, per iscritto, per lettera, per messo; anche per atti congrui, cioè dal comportamento, può esser resa indirettamente manifesta la volontà, ed è questa che dicesi nella dottrina *manifestazione tacita*. Diversamente va la cosa pel *silenzio*. Non solo, contro le numerose e avventurose teorie alla ricerca d'un principio nei limiti del quale il silenzio valga manifestazione di volontà, è a ritenere che il silenzio non abbia efficacia fuor de' casi positivamente, espressamente dalla legge determinati, ma in quei casi stessi trattasi di un incompleto, imperfetto volere, una volontà passiva, cui la legge sta paga. Siamo in presenza di negozi imperfetti o anomali. Che così sia lo palesa la storia istessa: la maggior parte di simili atti passivi e anomali di assentimento, tutti poi quelli relativi al diritto familiare, rappresentano l'*involutione* di un pieno consenso antico

o l'evoluzione incompleta di un consenso nuovo per opera della giurisprudenza o della legislazione. È, per esempio, nelle nozze il consenso del padre, il solo essenziale in origine, che si riduce a questa forma di assentimento passivo; viceversa è il consenso della figlia, non richiesto affatto in origine, che emerge in questa timida forma. Nè si può dir nemmeno che la giurisprudenza seguisse storicamente un principio, un criterio direttivo: essa intendeva ne' casi singoli a ridurre in limiti tollerabili principi vietati, introdurne cautamente di nuovi. La forma del *Corpus iuris* e il difetto di nozioni storiche hanno generato le fallaci e pericolose teorie sul silenzio.

In altri casi, pure espressamente determinati, ma nella primitiva società romana costituenti tutta la massa dei negozi di diritto civile, si richiede invece una determinata manifestazione del volere, una solennità, altrimenti l'atto è nullo: tale manifestazione dicesi dai moderni *forma*. Le forme proprie del popolo quirite erano verbali: parole fisse e sacramentali, spesso intervento di testimoni, del popolo stesso nei più gravi e antichi atti, arrogazione e testamento. Il progresso civile e il commercio con le altre nazioni respinsero via via le solennità prettamente quiritarie, finchè nuove forme, a base di scrittura e di registrazioni pubbliche, penetrano nel diritto romano dai paesi di più antiche e native tradizioni commerciali e dai centri di origine e diffusione della scrittura.

È abbastanza noto, che la *causa* giuridica non si vuol confondere col motivo individuale dell'atto, essa è un rapporto economico-sociale, un generale motivo economico-sociale, se vuolsi, che la legge ha reputato giusto di elevare a motivo giuridico delle conseguenze riconosciute all'atto. Dall'essere appunto motivo giuridico per il legislatore (*si qua iusta causa mihi videbitur*) e dalla

circostanza che di fronte al carattere astratto e uniforme della volontà, è questo rapporto obbiettivo che concreta e differenzia i singoli negozi giuridici e sembra costituire l'unico fattore degli effetti giuridici, come è certo il fattore primario e costante, si può con buon fondamento derivare la vaga e indefinibile denominazione romana di *causa*. V'ha fatti giuridici, che possono presentarsi ora come fatti meri, ora come negozi giuridici, e serbano lo stesso nome, perchè il sostrato economico-sociale è identico: ad esempio, la società volontaria e la così detta società o comunione incidentale. Nei bassi tempi, appunto per esser la causa l'elemento che incarna e dà il nome, si generalizzò la qualifica di titolo a significare tanto il negozio e il rapporto, quanto il documento scritto che lo rappresenta. Quando però si richiedano delle forme, specialmente forme tipiche, come n'avea l'antico diritto romano, per dati effetti, allora è la forma che suol dare il nome al negozio giuridico.

\*  
\* \*

4. Sono romane le distinzioni dei negozi *di diritto civile* (*negotia iuris civilis, actus legitimi*) da un lato, di *diritto delle genti* o *naturale*, ovvero di *diritto onorario* dall'altro: dei negozi *tra vivi* e *a causa di morte*, dei negozi *di stretto diritto* (il termine classico genuino è veramente di *stretto giudizio*, e la distinzione è fatta in ordine ai giudizi) e di *buona fede*. Altre distinzioni più in voga oggidì sono dovute invece agl'interpreti del diritto romano, e hanno appena qualche vago addentellato nelle fonti. Alla distinzione dei negozi *formali* o *soleenni* e *non formali* si può dire che rispondesse praticamente nel diritto classico quella dei negozi di diritto civile e delle

genti o naturale. L'altra dei negozi giuridici *unilaterali* (un solo subbietto agente e volente) e *bilaterali* (due subbietti agenti e volenti) non è affatto romana; antiromano è poi l'uso generico delle parole *contratto*, *convenzione*, *patto* a significare i negozi giuridici bilaterali. Nondimeno è veramente prezioso il sussidio del Digesto per l'analisi dell'accordo delle due volontà, che interviene in simili atti, il consenso (*consensus* o *conventio*). Non si può dire nella sostanza straniera alle fonti romane la fondamentale partizione dei negozi giuridici, basata sull'indole diversa della causa, negozi *a titolo oneroso* e negozi *a titolo lucrativo* o *gratuito*: alcune anzi delle principali applicazioni (azione pauliana, concorso di due cause lucrative) hanno largo svolgimento nel Digesto. Non sono romani solamente i termini, salvo *lucrativo*, che però nelle fonti romane ha talora senso non buono (il che genera qualche incongruenza nell'interpretazione dei testi genuini) e talora nel nuovo senso non pare genuino: quanto ai negozi a titolo oneroso la parola *negotium*, rispondente quasi appunto alla nostra *affare*, li designava adeguatamente. Esempio tipico di causa onerosa è la *compra-vendita*, cioè lo scambio di diritti (in origine cose, cioè diritti di proprietà, in seguito diritti patrimoniali in genere), a scopo di trasferimento definitivo, con moneta; la quale ha nel diritto romano un regime speciale nel campo dell'obbligazione.

Al contrario della compra-vendita l'esempio tipico parallelo di causa lucrativa, la *donazione*, ha nel diritto romano stesso un regime generale. Essa è una traslazione egualmente definitiva di diritti patrimoniali, senz'altra causa giuridica che l'intenzione di beneficiare del donante. A dilucidare quindi il concetto di donazione importa aver

chiare e presenti allo spirito le diverse guise in cui si presentano i concetti di patrimonio e diritto patrimoniale, di arricchimento, d'impovertimento, e avvertire che nella donazione essi vanno intesi in senso severamente giuridico. Non v'è donazione, quando non v'è alienazione di diritti, *cum nihil de bonis erogatur*, quindi non nel precario, nel comodato, nel pagamento anticipato di debiti, nel prestar danaro a mutuo infruttifero; benchè sia donazione il rinunciare alla pigione della casa data in fitto o agl'interessi pattuiti. Non v'è donazione egualmente nel rinunciare a un'eredità deferita o nell'adempiere, seguendo la volontà del defunto, la restituzione di fedecommessi o legati senza operare a proprio vantaggio le sottrazioni concesse dalla legge, perchè non v'è a rigore diminuzione del proprio patrimonio e vera traslazione di proprî diritti: non, finalmente, nella costituzione di garanzie patrimoniali, le quali non rientrano propriamente nei beni. Similmente non v'è donazione ovunque la legge espressamente riconosce l'esistenza di una causa atta per lo meno a giustificare il pagamento ed escludere la ripetizione del pagato come indebito: quindi non solo in quelle creazioni singolari della giurisprudenza romana, ch'erano le obbligazioni naturali, ma anche nelle nostre obbligazioni naturali, neppur esse straniere al diritto romano. Ma è manifesto, che in questi e simili casi l'intenzione di beneficiare o di pagare dell'agente è il criterio per distinguere se v'abbia donazione o meno: e di qui la straordinaria importanza pratica dell'*animus donandi*. Si disputa sull'accettazione: anche ammesso tuttavia questo requisito, la donazione non è contratto nè nel senso romano, perchè non genera un vincolo, nè nel senso odierno, perchè non richiede l'accordo delle due volontà.

Il regolamento della donazione è uniforme, si operi per essa un'immediata trasmissione di diritti sulle cose (donazione reale) o una promessa (donazione obbligatoria) o una liberazione di debitore (donazione liberatoria). E tal regime ha carattere restrittivo. La legge Cincia dell'anno 204 a. C. proibì le donazioni oltre una certa misura, salvo quelle eseguite tra persone congiunte da vincoli stretti di parentela (*exceptae personae*). Non avendo espressamente il legislatore aggiunta la sanzione (*lex imperfecta*), vi provvidero il Pretore e la giurisprudenza, fissando l'*exceptio legis Cinciae* opponibile anche dai terzi interessati, per certi casi una *condictio*: ma a questa incompleta sanzione del divieto sfuggivano le donazioni reali debitamente eseguite e anche la liberazione di debitori eseguita pure nella forma civile, giacchè un'azione per ripetere il dono sulla base della legge Cincia il donante non l'aveva. Questo sistema, formalmente proibitivo, in realtà richiedente l'esecuzione reale della donazione con modi civili, venne in desuetudine appunto con la scomparsa dei modi civili nell'epoca romano-ellenica, e allora, a partire da Costanzo e da Costantino, ha principio l'uso *ad probationem* dell'*insinuazione* o registrazione pubblica dell'atto, che Giustiniano eresse a vera forma legale *ad sollemnitatem*, e la prescrisse per le donazioni superiori ai 500 soldi d'oro. Assolutamente nulle dall'epoca di Augusto erano, come si disse, le donazioni tra coniugi: ma si può dubitare che la giurisprudenza abbia qui inteso interpretare il divieto sulla base dello scopo (evitare il mercimonio tra coniugi e l'arricchimento del più disonesto) e quindi richiesto un positivo e sussistente arricchimento dalla parte del coniuge donatario. L'epoca nuova ha introdotto anche la revoca della donazione per ingratitude (il diritto classico non conosce simili revoche, se non tra pa-

troni e liberti), per sopravvenienza di figli, per inadempimento dell'onere imposto. Una figura speciale sono le donazioni a causa di morte, assimilate nel diritto giustiniano quasi interamente ai legati.

\*  
\* \* \*

5. Gli effetti del negozio giuridico sono determinati dalla legge in corrispondenza alla causa che lo giustifica, n'abbia o non n'abbia il subbietto chiara e completa nozione. Nondimeno suol esser permesso alla volontà del subbietto negli atti unilaterali o delle parti negli atti giuridici bilaterali di modificare più o meno liberamente le conseguenze normali del negozio mediante dichiarazioni o convenzioni accessorie. L'uso e il riconoscimento di siffatte accessorie dichiarazioni venne specialmente in voga coi nuovi negozi di buona fede e di diritto onorario; ma anche dei negozi di diritto civile, dei veri e propri *actus legitimi* i più vitali ammisero col tempo un più libero trattamento della volontà. Il nome generico di simili accessorie dichiarazioni è *condiciones*, *leges* o anche, ma quando intervengano, come il più delle volte, negli atti giuridici bilaterali, *pacta*. Lo svolgimento dei *pacta* è il più complicato e altresì il più caratteristico e interessante, massime nel diritto delle obbligazioni: cominciano con aver sanzione solamente (è un tratto dell'antica procedura) (1) quando siano diretti a eliminare l'azione e

---

(1) Direi anche un tratto (ciò sarà più chiaro nella materia dell'obbligazione) dell'antico sistema di rapporti giuridici quasi internazionali tra gruppo e gruppo e ispirati al pensiero di regolare con una pace relazioni ostili preesistenti. La stessa *lex publica* è una *pactio* federale, come è una *pactio* tra le famiglie lo statuto della *gens*.

il giudizio, quindi a favore del convenuto. E per quanto sembri ispirata a un più squisito senso di giustizia non fu probabilmente se non la forma pretoria di questa primitiva efficacia del patto la sanzione dell' Editto, col quale il Pretore si obbliga a rispettare i patti convenuti tra le parti (*pacta conventa servabo*), inserendo, secondo il suo stile, un'*exceptio* nella formola da rimettere al giudice: è sempre il patto a favore del convenuto, sia diretto a eliminare totalmente o parzialmente l'efficacia del rapporto giuridico, sia diretto ad assicurare uno stato di fatto (la conservazione di un oggetto o di un godimento particolare), perchè anche in questo caso l'*exceptio pacti* era sufficiente difesa contro il titolare del diritto, che non ostante il patto conchiuso si faceva ad agire. Di qui il principio generale che il *nudum pactum* non genera obbligazione o azione, *sed parit exceptionem*. Senonchè la giurisprudenza oltrepassò largamente i confini angusti segnati dall'*exceptio* e stabiliti dalla resistenza all'attore e al giudizio. Già nei negozi di buona fede si ammise che l'*exceptio pacti*, come in generale tutte le eccezioni fondate sulla buona fede, non occorre fosse inserita espressamente nella formola, ma v'era sottintesa (*bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*): ciò si riconobbe in seguito negli stessi giudizi stretti, ma quando il patto fosse stato aggiunto immediatamente all'atto di conclusione del negozio. Se non che ne' giudizi di buona fede, i patti aggiunti immediatamente all'atto di concludere il negozio (*in continenti, non ex intervallo*) avevano conseguito una efficacia più larga e trascendente il concetto originario del patto, in quanto si ritennero incorporati col negozio stesso e atti a determinarne *ipso iure* gli effetti, fossero diretti a ridurre o crescere tali effetti, cioè a favore del convenuto o dell'attore (*pacta conventa inesse bonae fidei*

*iudiciis*): essi, dicono i Romani, dànno forma all'azione. Sono questi patti aggiunti i così detti *pacta adiecta* dei commentatori. Per effetto di tale incremento del patto, le parole *pactum* o *pactio* finirono con significare il *contenuto dei negozi giuridici* in generale; così nella formola *pactio et stipulatio*, che non significa patto aggiunto alla stipulazione, bensì patto ridotto nella forma di stipulazione, sancito dalla finale domanda dello stipulante e risposta del promittente.

Senonchè le dichiarazioni accessorie che ottennero più generale applicazione e carattere tipico sono quelle che hanno assunto tecnicamente il nome di *condicio*, *dies*, *modus*: condizione, termine, modo. La *condizione* fa dipendere gli effetti del negozio giuridico da un avvenimento futuro e incerto, sia l'avverarsi di questo in po-testà del subbietto, sia meramente casuale. Salvo alcuni atti dell'antico *ius civile*, tutti quanti i negozi giuridici ammisero in progresso l'inserzione di condizioni: ma de-vesi avere presente che i Romani non ritengono vere con-dizioni se non quelle che sospendono l'efficacia del negozio giuridico. Le così dette condizioni risolutive, al cui avve-rarsi l'efficacia del negozio giuridico dovrebbe svanire, non sono per essi che patti, e si fanno valere nella misura e nella forma del patto: quindi sempre, per lo meno, a favore del contenuto e mediante l'*exceptio*. Il *termine* fa dipendere l'efficacia del negozio giuridico da una data si-cura, anche se non determinata (*dies certus an, incertus quando*), e nel diritto classico pare ammesso anche più largamente della condizione. Anche in ordine al *dies*, il così detto termine risolutivo o finale non è che un patto di revoca a termine, e opera come tale. Si dice tecnica-mente *modus* l'onere che si suole imporre alle persone favorite negli atti di liberalità (donazione, legato, etc.):

ma siffatte apposizioni, non convenute nella forma di stipulazione e non aggiunte come patti o condizioni, avevano nel diritto classico valore morale. In via straordinaria, e più che altro amministrativa, poteva talora intervenire il magistrato; ma gli è solamente nell'epoca romano-ellenica che s'introdussero le azioni per la revoca.

\*  
\* \*

6. Carattere più schiettamente pratico e moderno ha la teoria generale dell'invalidità dei negozi giuridici. Essa è tutta elevata sulla base del requisito del volere, in cui veramente insorgono questioni di carattere generale.

I vizi del volere che più risaltano sono i tre celebri ormai nella dottrina: errore, dolo, violenza. L'errore sugli elementi costitutivi dell'atto, siano la causa, cioè in sostanza il negozio stesso che si compie (*error circa indolem et naturam*), l'oggetto (*error in corpore*), la persona, quando (il che si vuole esaminare caso per caso) l'attenzione dell'agente sia rivolta a una persona *determinata*, esclude assolutamente il requisito del volere, e i Romani riconoscono senza esitanza l'effetto logico di cotesto vizio: l'atto è nullo. Con ciò non si vuol dire che un diritto non potrebbe statuire meno rigorosamente: ma in tal caso esso scema il valore essenziale del requisito del volere, e si fa dai moderni troppo sottile psicologia per costruire logicamente eccezionali statuizioni di siffatta natura.

Nei contratti di buona fede la giurisprudenza imperiale, dopo lunghe dispute, si accordò ad ammettere la nullità anche per l'errore *in substantia*, con che i Romani intendono veramente errore sulla materia dell'oggetto, quando per esso tuttavia l'oggetto stesso veniva ad appartenere a una diversa categoria, ad assumere una diversa funzione.

L'errore non essenziale (sul nome, sulla qualità, etc.) non ha effetto, nè in questa nè in altre materie giuridiche, salvo i casi espressamente previsti e regolati, nei quali pure si esige di regola che non sia errore di diritto, bensì errore di fatto scusabile.

In quella vece il dolo (*dolus malus*) o la violenza morale (*vis, metus*) che avessero determinato l'agente, a parte i giudizi di buona fede, in cui il giudice *ex fide bona* valuta l'essenza del negozio, non furono presi in considerazione sino alla fine della repubblica. Fu allora che il Pretore Gallo Aquilio creò l'azione di dolo e il Pretore Ottavio l'azione *quod metus causa* a rescindere i negozi compiuti per malvage arti o minacce altrui: e riteniamo pure che a un tempo stesso il magistrato dovette concedere il suo solito mezzo dell'*exceptio*, qualora contro l'ingannato o il violentato venisse prima esperita l'azione del negozio, e così nacquero anche l'*exceptio doli* e l'*exceptio metus*. L'originario carattere penale di siffatte azioni, ancora manifesto dall'essere nossali e non esperibili contro gli eredi oltre l'arricchimento, si attenuò in progresso; tantochè la giurisprudenza classica non ammise che, ottenuta la restituzione dall'uno dei coautori del dolo o della violenza, si potessero più esperire contro gli altri.

Indipendentemente dai vizi sopraddetti, la volontà nei negozi giuridici può esser solo *apparente* (alcuno, per esempio, da un cenno fatto per distrazione o altro movimento involontario desume a torto ch'io abbia accettato una sua proposta giuridica) o *non intenzionale*, cioè far difetto ogni seria e reale intenzione, come nelle dichiarazioni giuridiche emesse per ischerzo, *iocandi causa*, o sulla scena o in iscuola, nella simulazione concertata, nella riserva mentale. Lo spirito semplice della società primitiva e il carattere formale prevalente sulla manifestazione del volere nei

negozi dell'antico *ius civile* non faceva certo ammettere una discordanza tra la manifestazione esterna e l'intenzione effettiva; senonchè nella maggior parte dei casi il formalismo è rimedio ai suoi stessi difetti, giacchè mentre il cerimoniale e la rigida correttezza richiesta nelle dichiarazioni eccitano l'attenzione dei più distratti, dall'altra parte una riproduzione scrupolosa dell'atto, mancando ogni seria intenzione, è assai difficile che s'abbia, ed è egualmente difficile che non s'abbiano invece i più gravi segni esteriori del difetto assoluto d'ogni seria intenzione. La giurisprudenza classica ha invece iniziato e proseguito con studio ansioso la ricerca dell'interno volere, della verace intenzione; in tutti gli atti, anche negli atti formali, la stipulazione, il testamento, è il *consensus* o la *conventio*, è la *voluntas* che deve sussistere: ciò che non è voluto, non vale. I compilatori giustinianeî pare abbiano financo oltrepassato lo spirito della giurisprudenza romana, ma è questa una mera apparenza: la volontà nei negozi giuridici non può valere se non fin dove la causa giuridica, i limiti legali, fin dove la legge in una parola lo permette, e poichè un grande sfacelo era avvenuto circa le forme, le cause, i limiti dell'antico diritto, la volontà ha dovuto riempire nel nuovo molti vuoti.

E nonostante questo serio trattamento della volontà, le più stupende teorie hanno germogliato in tempi recenti nel campo del diritto romano: nei negozi giuridici bilaterali il valore della dichiarazione o dell'affidamento del terzo o altre leve di simil natura sono state invocate per tenere in piedi il negozio, quando l'una delle parti non volle effettivamente, ma era, come nelle imperdonabili distrazioni o nella riserva mentale, in colpa o persino in dolo, sicchè l'altra parte doveva ragionevolmente credere che volesse. La responsabilità estracontrattuale per l'atto

illecito e il danno altrui recato non appaga nessuno: sin la parola *consensus* è stata interpretata nel senso della dichiarazione esteriore, non dell' interno e reale accordo! Sicchè il giureconsulto romano avrebbe in un testo celebre espresso questo peregrino concetto: la manifestazione esteriore (*conventio*) è tanto essenziale che la stessa stipulazione, la quale pure si compie mediante formalità di parole (*quae verbis fit*), se non ha manifestazione esteriore (*nisi habeat consensus*), è nulla! Non guidata dal severo talento della giurisprudenza romana, cui non venne in mente di svolgere una casistica di simil genere, la giurisprudenza moderna si è smarrita dietro le seducenti immagini dell' interesse commerciale, della sicurezza dei terzi: ma sono questi riflessi e motivi pratici, e se anche tutto il peso loro fosse dalla parte dell'affidamento o della manifestazione esteriore, se l'esigere rigorosamente vera volontà, reale consenso, e abbandonare in più casi il negozio fosse in effetto lasciar male esposta la fiducia dell' un contraente e mal tutelata dal risarcimento estracontrattuale dei danni diretti e indiretti, non giova affatto costruire teorie brillanti sulla base di semplici riflessi e motivi pratici. Ciò vizia il metodo, confonde la funzione odierna della giurisprudenza, non provvede ai bisogni della pratica stessa, cui si nasconde la radice vera del male, e si vendono specifici portentosi, senza logica e senza concordia: e se ciò avviene sovente nei giureconsulti non educati al diritto romano, alla superiorità nella tecnica severa della costruzione giuridica non debbono rinunciare i romanisti.

## CAPITOLO VII.

## La proprietà.

1. Istituzione fondamentale nel sistema del diritto, la proprietà romana vive anche nella fantasia dei profani come nessun altro concetto giuridico: e, come nessun altro concetto giuridico, esercita gl'intelletti e le passioni, lo studio serio e il leggero diletterantismo, anche fuori del mondo romanistico, per rivelarne l'origine, il genuino carattere, il suo bene e il suo male. Egli è che nessuna storia, nessuna struttura giuridica è così essenziale per la scienza del diritto odierno e nell'odierno movimento del pensiero economico-sociale così interessante, quanto la storia e la struttura della proprietà romana.

La più antica denominazione della proprietà, tecnica ancora nell'età ciceroniana, era quella di *mancipium*. *Dominium*, *dominus* erano, e in fondo restarono sempre, voci meno tecniche, in quanto si usarono a designare sia il potere generale del *paterfamilias* (nel quale significato allora pare che torni anche *mancipium*), sia l'appartenenza in generale di qualunque diritto subbiiettivo, anche di quelli che si oppongono alla proprietà (cfr. per es. *dominium ususfructus*): del resto, come *res* si presta a significare in generale (massime in un'epoca, in cui l'obbligazione usciva quasi fuori dell'ambito del diritto patrimoniale) gli oggetti della signoria del *paterfamilias*, il suo patrimonio, così *dominium* doveva esprimere adeguatamente la signoria stessa. A ogni modo nell'epoca della giurisprudenza classica *mancipium* è caduto e la parola *dominium*, o più completamente *dominium ex iure Quiritium*, è il termine d'uso. Accanto ad esso è spuntata la parola *proprietas*, che

si prende a usare definitivamente, e con riferimento, se si vuole, più rigoroso al diritto di proprietà: tanto che negli ultimi giureconsulti in antitesi all'usufruttuario, il proprietario è detto *dominus proprietatis* o anche *proprietaryus*.

Senonchè l'esser proprietario si esprime pure dai Romani con dire senz'altro: la cosa mi appartiene, la cosa è mia, *res in bonis meis est, res mea est*, con l'aggiunta *ex iure Quiritium* nel diritto classico per significare il vero dominio civile. Nè un tal modo di esprimersi è in sostanza inesatto: qualunque diritto subbiettivo si può rappresentare come un'appartenenza dell'obbietto in una certa misura che viene indicata dalla qualifica. Alcuno può anche dire: questa donna è mia moglie, ovvero mia moglie mi appartiene, ecc.: ma poichè nella proprietà cotesta pertinenza è la più completa possibile, il proprietario può ben dire che la cosa è sua, senza soggiungere alcuna limitazione che abbia a specificare in che senso e in che misura gli appartiene.

\*  
\* \* \*

2. Nella tradizione e nella coscienza comune il nome di proprietà è riserbato alla signoria più generale del singolo individuo sulla cosa, di cui la proprietà romana ha fornito, si dice, il tipo più assoluto. Le indagini odierne misero in luce nelle società passate e presenti forme numerosissime di utilizzazione dei beni in comune, cui si è imposto il nome di proprietà collettiva: dalla quale proprietà collettiva sembra certo, per lo meno in molte società, che si sia svolta la proprietà individuale per una lenta graduale evoluzione, via via sottraendosi ai gruppi più vasti e fissandosi nei gruppi minori il godimento prima temporaneo, indi perpetuo dei beni.

A ben guardare, nondimeno, codesta proprietà collettiva si riferisce esclusivamente alla terra e alcuni altri strumenti, nell'economia e nel grado di coltura del popolo più essenziali e pregiati: gli altri oggetti, vesti e ornamenti, armi, utensili, gli animali in genere, sono proprietà o possesso personale: sicchè può veramente dirsi che esistono parallelamente *ab origine* le due forme di proprietà, la collettiva e l'individuale, su distinte e in generale fisse categorie di beni.

Ma questa considerazione ne trae seco un'altra. Anche nelle società a regime individuale più spiccato, non una eccettuata (a mia scienza), esiste circa i beni, che pure sono attribuiti a individui singoli, una fondamentale antitesi tra due distinte e fisse categorie: l'una più schiettamente e liberamente abbandonata all'individuo, l'altra soggetta a una sorveglianza e tutela rigorosa, massime nei trasferimenti, a limitazioni molteplici, che inceppano il libero godimento delle cose, sia nell'interesse generale, sia nell'interesse di uno o altro gruppo sociale. Una simile distinzione, che si potrebbe significare coi termini *beni individuali* e *beni sociali*, ha sempre origine spontanea nella storia e nella vita del popolo, e si ritrova più recisa, più antitetica via via che si risale indietro nel tempo fino a rinnovare, dove la storia, come avviene presso i popoli germanici, ci permette di risalire tant'oltre, l'antitesi tra *proprietà collettiva* e *proprietà individuale*.

Questa distinzione è in generale rappresentata nelle legislazioni moderne dai beni immobili e mobili: categoria di origine germanica, in cui si mescolarono alcuni elementi dell'ultima fase di sviluppo del diritto romano, e denominazione puramente convenzionale, giacchè, come anche ora molte cose mobili sono messe dai Codici nel catalogo degl'immobili, così per lo passato vi furono delle

specie di fondi, case e poderi, annoverate tra i beni mobili. Il tipo romano genuino rappresentante questa antitesi di beni e di proprietà e avente quindi un'essenziale portata per chiunque voglia seguire l'evoluzione della proprietà romana e fissarne il carattere, era costituito fino all'epoca romano-ellenica dalle *res Mancipi* e *nec Mancipi*. Erano *res Mancipi*: i fondi, case e terreni, che fossero vera proprietà del cittadino, quindi nei tempi storici solo i fondi situati in suolo italico, cioè in Italia o nelle numerose città di diritto italico; gli schiavi; i cavalli, buoi, muli e asini, cioè tutte le bestie da tiro e da soma; e oltre a questi oggetti di dominio, anche i più antichi diritti sulle cose altrui, le servitù rustiche: dubbio se tutte o soltanto le tre forme della servitù di passaggio (*iter, actus, via*) e la servitù di acquedotto.

La categoria preminente delle *res Mancipi* mostra ancora una volta le basi e le tradizioni essenzialmente agricole della società romana. La differenza di maggior rilievo tra le *res Mancipi* e *nec Mancipi* è circa le forme di alienazione: ne occorrono di solenni e pubbliche per le *res Mancipi*, la *mancipatio* (il termine più antico è *mancipium*) e la *in iure cessio*, basta la pura e semplice trasmissione del possesso, la consegna o *tradizione*, per le *res nec Mancipi*: inoltre la donna non può alienare validamente senza l'*auctoritas* del proprio tutore, anzi la mancata *auctoritas* dei tutori agnati aveva questo grave effetto, che l'oggetto non si potesse acquistare mai mediante il possesso annale o biennale, che costituiva l'usucapione, nè dal primo compratore, nè dai suoi aventi causa. Dall'altra parte la *mancipatio*, esclusivamente propria delle *res Mancipi*, forniva all'acquirente questa salvaguardia: che l'alienante era verso di lui tenuto alla garanzia dell'oggetto (*auctoritas*), con che s'intendeva che qualora il suo diritto venisse giu-

dizialmente contestato, l'alienante doveva intervenire a difenderlo, e in caso di mancata difesa o di condanna alla restituzione (evizione), si rendeva responsabile del doppio del prezzo pagato per la cosa.

Ma se si risale più indietro, queste differenze, al solito, si fanno più profonde. Già intanto nell'epoca stessa della giurisprudenza classica si scorge la tendenza assimilativa: è riconosciuta la possibilità di usucapire le *res nec mancipi* scientemente ricevute dalla donna senza l'*auctoritas* del tutore, e l'abolizione della tutela agnatizia sotto Claudio ha tolto assolutamente di mezzo il grave effetto di questa, che era di rendere inusucapibile la *res mancipi* anche nelle mani d'un terzo di buona fede: inoltre mentre da un lato l'uso della *stipulatio duplae* e l'efficacia via via maggiore consentita al contratto meramente consensuale di compra-vendita assicurano egualmente il compratore di *res nec mancipi* contro l'eventuale evizione, il Pretore difende come vero proprietario colui che ha ricevuto la semplice tradizione della *res mancipi*, accordandogli una azione (*actio Publiciana*), e contro la rivendicazione del proprietario alienante un'eccezione (*exceptio rei venditae et traditae*): onde si finisce con dire che quest'acquirente, se non è *dominus ex iure Quiritium*, ha nondimeno *in bonis* la cosa. Senonchè si può fortemente dubitare se nell'epoca stessa di Cicerone fosse riconosciuta vera proprietà, vera alienazione, difesa reale mediante *rei vindicatio* sulle *res nec mancipi*, nè la circostanza che Gaio reca esempio di tali rivendicazioni nel processo per *legis actio sacramento* prova in modo assoluto: certo è che Cicerone, mentre pare che vieti alle donne ogni alienazione senza l'*auctoritas* del proprio tutore, e invalidi in generale l'usucapione in presenza di tutori legittimi, dall'altra parte definisce l'alienazione come se questo concetto giuridicamente potesse

solo riferirsi alle *res Mancipi* (*abalienatio est eius rei quae Mancipi est aut Mancipatio aut in iure cessio*); certo è pure che la tutela muliebre ha ben l'aria di vigilare tutto il primitivo campo del commercio civile; che mentre la Mancipazione non aveva per sè niuna efficacia sulle *res nec Mancipi*, la tradizione, modo non formale, è poco probabile che inducesse effetti civili: che il termine *Mancipium* significava egualmente proprietà e Mancipazione e le forme *Mancipio dare, accipere*, esprimenti evidentemente dare o ricevere in proprietà, passano a rappresentare il dare e ricevere nell'atto della Mancipazione; che, infine, le stesse forme *res Mancipi* e *nec Mancipi*, benchè si trovino sempre scritte con una sola *i* (e quindi si deve pronunciare *Mancipi*, perchè la penultima sillaba è breve) pare innegabile che debbano rappresentare un genitivo di *Mancipium*, onde la naturale interpretazione è: cose di proprietà, cose non di proprietà, come si trovano più tardi numerose volte le formole *res mei, sui, nostri domini; nostri patrimonii; domini fructuarii, etc.* Financo il poeta Orazio pare che non concepisca come proprietà se non quella acquistata nei modi civili: *Si proprium est quod quis lingua mercatur et aere* (cioè con la Mancipazione) — *Quaedam, si credis consultis, Mancipatusus, etc.*

Ma si può andare più in là. Se noi ricordiamo la più larga costituzione della società familiare primitiva, resa quasi necessaria dalla natura delle cose e dall'essenza primitiva dell'eredità romana, e ci facciamo a considerare a un tempo stesso il valore essenziale delle *res Mancipi* per la famiglia primitiva e la stessa connessione ch'esse mostrano col gruppo degli agnati, l'induzione che si offre naturale è ch'esse costituissero nelle origini la proprietà comune del gruppo agnatizio o, se si vuole (che doveva essere in fondo lo stesso), la proprietà del suo capo. La

comparazione soccorre quest' induzione: perchè nelle corrispondenti comunità di famiglia degli altri popoli ariani v'ha pure una comunanza di oggetti simili, e in quelle agricole degli Slavi meridionali essi corrispondono perfettamente alle *res Mancipi* romane.

L'epoca romano-ellenica ha travolto con tutti gl'istituti prettamente quiritari anche le forme civili di alienazione e le *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, elevando al posto loro la distinzione, affatto ignota ai Romani, anche nei termini antitetici, delle *res immobiles* e *mobiles*, e creando nuove forme pubbliche di alienazione. Allorchè Giustiniano, messi all'opera di compilare la sua legislazione sui monumenti di più secoli addietro, aboliva espressamente la vieta, inutile e oscura distinzione, com'egli si esprime, questi suoi termini stessi rivelano com'egli si pronuncia sopra tale istituto di cui non iscorge più vestigio nella vita nè intende affatto lo spirito antico.

Le *res Mancipi* ci hanno riportato sino alle origini della proprietà romana. Senonchè la proprietà comune del gruppo agnatizio, l'estremo punto cui si può risalire, seguendo la nostra distinzione, si può dir vera proprietà collettiva? Dipende dal modo di stabilir questo concetto, alquanto elastico e arbitrario. Se per proprietà collettiva s'intende la proprietà che s'incentra in un gruppo o anche nel suo capo, la proprietà romana fu sempre collettiva sino allo sfasciarsi della famiglia nel mondo romeo; che se invece s'intende quel regime giuridico ed economico, nel quale il gruppo più ampio è titolare del diritto e la terra vien coltivata in comune o periodicamente distribuita alle famiglie, se insomma s'intende un regime antitetico non alla proprietà individuale, bensì alla proprietà privata, no. La proprietà originaria della famiglia romana era precisamente, per quanto dalla stessa analisi precedente si può

indurre, proprietà privata, regime stabile sui medesimi fondi. Si può supporre che sia derivata dalle divisioni dell'*ager gentilicius* consolidato nelle famiglie o dalle assegnazioni dell'*ager publicus*? Per quel che concerne quest'ultima ipotesi, io credo sia da rigettare assolutamente. La famiglia romana è un organismo politico anteriore allo Stato, e se il popolo della città ha le sue terre, si può ritenere verosimile che le famiglie recassero anche le loro nella comunità civile e che le assegnazioni pubbliche siensi fatte sopra un modello e un nucleo anteriore. Collo stesso fondamento con cui si richiama l'origine della proprietà ai due iugeri romulei si potrebbe prestar fede alla leggenda, che ci presenta qual fondatore della famiglia e della patria potestà il fondatore stesso dello Stato.

\*  
\* \*

3. Se non che ciò che più repugna al pensiero di una derivazione della proprietà familiare romana dallo Stato, un punto che giova illustrare per mettere in luce il motivo intimo, giuridico, assolutamente negletto, della progressiva individualizzazione della proprietà in ogni paese, è la genuina struttura della proprietà romana, quale risulta dai suoi caratteri fondamentali e di nuovo della *tendenza dell'evoluzione*. Il punto estremo di questa evoluzione proseguita a ritroso, secondo il nostro procedimento, ci mette innanzi in epoca primitiva la terra o il fondo della famiglia nella stessa forma giuridica di un territorio politico: il che armonizza del resto col carattere politico della famiglia antica.

I vecchi interpreti del diritto romano definivano la proprietà dal punto di vista della pienezza di potere del proprietario sulle cose (è nelle scuole che nacque il celebre

aforisma, *ius utendi et abutendi*), e intesero anche numerare cotesti poteri: i così detti elementi essenziali, quali il diritto di disporre della sostanza delle cose, di alienare, di rivendicare, e gli elementi così detti accidentali o di godimento, quali il diritto di possedere, di usare, di fruire. I romanisti moderni avvisarono da un lato che in più casi possono far difetto gli stessi elementi essenziali (divieti di alienare o di rivendicare) e ridursi cotesta pienezza di poteri del proprietario al minimo o quasi al nulla, come nel fondo gravato di enfiteusi, e nondimeno il dominio sussiste: dall'altro lato che il tentativo di numerare le facoltà del proprietario, di stabilire positivamente ciò che il proprietario può fare sulla cosa non mena a nulla, giacchè di regola il proprietario esercita sulla cosa tutte le possibili e pensabili facoltà. È sembrato pertanto ai moderni che sia dell'essenza della proprietà non tanto la reale molteplicità e ampiezza di poteri del proprietario, quanto la possibilità di riconquistarli, di espandersi novamente in una completa signoria sulla cosa, venendo per avventura a cessare i limiti o i diritti concorrenti: e che il contenuto della proprietà non si debba positivamente determinare, bensì negativamente, richiamando appunto i limiti legali e gli eventuali diritti concorrenti. Questi due lati, la così detta « elasticità del dominio » e « l'astrattezza e indeterminatezza » del suo contenuto, sono i due termini entro cui s'aggirano (a parte alcune particolari aberrazioni) le moderne definizioni, più o meno chiaramente inchinando ora all'uno ora all'altro. Si potrebbe dire, volendo nettamente esprimerli ambedue, che « la proprietà è la signoria, in atto o in potenza, generale, completa sulla cosa, fin dove non trova ostacolo ne' limiti legali o in diritti concorrenti sulla cosa stessa. »

È innegabile che la severa analisi delle fonti e delle

specie caratteristiche, la perfezione tecnica del concetto rispecchia nello studio della proprietà la rigenerazione operata dalla scuola storica. Nondimeno è inutile far velo alla mente: l'elasticità, l'astrattezza, l'indeterminatezza delle facoltà sono caratteri che si ritrovano nei diritti reali più ampi, nei diritti che implicano essi pure un generale godimento della cosa, l'usufrutto, l'enfiteusi, la superficie, la stessa servitù di uso: perchè non sono proprietà cotesti diritti? V'è qualche cosa nella proprietà romana dello stesso diritto giustiniano che in simil concetto sfugge; qualche cosa che i vecchi interpreti, guardando piuttosto allo spirito complessivo, il quale emana dall'istituto della proprietà nei giureconsulti romani, che non alle sue degenerazioni, intendevano rozzamente di configurare; qualche cosa che soltanto l'analisi storica, richiamando nella sua purezza e pienezza tutti gli elementi genuini obliterati dal tempo, ci potrà dar lume a indovinare.

La proprietà romana nella sua più antica struttura cui si può risalire, esaminata sul fondo, che ne rappresenta la più perfetta espressione e forse — contrariamente a quel che, al solito, porta a supporre la funesta preoccupazione del diritto germanico — il primitivo tipo, per essere le altre *res Mancipi* non così naturalmente e necessariamente annoverate tra le *res Mancipi* in origine, come gli animali da tiro e da soma, la cui qualità di *Mancipi* sembra dipendesse un tempo dall'essere domati e ricompresi nella *familia*, presenta una serie di caratteri che oggidì non si considerano più dell'essenza del dominio e che nelle definizioni si perdono, benchè lo stesso diritto giustiniano ne serbi pure vestigia.

Il fondo di proprietà del cittadino romano, il *praedium Mancipi*, per usare una locuzione ciceroniana, aveva con-

fini segnati con un cerimoniale solenne e sacro, la *limitatio*, è uno spazio libero intorno ai confini, come la città nel suo pomerio intorno alle mura; e come le mura e il pomerio, anche i limiti dei fondi si annoveravano tra le *res sanctae*. Il carattere venerando della *limitatio*, il culto del dio Termine — immobile, il più antico degli dei — l'eco di siffatte istituzioni negli altri popoli italici, rivelano l'origine preromana della *limitatio* e insieme della proprietà privata, della stabile sede di ciascuna famiglia. Nel dividere e assegnare i terreni pubblici in proprietà privata, la città serbò questo procedimento della *limitatio* (di cui non si smarrisce l'impronta religiosa, sebbene agrimensore non sia, come in antico, l'augure), distribuendo il terreno da dividere, secondo i punti cardinali, in tanti quadrati (*centuriatio*) o in tanti rettangoli (*scamnatio*, *strigatio*). Uno scacchiere di verzura e di messi dorate: così fu immaginosamente raffigurato il territorio di Roma e delle sue colonie. I territori non limitati, *agri arcifinii*, rivelano per questa sola qualità di non essere di dominio privato, ma parte dell'*ager publicus* o locata o posseduta dietro permissione pubblica: essi hanno confini naturali, monti, fiumi, versanti, o limiti stabiliti dall'uomo, come fosse abbattute, o filari di alberi, siepi; ma senza quel sacro cerimoniale della *limitatio*, che conferiva al fondo quasi il carattere di un'unità territoriale, e senza spazio libero al confine.

La proprietà romana è veramente nelle origini *assoluta*, *esclusiva* signoria: e appunto la proprietà fondiaria, sulla quale, per le necessità della coesistenza sociale, le limitazioni sembrano naturali e inevitabili, era in guisa tale concepita e ordinata da respingere qualunque limitazione, qualunque straniera influenza nel suo chiuso recinto.

Alla necessità imprescindibile del passaggio provvede

lo spazio libero e sacro, sottratto anche all'usucapione, ai confini di ciascun fondo. Dicevansi così fatti spazi *limites* o *rigores*: il più piccolo era l'*iter limitare* di cinque piedi, ma ve n'avea di maggiori (*cardines, decumani*) fino alle grandi strade, che dividevano in croce la campagna, il *cardo maximus* da nord a sud, il *decumanus maximus* da est a ovest. Intorno al fondo urbano (la *domus*) l'*iter limitare* è rappresentato dall'*ambitus*. Gli stessi diritti volontariamente costituiti sulle cose proprie a favore di altri, enfiteusi, superficie, uso o usufrutto, servitù urbane, servitù rustiche, via via che si risale indietro spariscono; sicchè si può ben prescindere per ora dai due soli tipi di servitù, il passaggio e l'acquedotto, di cui non n'è dato asserire con certezza l'origine storica.

La proprietà romana, come respinge ogni influenza straniera, così ha, per così dire, *virtù assorbente* nel suo chiuso e intangibile recinto: tutto ciò che per accessione o lavoro dell'uomo (specificazione) vi s'incorpora, semi, piante, zolle, edifizî, ecc. cade nel dominio del proprietario. Una proprietà separata del seme o della pianta dal suolo, del sottosuolo dal soprassuolo, dell'edificio dal suolo o dei diversi piani d'un edificio, erano assurdità inconcepibili a un intelletto romano.

Il fondo romano è immune, franco e libero da ogni peso: pare quasi che la proprietà si affermi di fronte alla sovranità stessa dello Stato: il *tributum*, durato fino alla conquista della Macedonia, era personale; si pagava bensì *secondo* i beni, ma non *sulla* proprietà. È talmente la immunità dell'essenza del dominio, giusta le idee romane, che una imposizione o un qualunque onere sul fondo cancella il dominio: ciò avvenne su vasta scala nei fondi provinciali, obbligati al tributo o allo stipendio verso l'imperatore o verso il popolo romano, ciò avveniva circa

i fondi obbligati a un *vectigal* o *canon*. L'imperatore, il popolo romano, il titolare del *vectigal* si considerano come proprietari; il godimento, sia pure pieno e perpetuo, che serbano i possessori, non è proprietà, ma riceve appunto il nome di possesso o usufrutto o, nella completa formola ufficiale, *uti frui possidere* o *habere possidere frui*. Incompatibile, come si vede, col concetto della proprietà anche la *volontaria* costituzione di oneri reali, obbligazioni *propter rem*.

La proprietà romana è infine *perpetua*: vale a dire, non si può costituire un diritto di proprietà a tempo, fissando, ad esempio, che dopo un certo tempo esso ritorni *ipso iure* all'alienante (revoca reale).

Era adunque la proprietà genuina del popolo quirite un diritto sulla cosa illimitato nello spazio e nel tempo; diritto che sul fondo ha tutto il carattere, tutto lo spirito di una vera sovranità territoriale, chiusa in se stessa e indipendente. Il fondo è il territorio, la sede della famiglia: l'*ager* del quirite e *paterfamilias* è il perfetto parallelo dell'*ager romanus*.

Ma dati questi caratteri, il cui apparire fuor del mondo romano è reso oscuro dalla scarsità delle notizie e dall'incentrarsi la proprietà in un gruppo assai più vasto, di guisa che il carattere sovrano e territoriale sembra una distinta sovrapposizione, si comprende come l'evoluzione progressiva debba muovere verso l'*individualizzazione* della proprietà. Non tanto le usurpazioni, le conquiste, non soltanto il sopravvenire della coltura intensiva, del lavoro fecondo esercitato sulla terra, ma più che tutto la pressione statale ha disgregato la proprietà, n'ha esaurito i caratteri genuini, *in quanto la proprietà fondiaria dei gruppi minori era territorio politico*. L'*actio familiae erciscundae* rappresenta forse presso i Romani l'opera di

disgregazione; il sistema delle *possessiones*, il cui regime s'infiltra nella proprietà vera, rappresenta l'opera di esaurimento.

\*  
\*  
\*

4. L'evoluzione storica ha logorato infatti ad uno ad uno i principj. Nondimeno solo nel periodo romano-ellenico essa li ha nella maggior parte obliterati.

L'antico rapporto, così schietto e vivo, tra proprietà privata e fondo limitato, si oscura via via che le leggi agrarie e il tempo danno la sanzione e il titolo del dominio all'occupazione regolare e irregolare del suolo pubblico: gli *agri arcifinii* hanno la prevalenza e nell'epoca romano-ellenica la distinzione delle due categorie di fondi non ha più valore.

L'assolutezza del dominio nel diritto classico non è rinnegata, e le limitazioni imposte nell'interesse pubblico o privato assai misurate. Dal lato del diritto pubblico, a parte l'obbligo fatto ai rivieraschi di permettere l'uso delle rive per la navigazione, che si può appena considerare come una limitazione del dominio privato, e le sanzioni forse troppo misurate circa l'esercizio eccessivo della *dominica potestas*, non si rilevano che vaghe limitazioni di carattere sacro: ne' riguardi dell'edilizia, un movimento interessante s'inizia sino *ab antiquo*. Fin dalle XII Tavole *ne urbs ruinis deformatur* fu fatto divieto di rivendicare i materiali propri congiunti a un edificio altrui (*tignum iunctum*), e più senatoconsulti imperiali proibirono la demolizione degli edifici a scopo di venderne i materiali preziosi. Del resto, anche qui, non si riesce a dimostrare l'esistenza di un vero diritto di espropriazione per causa di pubblica utilità; nè il potente sviluppo edilizio dello

Stato romano è argomento decisivo per ammetterlo, giacchè una grandissima parte del terreno era di dominio dello Stato. Pare solo che in circostanze gravi, sempre per ragioni sacre, fosse di volta in volta sancito l'obbligo dei cittadini di subire l'espropriazione.

Quanto ai rapporti così detti di vicinanza, la coesistenza sociale è assicurata piuttosto in guisa negativa con una tutela che mantenga e protegga la tradizionale indipendenza dei fondi, che non in guisa positiva, ammettendo influenze e servizi reciproci tra i fondi. Il principio romano è semplice, e, inteso con quella larghezza che il senso comune e il costume variabile permettono, non assurdo: « *In suo hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat.* » Le XII Tavole e in appresso il Pretore si occuparono dei frutti caduti sul fondo altrui, degli alberi di confine in genere: il vicino deve permettere, un giorno sì, un giorno no, l'accesso nel suo fondo per raccogliervi i frutti caduti, deve tollerare dall'altezza di quindici piedi il frondame che sporge sul suo fondo; ma d'altra parte egli può esigere che fino a quell'altezza il frondame sia reciso e così pure le radici sporgenti sul suo fondo: anzi la limitazione risulta implicitamente dalla misura posta alla sanzione positiva del proprio diritto.

Se l'edificio del vicino minaccia ruina e danno si ha diritto alla *cautio damni infecti*, istituto rivolto piuttosto a regolare il risarcimento dei danni. Pel danno proveniente dalla cresciuta massa o violenza nel decorso *naturale* dell'acqua per opere eseguite dal vicino si esperisce l'*actio aquae pluviae arcendae*: istituto che nella sua funzione classica, soprattutto pel raffronto coll'alterazione subita nell'epoca romano-ellenica, forse più d'ogni argomento rivela il carattere di tutela negativa della coesistenza; la quale d'altra parte assicura i benefizi della li-

bertà lasciata agli uomini e della distribuzione fatale, nè quindi malvisa e fino a un certo segno equa, dei danni e dei vantaggi, quale risulta da forze indipendenti dall'arbitrio umano. È sempre insomma il principio *in suo hactenus*, etc. che applicato alle acque dà forma all'azione per allontanare l'invasione, l'*immissio* dell'acqua piovana, quando segua dal *facere in suo* del proprietario vicino, da un'opera ch'egli compia a tal uopo. Del resto, nè un diritto di acquedotto coattivo o un qualunque regime legale delle acque nell'interesse della coltura, nè il diritto, che pur sembra così essenziale, del passo necessario o coattivo per i fondi interclusi si ritrovano propriamente nelle fonti classiche.

Ma il torrente delle limitazioni del dominio sopravviene invece nell'epoca romano-ellenica, generato da tradizioni e tendenze diverse dei nuovi cittadini greco-romani e dalle diverse condizioni della proprietà fondiaria nelle province. Il diritto giustiniano, che rappresenta questa nuova fase, insieme con le enunciate limitazioni, ne pone altre assai più numerose e gravi, o nel Codice, sotto la sanzione degli ultimi imperatori, o nel Digesto, attribuite per interpolazione ai giureconsulti classici. L'*actio aquae pluviae arcendae* diventa sorgente di vere limitazioni in quanto, contro il nome e la funzione originaria, l'imperatore Giustiniano la volge a sancire il diritto dei singoli proprietari di fondi, traverso cui scorre un'acqua, di fruirne per i bisogni della coltura e d'impedire che il proprietario del fondo superiore disperda la sovrabbondante, iniziando così un vero regime delle acque, ignoto alla giurisprudenza classica; vietato il disperderla o deviarla, senza utile proprio. Un rescritto di Antonino Pio, che per riguardi religiosi concedeva d'impetrare in forma straordinaria (*extra ordinem*) e a titolo precario il passaggio a

un sepolcro, è stato da Giustiniano ampliato in guisa da intendere un vero e proprio stabilimento di passo necessario dietro indennità e fors'anco (come del resto ha inteso e statuito il diritto comune) in generale, fuori dell'*iter ad sepulcrum*: poichè anche in altri frammenti il passo necessario è interpolato. Graziano, Valentiniano e Teodosio sancirono l'obbligo di permettere l'escavazione delle miniere nel proprio fondo, dietro indennità d' un decimo: Giustiniano proibì di togliere il vento alle aie del vicino. Cresce poi straordinariamente la vigilanza sugli edifizî e non più nell'esclusivo interesse pubblico, quale era il movente degli anteriori senatoconsulti (alle cui disposizioni si aggiunge ora il divieto di trasportare i materiali preziosi da un edificio all'altro, con diminuzione del decoro edilizio, dalla città in campagna, da una provincia in un'altra), ma anche nell'interesse dei vicini, specie per opera dei tre imperatori bizantini, Leone, Zenone, Giustiniano: dalle sanzioni minuziose e regolamentari di simil natura si rileva principalmente il divieto di alterare il tipo antico dell'edificio, di toglier luce ai vicini (interpolati anche ne' testi classici), l'obbligo di serbare la distanza di dodici piedi dall'edificio vicino, e finalmente il divieto singolarissimo di edificare fino a cento piedi di distanza dagli edifizî preesistenti, quando con ciò si venga a toglier loro la vista del mare.

È un nuovo spirito, è una tenerezza financo eccessiva dei riguardi della coesistenza che penetra nel severo e geloso recinto della proprietà romana: il criterio della socialità sostituito a quello puramente negativo della *immissio*. L'evoluzione si potrebbe seguire nei diritti volontariamente consentiti sulla cosa propria, nei modi di stabilire così fatti diritti, modi in cui la volontà si riduce sovente

a una mera presunzione del legislatore, in guisa da costituire nella sostanza limitazioni del dominio.

Cessata con Diocleziano (a. 292 d. C.) l'immunità dei fondi italici, scompare anche un'altra caratteristica della proprietà romana e con essa la base della separazione dai fondi provinciali: col divenir generale dal tempo dello stesso Diocleziano la procedura *extra ordinem*, con lo sparire dei modi civili di alienazione, la differenza non aveva più effetti di rilievo. Diocleziano chiama senz'altro proprietà il possesso dei fondi provinciali: Giustiniano, appianate le ultime divergenze circa il fondo dotale e l'usucapione, abolì formalmente, insieme con la distinzione delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, anche questa dei fondi italici e provinciali.

Quanto alla perpetuità del dominio resiste, a quel che sembra, sino a Giustiniano, poichè pare certo si debba a Giustiniano l'istituto della revoca reale e la libera costituzione della proprietà *ad tempus*.

Resistono ancora nello stesso diritto giustiniano le regole dell'accessione anche in ordine agli edificzi, salvo alterazioni riguardanti principalmente gl'indennizzi al capitale o al lavoro altrui, sia di buona o di mala fede il possessore, e l'incompatibilità d'imposizioni private gravanti sulla proprietà, di obbligazioni *propter rem*.

Se ora noi ci facciamo a considerare gli altri diritti generali di godimento sulle cose e il loro destino storico, appar chiara con la ragione dell'origine la loro differenza dal dominio, e siamo dal paragone condotti a stabilire l'essenza del dominio romano. Non una ragione sostanziale, economica, la signoria meno generale, l'utilizzazione meno completa della cosa, stabilisce tale differenza, bensì una ragione sempre concettuale e giuridica, che tradisce con questo soltanto la sua natura storica. Il possesso

o usufrutto del fondo provinciale non era dominio, perchè non era immune; abolita questa prerogativa della proprietà, diventa anch'esso proprietà. Il fondo vettigale o il fondo enfiteutico invece non sono proprietà nel diritto giustiniano, perchè nello stesso diritto giustiniano la proprietà, non può essere gravata da obbligazioni private: resa la proprietà nel diritto medioevale passibile di censi, livelli, rendite fondiari, simili istituti divengono anch'essi proprietà, e tali durano ove si serba un simile ordinamento. Il diritto di superficie non è proprietà, perchè la proprietà romana non può scindere l'edifizio dal suolo o i diversi piani di un edifizio: divelto quel principio, così radicato nell'idea romana, dell'accessione dell'edifizio al suolo (*Aedificium naturali ratione solo cohaeret*), la superficie è oggi proprietà. Anche l'usufrutto nacque dall'impossibilità di trasmettere una proprietà a tempo; nella società germanica e feudale, l'usufrutto sarebbe stato certamente riguardato come proprietà. Se nondimeno nello stesso diritto giustiniano l'usufrutto ha un'esistenza e una posizione distinta, ciò deriva da alcune regole peculiari e alquanto arbitrarie dell'istituto, che peraltro non scemano la disposizione generale della cosa nelle mani dell'usufruttuario.

Dopo uno svolgimento più che millenario e il travolgimento dello spirito e del regime antico nel mondo ellenico, la proprietà romana non è più un diritto illimitato nel tempo e nello spazio, nè rappresenta più nel fondo un territorio chiuso e indipendente: essa ha veramente una missione sociale e si giunge ad asserire (par certo Giustiniano che parli sotto il nome dei giureconsulti) che è lecito fare nell'altrui quel che ne giova e al proprietario non nuoce. La sanzione pericolosa dei così detti *atti di emulazione*, concetto nel medioevo tanto popolare e ancor oggi disputato, non ha base nel sistema giuridico

romano, ma è certo ch'essa fu singolarmente propagata dalle dichiarazioni larghe di Giustiniano, specialmente in materia di acque. Purnondimeno anche ora il dominio vero e proprio si distingue dalle altre signorie generali sulle cose per la prerogativa che eredita dal primitivo carattere di sovranità sul territorio e la sede: esso è la signoria *eminente*, primaria, suprema sulle cose. Ogni altro diritto reale, esaurisca pure il godimento del proprietario, è subordinato alla proprietà, e si può dire che ne rilevi; ogni altro diritto reale presuppone l'esistenza della proprietà, è diritto su cosa altrui. Così nello Stato il supremo potere, sede della sovranità, può esser ridotto a una mera astrazione; ma intanto tutti gli altri poteri rilevano da esso e non hanno, al di fuori di esso, vita e legittimità.

\*  
\* \* \*

5. Modi di acquisto della proprietà sono i fatti giuridici, in base a cui la legge riconosce al subbietto questo eminente diritto sulle cose. Si suole distinguere i modi di acquisto della proprietà in *originari* e *derivativi*, secondochè si acquista *ex novo* o si succede nell'altrui proprietà. La classificazione fatta nelle Istituzioni di Giustiniano è in modi di acquisto di *diritto civile* e modi di acquisto di *diritto naturale* o *delle genti*: senonchè tale classificazione si poteva e doveva fare solo nel diritto classico e solo in ordine ai modi di acquisto derivativi o più propriamente alle alienazioni, per le quali circa le *res mancipi* occorreano i solenni modi civili; e a proposito delle alienazioni, essa è rilevata nelle genuine Istituzioni di Gaio.

I modi di acquisto originario sono tutti di diritto naturale: tutti un'emanazione spontanea della coscienza popolare, nati dalla consuetudine ed elaborati dalla giuris-

prudenza, interprete della *naturalis ratio*, ma, di regola almeno, fuori della vera e propria orbita legislativa: calza per tutti il motto più particolarmente enunciato di un antico, *haec omnia sunt ex ingenio iureconsultorum*. Tipo è l'occupazione di cose di nessuno (*res nullius*). Essa si riferisce principalmente agli animali « *quae terra, caelo, mari capiuntur* », e la giurisprudenza si occupa di distinguere gli animali selvatici (*ferae bestiae*) dagli animali domestici o addomesticati (*mansueti* o *mansuefacti*), di stabilire quando gli animali addomesticati ridivengono selvatici e quindi oggetti di occupazione, in quale momento, a evitare conflitti, il cacciatore acquista propriamente la sua preda, quali conseguenze ha la caccia in fondi altrui. È naturale acquisto per occupazione anche la presa delle cose del nemico: in guerra peraltro chi acquista è lo Stato e soltanto gli oggetti che allo scoppiar della guerra si trovano per avventura in possesso di cittadini romani divengono proprietà privata. Finalmente si riguardò come *res nullius* e oggetto di occupazione anche l'isola nata nel mare, *quod raro accidit*. Invece la presa di possesso delle cose abbandonate dal legittimo proprietario (*res derelictae*) non appartiene alla teoria dell'occupazione, bensì della tradizione.

Ma la giurisprudenza stessa scemò il valore della materiale presa di possesso, dando il peso alla scoperta (*inventio*) negli oggetti fissi, inanimati, come gemme, conchiglie e simili, che non possono sfuggire all'inventore. Di tal natura è in parte un acquisto molto controverso, il solo in cui l'opera della giurisprudenza sia stata attraversata dalla legislazione, il *tesoro*. L'ordinamento del diritto classico e giustiniano (le fasi anteriori sono molto oscure) attribuisce del tesoro metà all'inventore, metà al proprietario: sicchè per metà esso è un acquisto legale.

Ma in una serie più delicata e complessa di casi l'acquisto originario è prettamente legale, e le regole interamente elaborate dalla giurisprudenza. Tali modi sono particolarmente interessanti, perchè in essi spicca vivace da un lato la forza di attrazione e di assorbimento, caratteristica della proprietà romana; dall'altro lato la reazione a favore del lavoro umano e dei diritti altrui, e la *naturalis ratio* oscilla tra la logica dei principî, seguendo la quale non uno o altro, ma tutti questi modi possono esser considerati come semplici emanazioni e incrementi della cosa propria, e il sentimento di giustizia. Essi vennero dai romanisti ordinati nei tipi e nelle denominazioni usuali, *accessione, specificazione, confusione, acquisto dei frutti*. La congiunzione organica di due cose, che per tanto non si possono separare in guisa da restituirle perfettamente nella primitiva essenza loro fa che la cosa accessoria, quella che dal punto di vista economico-sociale si confonde nell'essenza e nella funzione del tutto, sia pure giuridicamente assorbita dalla cosa principale. Le varie specie di accessione sono state raggruppate dagli interpreti in tre categorie, sulla base della popolare distinzione dei mobili e immobili.

Le più gravi accessioni sono quelle di cose mobili a cose immobili, la *satio* o semina, la *implantatio* o piantagione, l'*inaedificatio* o costruzione, o di cose immobili a cose immobili, costituite dai così detti incrementi fluviali, avulsione, alluvione, alveo derelitto, e l'isola nata nel fiume. Per quel che concerne l'alveo derelitto e l'isola nata nel fiume, il principio dell'accessione, pel quale i rivieraschi acquistano sino alla mediana, secondo la fronte di ciascun fondo sul fiume, si è formato propriamente nei fondi arcifini, che, non avendo limiti veri e propri, esercitano la forza di espansione del dominio anche al di

fuori: ma la decadenza e la scomparsa del tipico fondo limitato ha fatto generali queste regole nel diritto giustiniano.

Nelle accessioni di mobili a mobili l'interesse più vivo s'aggira intorno alla saldatura per le due forme in tutto romane, anche ne' termini, della *ferruminatio* e della *plumbatio* e per la netta opposizione tra le due. L'una è vera accessione, l'altra no, diguisachè i due procedimenti si toccano ai confini dell'istituto. Che cosa sieno peraltro e donde proceda la diversa efficacia giuridica di ciascuna è gravemente controverso. Pare che la distinzione delle due forme, il cui campo di applicazione si restringe agli oggetti d'arte e in particolare alle statue, fosse in generale tra saldatura mediante metallo interposto (*plumbatio* potrebbe quindi anche volgersi con stagnatura) o saldatura immediata: ma pare altresì che quest'ultima, la *ferruminatio*, non a tutte le materie si applichi, bensì alle sole congiunzioni omogenee del ferro, dell'oro, del rame.

Più che la visibile apparenza dell'unità risultante o la resistenza della congiunzione, sembra aver indotto a stabilire tale accessione un motivo scientifico: la trasfusione di molecole tra gli omogenei metalli immediatamente congiunti (*per eandem materiam facit confusionem*). La *plumbatio* insomma sarebbe stata una congiunzione meccanica (e sarebbe tale sempre, se vi s'intenda pure insieme la congiunzione mediante spranghe), la *ferruminatio* una chimica combinazione. Ma in tal caso l'idea romana si fondava appunto sopra un errore di chimica, tanto più che metallo interposto per la congiunzione ferruminata spariva bensì tra ferro e ferro (argilla), ma non spariva che in apparenza tra oro e oro (santerna), tra rame e rame (giallamina).

Al contrario di quel che avviene per la scrittura, nella pittura si formò e vinse, non senza controversia peraltro, l'opinione che attribuisce la proprietà del dipinto al pittore, anzichè al proprietario della tavola. Di questa diversità, dice Gaio (ed è veramente strano, perchè egli segue tale opinione) *vix idonea ratio redditur*. Ciò che moveva i giureconsulti è chiaro, per quanto il pensiero loro non ricevesse la netta formulazione: al contrario di quel che avviene dell'opera letteraria, nella pittura l'opera artistica è incorporata nella tela, e quindi non solo il pittore verrebbe a subire una perdita enorme, dovendo abbandonare il suo dipinto *in accessionem vilissimae tabulae* (è quanto giungono a rilevare le Istituzioni giustinianee), ma si può anche intendere che l'essenza del tutto sia data appunto dalla pittura. Nondimeno è certo che in questa tendenza il pregio del lavoro e dell'opera fa inclinare la fredda logica della proprietà romana.

Salvo negl'incrementi fluviali, in cui di regola non si aggiunge cosa altrui o, se così è, come nell'*avulsio*, la fusione organica, opera del tempo e della vegetazione, non è immediata, e quindi il proprietario ha tutto l'agio di reclamare giudizialmente la cosa sua, è provveduto sempre, almeno nel diritto giustiniano, a un indennizzo verso il proprietario della cosa accessoria, ora mediante un'azione *in factum*, ora mediante un'*utilis in rem actio*, ora mediante l'*exceptio doli*, se possessore del tutto è l'autore dell'accessione: con la quale egli può ottenere dal proprietario rivendicante il rifacimento delle spese, nel diritto classico se possessore di buona fede, nel diritto giustiniano anche se di mala fede.

Per le accessioni improprie si esperiva l'*actio ad exhibendum*, indi la *rei vindicatio*: eccetto in materia di edifizii in cui la *rei vindicatio* dei materiali era generi-

camente vietata durante la congiunzione dalle XII Tavole. Giustiniano però, seguendo la benigna dottrina dei Proculiani, accordò per le inedificazioni separabili il *ius tollendi* e allo stesso possessore di mala fede; inoltre, tolta pure per accidente la congiunzione, allo stesso possessore di mala fede fu concessa la *r. v.* dei materiali, benchè per questo si conservino pure nel *Corpus iuris* testi contrari. Per le cose di provenienza furtiva, il proprietario aveva le azioni di furto; per i materiali aggiunti a un edificio l'azione *de tigno iuncto*, penale nel diritto classico, mista nel diritto giustiniano, in quanto ora l'averla sperimentata toglie il diritto, che altrimenti compete, di rivendicare i materiali, avvenendo per avventura la separazione o potendosi anche separare senza danno dell'edificio.

*Specificazione* è il trasformare una *materia prima* in guisa da ricavarne un oggetto avente un'essenza e una funzione propria e distinta, una *nova species*, il che vuol dire una nuova individualità. *Speciem nostri vocant*, dice Donello, *id quod Dialectici individuum*. Forse il punto di partenza legale della creazione di questo modo d'acquisto per opera della giurisprudenza sarà stata l'indagine circa l'identità dell'oggetto nella *rei vindicatio*, e più specialmente nell'*actio ad exhibendum*. Anche in ordine alla specificazione l'idea primitiva ci è rappresentata dalla teoria dell'attrazione materialistica formulata dai Sabiniani. Furono i Proculiani ad attribuir la proprietà della cosa *a chi l'aveva fatta*. Se li abbia mossi un pensiero teorico e astratto o la cura di proteggere il lavoro umano o l'interesse del commercio e dei terzi di buona fede si può disputare. Certo nelle figure concrete di cui discutono i Romani, che sembrano trattare della specificazione come di una serie di casi tipici, non come di un concetto generale, hanno risalto motivi pratici. La disputa delle due

scuole si trascinò fino all'ultimo periodo della giurisprudenza classica, in cui spunta una conciliazione non illogica e teoricamente elegante, se si vuole, ma praticamente non troppo felice: lo specificatore acquista, quando la cosa non si può ridurre all'antica materia, perchè allora soltanto essa è economicamente perita: altrimenti *materia manet*. Giustiniano esige anche la buona fede.

L'acquisto per *confusione* fu riconosciuto dai giureconsulti solo trattandosi di monete.

La più essenziale estrinsecazione del diritto del proprietario è nelle cose fruttifere l'*acquisto dei frutti*: solo in base a un rapporto col proprietario, e quindi in via derivativa, altri potrebbe legalmente percepire i frutti. Nondimeno le signorie generali sulla cosa, cui si rifiuta il titolo del dominio romano, hanno come principale contenuto appunto l'acquisto dei frutti: tali sono nel diritto giustiniano l'enfiteusi, che fa acquistare i frutti al momento della separazione, e l'usufrutto o limitatamente ai propri bisogni l'uso, nei quali prevalse la dottrina che i frutti si acquistino con la percezione. La giurisprudenza accordò pure i frutti separati al possessore di buona fede, esonerandolo dall'obbligo di restituirli al proprietario rivendicante: Giustiniano sancì l'obbligo di restituire i frutti esistenti (*exstantes*), e limitò quindi l'acquisto e il lucro ai consumati.

\*  
\*\*

6. Più che i modi d'acquisto originario, in cui del resto, fuori dell'occupazione, la qualità stessa di modi di acquisto è abbastanza evanescente il più delle volte, importano al commercio e nella legislazione e nella dottrina primeggiano i modi di acquisto derivativo, massime i modi volontari, le alienazioni. Il concetto dell'alienazione (*de-*

*minutio, alienatio*), il concetto del *commercium* (*emendi vendendique invicem ius*) si formarono in relazione alla proprietà e nella naturalistica rappresentazione del trapasso del dominio il diritto di proprietà si ebbe a confondere con la cosa.

In proposito spuntano le teorie delle cose in commercio e fuori di commercio, dei divieti di alienazione, dell'incapacità di alienare o di acquistare. La precisa terminologia *res in commercio, res extra commercium* è propriamente opera degli interpreti: essa ha peraltro base romana, senonchè i Romani usavano gli stessi termini (*natura vel gentium ius commercio exuerunt, cuius commercium non est, cuius commercium non habet*) a significare sì l'assoluta incommerciabilità di oggetti non suscettibili di rapporti giuridici e di scambi in niun modo, sì i divieti di alienazione e finalmente la personale incapacità di alienare o di acquistare. A parte le *res communes*, concetto assolutamente negativo, ai confini del diritto in generale, le così dette *res extra commercium* sono tali per lo scopo divino (*divini iuris*) o terreno (*humani iuris*), cui vennero destinate, e benchè i Romani le dicano *res nullius*, esse sono oggetto di un diritto speciale conforme allo scopo e, per alcune almeno, si disputa se tale diritto non sia la proprietà. Il concetto pagano delle *res divini iuris* (sacre, sante, religiose) è stato riassunto dal Cristianesimo, certo non senza notevoli travisamenti, massime circa le *res sanctae*. Le *res publicae in usu populi* hanno valso di modello alle nostre cose demaniali.

Quanto ai divieti di alienazione le ipotesi circa l'inalienabilità o meno del primitivo *heredium* sono rese inutili dall'esatta concezione giuridica della famiglia e della proprietà antica: vincoli legali, di diritto civile, cominciano a presentarsi nelle leggi agrarie dei Gracchi, e a pene-

trare nell'ordinamento normale del diritto privato soltanto coi divieti di alienare il fondo dotale e la cosa litigiosa, posti da Augusto, il primo per legge, il secondo per editto e quindi fino a Giustiniano vigente in forma di eccezione. Il cessare del vincolo convalida l'acquisto anteriormente fatto. I giureconsulti considerano e trattano come fuori commercio anche i beni patrimoniali del principe, perchè non si possono alienare *sine iussu principis*. L'ultima epoca v'aggiunse il divieto di alienare gli oggetti del peculio avventizio, che venne peraltro interpretato (il che è assai degno di nota per i rapporti analoghi) come una riduzione del dominio a usufrutto, e il divieto di alienare i fondi ecclesiastici. Il magistrato può temporaneamente nell'interesse dei creditori interdire l'alienazione, ad esempio, all'erede sospetto: ma non può il privato (v'ha controversia circa i debitori ipotecari) costituire con efficacia reale un siffatto vincolo sulla cosa sua. Tuttavia questo risultato è raggiunto praticamente dal fidecommesso.

Si distinguono dai divieti di alienazione le incapacità di alienare, concernenti gl'infanti e i pazzi, i prodighi interdetti, gl'impuberi (nel diritto classico anche le donne limitatamente alle *res Mancipi*) senza autorità del proprio tutore, e nella nuova epoca i minori senza consenso del curatore. È alla persona che manca il *commercium* in relazione al proprio patrimonio per difetto o debolezza di volontà. L'incapacità personale può esser anche di acquistare, ossia mancare il *commercium* più o meno largamente in relazione a determinate cause d'acquisto, in relazione a determinati oggetti; incapacità dettate ora da preoccupazioni sociali e politiche, come furono quelle sancite dalla *Lex Iulia* o l'incapacità del preside di acquistare beni nella sua provincia, ora, come nella nuova epoca, dal fanatismo religioso.

Non meno interessante per la dottrina giuridica è il considerare le persone cui compete nel diritto romano la facoltà di alienare e di acquistare in nome e per conto altrui. La trasmissione del dominio è forse il campo in cui si presenta la prima volta il problema della rappresentanza. La facoltà di alienare compete al tutore, al curatore, al procuratore generale: la nuova fase dell'evoluzione dal III secolo d. C. l'ha ristretta, anzichè ampliata, facendola dipendere dall'autorità pubblica o dal mandato speciale. Invece la facoltà di acquisto diretto dei tutori, curatori, procuratori (non semplici mandatari), ammessa solo assai tardi in ordine al possesso e al trapasso del dominio che ne dipende, conquista tutto l'ambito dell'alienazione solo col divenire la tradizione modo unico, generale di trasferimento del dominio: alcune più late applicazioni (acquisto con denaro del pupillo, intenzione del procuratore di acquistare per sè) sembrano pure opera del diritto giustiniano. L'antica età rimediava al difetto col mezzo dello schiavo, che necessariamente acquista al padrone. Sono vere anomalie la facoltà di alienare del fisco (Zenone), dell'imperatore e dell'imperatrice (Giustiniano): quella del creditore pignoratorio si riconnette alla singolarissima natura del pegno.

La giurisprudenza romana e la tradizione costante dei romanisti staccano dai modi derivativi le successioni a causa di morte, eredità e legato: e la tradizione è giustificata dalla vastità, dal complicato ordinamento e dall'efficacia generale di siffatte successioni, che trascende i confini del dominio: ma è tortura inutile, nonchè una dannosa fantasia, il ricercare motivi più profondi di valore concettuale per questa separazione. La morte non è pel giurista un fenomeno ch'abbia entità distinta dalla riduzione in ischiavitù o dalla prigionia di guerra o altro

fatto giuridico: ed è una degenerazione il turbare con troppo filosofiche speculazioni la genuina essenza degli istituti positivi.

Quanto ai modi derivativi di diritto pubblico, l'assegnazione ai coloni o singoli cittadini (*assignatio coloniarum, viritana*) o la vendita della terra pubblica per via dei questori, la *sectio* dei beni devoluti allo Stato (di un condannato, ad esempio), da cui procede la *venditio* pretoria dei beni del debitore insolubile, la vendita in lotti degli schiavi bottino di guerra o anche al minuto (*emptio sub corona*), sono tutte istituzioni appartenenti esclusivamente alla storia, come in genere il diritto pubblico romano.

Ma anche nei modi di acquisto derivativo di diritto privato il compito della giurisprudenza è diverso da quello esercitato nel campo dei modi originari: la sua virtù creativa, se così si vuol chiamare, qui incontra ostacolo nell'esistenza di istituzioni salde e con linee generali definite. V'avea nel diritto classico forme solenni per le *res mancipi*, la *mancipatio* o la *in iure cessio*, e in difetto soccorreva la *usucapio*; per le *res nec mancipi* bastava la semplice trasmissione del possesso o tradizione. Qui pertanto, nei modi di alienazione, la giurisprudenza distingueva tra modi di diritto civile e naturale o delle genti. La *mancipazione* era la forma più caratteristica, propria esclusivamente delle *res mancipi*, di guisa che applicata alle *res nec mancipi*, non aveva *di per se* alcun valore: nella lingua latina classica essa dicevasi ancora *mancipium* come il dominio. La struttura della *mancipazione* rivela un carattere abbastanza primitivo; è una vendita simbolica alla presenza di cinque testimoni, il primo dei quali dicesi *antestatus*, e di un altro cittadino che tiene una bilancia (*libripens*). L'acquirente, recando in mano un pezzo di bronzo, dichiara che la cosa è sua e ch'egli l'ha

comprata con quel bronzo e quella bilancia: indi batte col bronzo la bilancia, e lo porge all'alienante quasi come prezzo. Come è chiaro, la mancipazione, ridotta a mera forma sin dal tempo, a quel che pare, delle XII Tavole, si richiama a un'epoca antichissima in cui la causa ordinaria di trasmissione del dominio era la compra-vendita e non usava moneta coniata. La sua efficacia peculiare a favore dell'acquirente era fornita dall'*actio auctoritatis* e dall'*actio de modo agri*.

La *in iure cessio*, applicabile tanto alle *res Mancipi* quanto alle *res nec Mancipi* (certamente dal tempo in cui le *res nec Mancipi* divengono oggetto di rivendicazione e di vero dominio), ma in genere per le *res nec Mancipi* corporali, ossia pel dominio, poco in uso, non era che una finta rivendicazione. Nè la mancipazione nè la *in iure cessio*, puri atti civili, comportano termini o condizioni.

Le forme civili si perdono nell'epoca romano-ellenica: l'ultima menzione della *mancipatio* è dell'anno 355. Il divenire generale della tradizione (la quale peraltro nei beni immobili deve ora esser fatta in forma pubblica e solenne) ha conferito importanza straordinaria nel diritto giustiniano e nel diritto comune alla teoria della *tradizione*. Essa non è altro che la trasmissione del possesso, con intenzione congrua dell'alienante e dell'acquirente, sulla base di un rapporto (*iusta causa*) che significhi tale intenzione e giustifichi legalmente il trapasso del dominio; vendita, donazione lecita, pagamento e simili. L'efficacia o meno della concordia nella causa stessa e quindi il carattere contrattuale o meno della tradizione, l'efficacia, quanto al passaggio del dominio, della causa remota sono argomenti di controversie tra giureconsulti romani e romanisti. La trasmissione del possesso, ossia il fatto della mera tradizione, in sè considerata, indipendentemente dai

requisiti intenzionali e legali che alla tradizione conferiscono il valore di modo d'acquisto del dominio, venne per opera della giurisprudenza, seguendo l'evoluzione psicologico-sociale, a staccarsi dalla pura materialità della consegna reale: la consegna delle chiavi, l'indicazione a distanza, la conservazione del possesso che già si tiene, il costituirsi rappresentanti nel possesso costituiscono vari gradi della scala, tradizione simbolica, *longa manu*, *brevi manu*, costituito possessorio. È del resto la tradizione un fatto sociale non alterato dal diritto e quindi alterabile via via nella tecnica giuridica per influenze spontanee, quasi inavvertite delle condizioni e dei sentimenti sociali. Come avvenne circa la buona fede o il possesso stesso, cui la tradizione si collega, l'apparente svolgimento giuridico è in realtà una diretta, inevitabile reazione dello svolgimento psicologico e morale della società. Ma un regresso storico nella società (il che è vivamente degno di nota) può tuttavia far apparire sotto luce diversa i risultati oramai acquisiti dal diritto, e il nome generale di *tradizioni finte*, quello di *tradizioni simboliche*, nella qual parola si ricomprendevano per vero dei casi in cui la tradizione del possesso è realmente una finzione, riflettono la fallace concezione medioevale, che in quelle sopraffini tradizioni non poteva scorgere vere trasmissioni di possesso. Il diritto era più evoluto della società e in parte quindi artificioso per essa. Più strano è che il giureconsulto Gaio consideri la tradizione *brevi manu* e, pare, anche la consegna delle chiavi come modi d'acquisto *sine traditione*.

Come tradizione considerano i Romani anche la presa di possesso della cosa derelitta: la controversia tra le due scuole riguarda esclusivamente il momento in cui cessa la proprietà del derelinquente.

Il costituito possessorio forniva, come è noto, l'adden-

tellato al nostro passaggio della proprietà per mutuo consenso, intorno alla quale tanti equivoci e tanti ingiustificati lamenti si accumulano per l'oblio del genuino ordinamento classico romano: il vizio del nostro sistema è soltanto l'incoerenza legislativa con la quale il principio venne applicato. Salvo l'ipotesi eccezionale, in cui tale incoerenza legislativa serba valore alla tradizione nell'acquisto della proprietà, essa non importa oggi se non come momento iniziale del possesso: il commercio per altro ha cresciuto oltre il diritto romano stesso i modi possibili di operarla con la pratica dei magazzini di deposito e dei titoli rappresentativi (polizze di carico, fedeli di deposito, note di pegno).

\*  
\* \*  
\*

7. Dimezzata nella sua sfera d'efficacia, sopravvive nel diritto giustiniano l'usucapione: istituto singolare e complicatissimo, nel quale i sedimenti di tutte le epoche hanno lasciato le loro stratificazioni.

Propriamente l'usucapione giustiniano è la fusione dell'*usucapio* e della *longi temporis* o *longae possessionis praescriptio*. L'usucapio, l'istituto primordiale, concedeva genericamente l'acquisto della cosa non propria dopo due anni di possesso per i fondi, un anno per le altre cose. Sottratte all'usucapione di chicchessia erano alcune determinate categorie di oggetti: le cose furtive (XII Tavole, *Lex Atinia*), le *res mancipi* alienate delle donne soggette a tutore legittimo senza l'*auctoritas* del proprio tutore (XII Tavole), le *res vi possessae* (*Lex Plautia, Iulia*) e naturalmente le cose non suscettibili di proprietà privata, l'uomo libero, le *res sacrae* o *religiosae*, i *limites*, i fondi provinciali. La giurisprudenza classica, a cominciare dal-

l'ultimo periodo repubblicano, elaborò i due requisiti della *iusta causa* e della *bona fides*: ma le tracce dell'antico ordinamento, che non le richiedeva, rimasero in alcune eccezionali figure, che esercitarono la loro influenza nello stesso diritto giustiniano. L'utilità pratica di questo istituto, per cui era data sicurezza al possessore e posto un termine al rinnovarsi indefinito delle contestazioni giudiziali, si rivelava sotto due aspetti: o il possessore aveva ricevuto la cosa da chi non n'era proprietario nè altrimenti aveva diritto di alienare, o egli aveva ricevuto dal proprietario una *res Mancipi* senza le debite forme civili.

Quanto alla *longae possessionis exceptio* o *praescriptio* essa non ha origini nè antiche nè civili. La menzione più antica dell'istituto non risale al di là del 199 d. C. Spuntò per opera del Pretore o dell'imperatore, e quindi nella forma consentanea di un'eccezione contro la rivendicazione dopo un lungo periodo di possesso. Pare però che il possessore acquistasse anche un'azione: ne derivava insomma una delle tante forme di possesso garantite dal Pretore come proprietà. Il suo nascere sembra certo si richiami al non essere l'usucapione, modo di acquisto del dominio, applicabile ai fondi provinciali: ma alcune parti nuove e favorevoli dell'istituto la resero pratica anche negli oggetti di proprietà romana. Le costituzioni imperiali fissarono il tempo richiesto a dieci anni tra presenti, con che s'intendeva ora dimoranti nella stessa città, ora, come volle Giustiniano, nella stessa provincia, e di venti anni tra assenti, ma era concessa la così detta *accessio temporis* e, conforme alle norme del diritto pretorio, si richiedeva soltanto la *possessio iusta*, cioè acquistata *nec vi nec clam nec precario*. Era ammessa l'interruzione civile per effetto della rivendicazione intentata dal legit-

timo possessore e negata la prescrizione contro i pupilli e i minori.

Il regime della proprietà fondiaria nel basso impero non giustificava più alcuna differenza tra fondi italici e provinciali: e nella costituzione stessa in cui aboliva questa formale distinzione Giustiniano fuse l'usucapione e la prescrizione in un solo istituto; con questo peraltro che, conforme allo stato delle cose nell'Oriente, i compilatori preferirono per gl'immobili il termine *longi temporis capio* o *praescriptio*, interpolato costantemente invece di *usucapio*. Ma il vario sviluppo storico ha fatto che l'usucapione del diritto giustiniano risulti di una serie complessa di requisiti: I. il possesso non interrotto, II. il tempo; elevato a tre anni per l'usucapione delle cose mobili, mantenuto nei termini della prescrizione per gl'immobili (riconosciuta in generale l'*accessio temporis*, che già Severo e Caracalla avevano estesa all'usucapione, ma solo a favore dei compratori); III. la capacità della cosa o *res habilis*. Sono escluse dall'usucapione le cose fuori commercio e tutte le cose, delle quali è vietata l'alienazione o anche l'acquisto (*cuius commercium non habemus*), le cose furtive e, per la Nov. 119, gl'immobili ricevuti da un possessore di mala fede, le *res vi possessae*, i beni dei pupilli o dei minori anche esenti dal divieto di alienazione, e nell'epoca nuova le cose dello Stato, del principe, i beni immobili delle chiese, delle fondazioni pie; IV. la *iusta causa*, ora anche detta *iustus titulus*; V. la *bona fides*. Senonchè Giustiniano, senza averne chiara coscienza, ha esaurito la *iusta causa*, ammettendo in difetto l'errore scusabile (*iusta causa erroris*) nella supposizione di avere a proprio favore un titolo. Un equivoco forsanco più grave di Giustiniano è di aver ammesso pure l'usucapione *pro herede* dell'erede apparente (titolo che non rappresenta

una *iusta causa* nè vera nè putativa, giacchè l'eredità è successione generica) e altresì con alcune particolarità: al che egli fu indotto dall'idea di voler rendere normale una delle antiche eccezionali figure di usucapione.

Finalmente Giustiniano ha reso modo di acquisto di proprietà anche la prescrizione trentennale dell'azione introdotta da Teodosio II, attribuendo al possessore dopo i trent'anni, oltre l'eccezione, anche l'azione, purchè fosse in buona fede al momento della presa di possesso (*praescriptio longissimi temporis, triginta vel quadraginta annorum*).

L'usucapione o prescrizione è quasi in bilico tra i modi di acquisto originario e derivativo, tra i modi volontari o alienazioni e i modi legali di passaggio del dominio. La proprietà è bensì acquistata *ex novo*, sulla base di un rapporto con la cosa, nè a provare il proprio buon diritto occorre dimostrare quello del proprio autore: ma nondimeno un rapporto con la persona suole intervenire a giustificare l'acquisto del possesso (*iusta causa*), e se non una successione giuridica, v'ha una successione cronologica di domini sulla cosa stessa, e sulla cosa continuano i diritti che per avventura la gravavano (usufrutto, pegno, ecc.), salvo sempre, s'intende, la prescrizione estintiva. Dall'altra parte essa è propriamente un modo legale, in quanto all'atto di trasmissione non interviene la volontà dell'antico proprietario; ma nondimeno la sua acquiescenza durante il decorso dell'usucapione la s'interpreta e la si regola effettivamente come consenso tacito e alienazione, onde è vietata l'usucapione, quand'è vietata l'alienazione, non corre la prescrizione, e quindi anche la nuova usucapione, contro chi non ha capacità di agire, e finalmente, aggiungiamo pure, il periodo è diverso tra presenti e assenti.

I modi derivativi legali, vale a dire, indipendenti, almeno direttamente, dalla volontà del proprietario (aggiudicazione, acquisto dei *commissa*, dell'*ager desertus*, dei lucri nuziali, nel diritto classico l'acquisto degli *ereptoria* e dei *caduca*, ecc.), hanno in genere limitata importanza e si riconnettono come appendici a istituti vari. Il sistema odierno, con l'esaurimento dei modi specifici di alienazione del dominio in forza sì del nuovo principio, la trasmissione per mutuo consenso, sì della progressiva assimilazione tra diritti reali e diritti di obbligazione e della corrispondente decadenza delle forme tipiche, ha quasi eliminato dal campo della proprietà la teoria dei modi di acquisto derivativo.

\* \* \*

8. L'azione con la quale il proprietario fa valere il suo diritto e ripete la cosa sua dicesi dai Romani *rei vindictio*. Essa è rivolta contro chi illegittimamente trattiene la cosa, l'abbia poi nelle mani con animo di disporne da padrone, cioè quale vero possessore, come intendevano i Romani, ovvero quale semplice detentore: il che pare sia stato ammesso in seguito. Costantino impose l'obbligo al detentore di dichiarare in nome di chi egli detiene la cosa (*laudatio auctoris*), affinchè l'azione possa venir diretta contro di questo. L'argomento più interessante è quello della restituzione che il condannato deve operare, È detto che il possessore deve restituire, oltre l'oggetto, anche la *causa rei*, con che s'intende tutto ciò che l'attore avrebbe avuto, se la restituzione fosse stata operata al momento della domanda giudiziale: il che importa per le accessioni, gli acquisti eventuali dello schiavo, i frutti e le deteriorazioni subite dall'oggetto. Qualunque posses-

sore è tenuto per i frutti dal momento della contestazione della lite: Valentiniano e Valente (362 d. C.) estesero la condanna della *rei vindicatio* rispetto al possessore di mala fede ai frutti percepiti *prima* della contestazione della lite, sin dal momento dell'ingiusta presa di possesso (i quali per l'innanzi si potevano ripetere bensì dal possessore di mala fede, ma solo mediante una *vindicatio* o *condictio* distinta) e sinanco ai frutti ch'egli aveva omesso di percepire (*fructus percipiendi*): Giustiniano finalmente impose allo stesso possessore di buona fede l'obbligo alla restituzione dei frutti percepiti *prima* della contestazione della lite, quando non fossero consumati, ma esistenti tuttora presso di lui (*fructus exstantes*). Anche in ordine alle deteriorazioni e alle perdite decideva nel diritto classico il momento della contestazione della lite, e il possessore di buona fede era tenuto al risarcimento, quando fossero sopravvenute per sua colpa, il possessore di mala fede anche quando fossero sopravvenute per caso fortuito, salvochè non potesse provare che il proprietario avrebbe egualmente subito il danno presso di sè. Per i danni anteriori non era tenuto che il ladro, con questo peraltro che, dirigendosi la *rei vindicatio* sin dal tempo di La-beone anche contro colui che avesse cessato dolosamente di possedere, la perdita dolosa non liberava il possessore: ma solo Giustiniano, e non è chiaro nemmeno se consapevolmente, ha sancito mediante trasposizione di testi riferentisi in origine ad altre materie la responsabilità del possessore di mala fede per le deteriorazioni *anteriori* alla contestazione della lite.

Dall'altra parte la giurisprudenza trasferì dalla dote alla *rei vindicatio* anche il diritto al risarcimento delle spese necessarie e utili (per queste fissando il minimo tra lo speso e il migliorato) a favore del possessore di

buona fede: e anche qui Giustiniano, mosso dallo spirito, che sovente lo animò, di ristabilire l'equilibrio patrimoniale più esattamente e francamente, senza appoggiarsi ai classici motivi della buona fede o mala fede, accordò il risarcimento delle spese utili e necessarie ad ogni possessore e concesse egualmente ad ogni possessore anche per le spese voluttuarie il *ius tollendi*, cioè il diritto di togliere le accessioni ove ciò possa farsi senza danno della cosa.

Per le turbative, onde non è privato del possesso e del godimento generale della cosa, compete al proprietario l'azione negatoria; e nel diritto classico altresì l'azione proibitoria. Numerosissime sono le azioni che in circostanze speciali possono competere in ragione della proprietà, massime dei fondi o degli schiavi, di cui la maggior parte vennero estese direttamente o utilmente alle altre signorie generali sulla cosa: l'*actio aquae pluviae arcendae*, la *cautio damni infecti*, l'*interdictum quod vi aut clam* e la *nunciatio novi operis* (istanze straordinarie per cui non occorre nemmeno la prova di alcun diritto), l'*actio finium regundorum* (fusione irregolare dell'*actio de fine* e *de loco*), l'*actio de tigno iuncto*, gli interdetti *de glande legenda*, *de arboribus caedendis*, l'*actio legis Aquiliae* per i danni, l'*actio in factum ob mortuum illatum*, l'*actio de servo corrupto* e le azioni di furto. Finalmente il proprietario si giova altresì dell'azioni possessorie.

\*  
\* \*

9. Il dominio civile era qualificato nel diritto antegustiniano con l'epiteto *ex iure Quiritium*. Accanto ad esso si svolsero una serie di domini tutelati dal Pretore, prescindendo dalle forme e dalle regole del diritto civile.

L'appellativo *dominium ex iure Quiritium* non può naturalmente convenire a queste svariate ipotesi, ma i termini adoperati manifestano tutti un vero sforzo per significare il contenuto stesso della proprietà senza abusare il sacro vocabolo: *possidere* (si avverta che i Romani non usano mai la parola *possidere* a significar la mera detenzione), *uti frui, habere possidere frui, uti frui possidere, possidere civiliter, in bonis habere*: le due ultime espressioni, la *possessio civilis* e l'*in bonis habere* sono nei giureconsulti classici le più frequenti. La difesa era assicurata in queste numerosissime ipotesi del Pretore mediante azioni utili, generalmente fittizie (si prescrive al giudice, vale a dire, di supporre che certi fatti legali siano accaduti o meno), o azioni *in factum*. Alcune volte si può dubitare (e qui pare che il novero delle rivendicazioni utili sia stato cresciuto da Giustiniano) se l'azione, benchè reale nella forma, non abbia la funzione e l'efficacia meramente personale di un'azione obbligatoria. Alcuni dei casi più anomali e gravi di vera ed effettiva signoria sulle cose, protetta dall'impero del magistrato più che dalla legge, sono stati riassunti nel dominio: tale il possesso dei fondi provinciali. Altri, come la *possessio* dell'*ager vectigalis* e la superficie, sono stati riconosciuti legalmente come *iura in re aliena*. Celeberrima fra tutte le condizioni di simil genere è la *possessio ex iusta causa* di una cosa suscettibile bensì di proprietà romana, ma non acquistata dal possessore o perchè non gli era trasmessa dal vero proprietario o perchè trattavasi di *res Mancipi* non alienata nelle forme civili, ma semplicemente tradita; l'ipotesi insomma che dava luogo all'acquisto per usucapione. Un Pretore Publicio sullo scorcio della repubblica credè a tal riguardo la rivendicazione utile, che dal suo nome venne detta *publiciana*,

basata appunto sulla finzione che l'*usucapio* avesse avuto luogo. L'Editto prometteva l'azione a chiunque avesse ricevuto tradizione *ex iusta causa* di una *res* (forse in origine di *res Mancipi*), nè l'avesse anche usucapita: la formula, il cui schema era fornito dalla compera, imponeva al giudice di condannare l'avversario, qualora il rivendicante, se avesse posseduto la cosa uno o due anni, l'avrebbe usucapita. Salvo il tempo adunque, da cui si imponeva di prescindere, le condizioni dell'*usucapione* (giusta causa, buona fede, assenza di divieti legali) dovevano ricorrere tutte. È certo opera della giurisprudenza la separazione netta delle due ipotesi, la *possessio bonae fidei*, in cui l'oggetto dal proprietario vero poteva essere ritolto, e l'*in bonis*, difeso in modo assoluto anche contro il *dominus ex iure Quiritium* mediante l'*exceptio rei venditae et traditae*, eccezione basata anch'essa sull'alienazione, per così dire, di diritto pretorio stabilita dalla *traditio*, e ben distinta dall'*exceptio doli*, che in più casi poteva opporre lo stesso possessore di buona fede per serbare la cosa o esercitare un diritto di ritenzione per le spese. La dottrina romanistica moderna ha immiserito e schematizzato il concetto dell'*in bonis esse* o *habere*, del dominio bonitario, come usa dire, limitandolo con valore quasi tecnico all'ipotesi enunciata e altre analoghe d'immissione in possesso per autorità pretoria: questo è peraltro certo che nelle fonti che noi possediamo tale ipotesi emerge sopra tutte. Nei termini antitetici *ex iure Quiritium dominus* e *in bonis habere* si hanno di mira le *res Mancipi* tradite, in cui simil divisione del dominio, come dice Gaio, si attua tra due subbietti, in guisa che il titolo formale (*nudum ius*) con alcuni effetti civili resta presso dell'uno, mentre il godimento delle cose è assicurato dal Pretore al così detto *domino bonitario*.

Nella sua legge abolitiva del *nudum ius Quiritium* Giustiniano si esprime con la comica indignazione dell'uomo uggito da formule antiche, inutili del pari che inintelligibili. Anche l'*in bonis habere*, da qualunque causa derivi, è adunque legalmente riassunto nel dominio: e con la sua scomparsa viene eliminata la funzione dell'usucapione per tutti i casi di simil genere — i compilatori non hanno provveduto peraltro a cancellarne ogni traccia — e anche nella stessa funzione la *publiciana in rem actio*. Tuttavia, come l'usucapione, così anche la *publiciana* resta per la *possessio bonae fidei*, anzi Giustiniano (poichè è a credere che siffatte riforme siano opera sua) n'ha esteso l'applicazione, fuori della proprietà e dell'usucapione, su cui si fonda, all'usufrutto e alle servitù prediali, cui l'usucapione non si applicava nel diritto classico, al fondo vettigale e alla superficie, cui non si applica nemmeno la nuova usucapione o prescrizione acquisitiva del diritto giustiniano. Probabilmente in conseguenza di tale estensione i compilatori nella concezione dell'Editto mutarono la *res tradita* nell'infelice e vessato *id quod traditur*, poichè lo stesso Giustiniano ha esteso la *traditio* anche alle servitù, cui nel diritto classico non era applicabile più dell'usucapione. Quanto all'*exceptio rei venditae et traditae* a rigore avrebbe dovuto sparire: rimase tuttavia in alcune eccezionali applicazioni, cui era stata estesa dalla giurisprudenza, intendendovi una convalescenza posteriore dell'alienazione pretoria e del dominio pretorio, in quanto l'alienante, che non era in origine proprietario, aveva in seguito acquistato il dominio della cosa, (per esempio, ereditando dal vero proprietario) e si presentava allora a rivendicarla.

\*  
\* \*

10. Il tipo genuino della proprietà romana si rispecchia nel condominio o comproprietà. I vari condomini non costituiscono un gruppo collettivo, al quale compete la proprietà; bensì ciascuno serba individualmente il suo diritto, e ne esercita indipendentemente le facoltà. È il concetto stesso del rapporto parallelo nel campo del diritto pubblico romano, la consovranità o collegialità dei magistrati. Certamente nel condominio il concetto stesso si esplicò secondo i criteri dell'utilizzazione economica, onde le facoltà divisibili (percezione dei frutti, alienazione, costituzione di usufrutto, ecc.) si esercitano *pro parte*, mentre quelle facoltà indivisibili le quali verrebbero a esaurire l'altrui diritto, come l'alienazione di parti materiali e la costituzione di servitù prediali, non sono consentite al singolo condomino. Ma non perciò si vuol rappresentare il complesso dei condomini come una corporazione e il condominio romano come una proprietà collettiva o il dominio di un'*universitas*. Il concetto di una gestione comune, il criterio della *maggioranza* è perfettamente straniero così al condominio, come alla consovranità romana, la tipica collegialità. Se ciascuno ha un diritto indipendente, se non è legato da vincolo corporativo con gli altri, a un solo compete la facoltà di opporsi (*ius prohibendi*) contro tutti: è il perfetto parallelo dell'*intercessio* nel campo del diritto pubblico, che il collega ha contro il collega, un solo contro più. Tutti adunque debbono consentire; salvochè, quando non si tratti che di agire sulla cosa, sia pur recandovi innovazioni gravi, il mero assentimento passivo, il *silenzio* basta, perchè il diritto autonomo dell'un condomino non si arresta se non di fronte all'opposizione aperta, patente dell'altro.

Laonde nel diritto romano più che nel diritto moderno il condominio era un regime labile: *propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit*. Solo nella legislazione giustiniana, ora per riguardi religiosi e d'ordine pubblico, ora per l'utilità generale dei condomini (*sicuti toti societati prodest*, interpola Giustiniano) si devia per un verso o per l'altro dai puri principî del diritto romano. Se nel diritto moderno è la maggioranza, stabilita altresì dalla maggiore entità degl'interessi, che delibera e s'impone, qualunque sia il numero dei dissenzienti, nell'amministrazione e nel godimento delle cose comuni (Cod. civ. art. 678), ciò proviene da fonti e criteri non ispregevoli certo, ma ci porta lungi dal genuino concetto della proprietà romana, serbante ancora lo stampo del primitivo carattere politico del signore del fondo e del dominio, che la progressiva evoluzione ha mutato in un diritto di contenuto economico, anzi nell'ordinamento etico-giuridico generale dei bisogni economici.

## CAPITOLO VIII.

### I diritti reali.

1. I diritti reali subordinati alla proprietà gravano sulla cosa che è già in proprietà di alcuno ed hanno presso i giureconsulti romani il nome di *iura in re* in antitesi al *dominium* o più spesso alla *res*; dai romanisti son detti *iura in re aliena*.

La legislazione romano-giustiniana presenta, oltre alla proprietà, una serie numerosa di diritti reali, alcuni tanto ampi da esaurire il godimento del proprietario e costituire signorie generali che rendono insufficienti le comuni definizioni del dominio romano: una categoria vasta di

diritti — i soli che abbiano origine classica e civile — che serbano il nome collettivo di servitù; l'enfiteusi e la superficie: secondo la concezione quasi universale, il pegno e l'ipoteca. E se dal diritto romano giustiniano si prosegue nel diritto medioevale la serie aumenta. Il novero delle servitù, ancora nel *Corpus iuris* diritti tipici, diviene indefinito; nuove influenze di fonte germanica recano una strana, ibrida categoria di diritti, con cui si vuole ampliare il catalogo e il concetto delle servitù romane: diritti che non gravano veramente sulla cosa, ma vincolano a una prestazione il proprietario, che si direbbero obbligazioni, ma si trasmettono con la cosa nei successivi proprietari come un peso inerente alla cosa stessa, e schiacciano la proprietà, le così dette obbligazioni *propter rem*, gli oneri reali (*Reallasten*); alle servitù di diritto privato s'aggiungono con infiniti nomi (il più popolare oggidì è quello di usi civici) le servitù di diritto pubblico; l'enfiteusi e la superficie pare che si ritrovino nel loro ambiente vero, si diffondono, si confondono con infinite istituzioni del genere, e spunta il concetto del dominio utile in antitesi al dominio diretto, signoria eminente tenuta viva da riconoscizioni e da tributi, quasi come un'alta sovranità: financo il diritto successorio si ordina in guisa da annichilire la proprietà, e la sostituzione fedecommissaria la riduce a mero usufrutto vitalizio di generazione in generazione. I vincoli della proprietà crebbero in così grave e pericolosa misura che dall'economia stessa fu invocato il ritorno ai puri principi del diritto romano: nondimeno anche nel nostro codice, che segna una delle più decise reazioni in questo senso, le servitù non sono tipiche, ma indefinite, salvo l'unico limite dell'ordine pubblico (Cod. civ. art. 616), e v'ha persino chi crede che nel concetto della servitù siano ricompresi anche gli oneri reali.

Dall'altra parte anche i modi di costituire simili diritti sono nella legislazione di Giustiniano abbastanza semplici e liberi. Il consenso del proprietario basta, e spesso non occorre nemmeno un consenso esplicito: una liberale interpretazione della sua volontà nell'attribuire il fondo, cui sia comodo accedere traverso un altro, una mera presunzione desunta dallo stato delle cose, quale era da lui disposto e si ritiene destinato, creano diritti sulla cosa altrui: finalmente la legge stessa pare talvolta li crei (il che interviene certo per l'usufrutto) e apre così l'adito a riassumere sotto uno stesso concetto e una stessa denominazione le servitù e le limitazioni del dominio, che il nostro codice chiama appunto servitù legali.

\* \* \*

È adunque un movimento e un incremento parallelo al movimento e all'incremento delle limitazioni legali e talora intrecciantesi con esso. Sorge spontanea, conforme al processo che siamo usi a seguire, la domanda: È tale pure il risultato dell'evoluzione seguita a ritroso dal diritto giustiniano al diritto classico, dal diritto classico alle memorie più antiche del diritto romano? Precisamente. La più ampia signoria sulla cosa appartiene all'epoca romano-ellenica, e ha solo un addentellato nella locazione perpetua dell'*ager vectigalis*, venuta solamente in uso nell'età imperiale e difesa dal Pretore: la superficie è istituto imperiale e pretorio anch'esso: istituzioni pretorie, nè occorre dir altro, sono il pegno e la ipoteca. Raggiunti gli inizi del periodo classico, i diritti riconosciuti sulle cose altrui, i soli d'origine civile, sono in effetto riabbracciati per intero dalla categoria e dalla designazione generale delle servitù. Procedendo oltre, anche

questa nebulosa si può decomporre. Propriamente lo stabilirsi di quelle signorie generali rappresentate dalle così dette *servitutes personarum* si potrebbe seguire attraverso tutta l'epoca classica, e l'una di esse almeno, l'abitazione, deve il suo definitivo riconoscimento e il suo largo ambito allo stesso Giustiniano, prescindendo ora dalla questione circa le servitù irregolari, provocata pure dal liberale regime giustiniano: l'usufrutto stesso, che esiste al tempo di Cicerone, è una creazione nuova, quasi a forza ricompresa nel catalogo delle servitù. Non restano che le servitù tra fondi, i *iura praediorum*; ma le urbane sono d'origine più recente e storica, e le stesse servitù rustiche hanno uno svolgimento che si può seguire dall'età di Cicerone al tramonto della giurisprudenza classica. Giungiamo alle XII Tavole con le sole servitù rustiche e in due soli tipi, le tre forme del passaggio (*iter, actus, via*) e l'acquedotto (*iter aquae* o *aquaeductus*), anzi probabilmente la *via* è creazione decemvirale o di poco anteriore.

Che se passiamo a considerare i modi di costituzione, ecco che legge, presunzione di volontà o destinazione del padre di famiglia, mera convenzione, par tutto un ritrovato della nuova epoca o svolgimento pretorio e provinciale: il diritto romano genuino, il *ius civile*, non conosce se non forme e solennità, che attestino la sicura intenzione del proprietario di assoggettare il suo fondo a un simile onere, di renderlo servo.

\*  
\* \*  
\*

Noi raggiungiamo indirettamente per questa via lo stesso risultato cui si pervenne mediante l'analisi della proprietà: quel carattere d'indipendenza assoluta, di esclusione da ogni influenza straniera, insito nella proprietà

romana e oscurato dai secoli e da nuovi fattori, lo spirito ellenico nell'ultima fase del mondo antico, lo spirito germanico nel medio evo. E, tenendoci ora nel terreno dei diritti sulle cose altrui, si può arrischiare un'ultima domanda: v'ebbe un tempo in cui i due tipi riferiti di servitù rustiche erano ignoti al diritto quiritario?

La decisa *tendenza dell'evoluzione* pare bene ci autorizzi a rispondere di sì: e, indipendentemente dal primitivo carattere del dominio romano, la struttura antica del fondo romano, della casa e del campo, conferma tale conclusione.

\*  
\* \* \*

2. Il podere tipico romano, l'*ager limitatus*, ha provveduto l'accesso dai sentieri sottratti al dominio privato, che segnano i suoi sacri confini: l'*iter limitare*, il più angusto intorno a ciascun fondo, e di quando in quando i maggiori *decumani* o *cardines* da est a ovest o da nord a sud fino al *decumanus maximus* e al *cardo maximus*, che dividono in croce l'*ager romanus*, il territorio della colonia, l'accampamento militare. Ai bisogni dell'acqua per la coltura provvede la pioggia o l'acqua che scaturisce nei fondi o li attraversa naturalmente; e le fosse, di nuovo al confine, provvedono allo scolo. La preoccupazione dei Romani, singolarmente opposta alla cura dei provinciali e rivelata pure dal nome e dal regime genuino dell'*actio aquae pluviae arcendae*, era di evitare la nociva immissione dell'acqua dai fondi superiori ai fondi inferiori, di tutelare sotto questo aspetto la libertà dei fondi, non già di fare che l'acqua restasse o entrasse nei fondi.

\* \* \*

Ma anche la casa romana, la *domus*, offre con la casa moderna singolari antitesi. Questa casa non ha la facciata, non ha la scala: la vita si svolge intorno all'atrio ampliato dal tablino (e nell'età più tarda, ma sempre sul disegno antico, dal peristilio); aria, luce alle stanze che prospettano l'atrio o il peristilio viene dall'interno o dall'alto; la sede della famiglia è il pian terreno, e qualora da un lato o dall'altro si elevi un falso piano superiore, cui si accede per scale di servizio, ivi dimorano gli schiavi. Tale è il disegno delle abitazioni pompeiane, della casa di Livia, dell'atrio di Vesta, del palazzo di Domiziano a Roma: nelle magioni stesse dell'età imperiale, si vede, lo splendore è interno, e la nostra facciata classica trasse più dal tempio i suoi motivi che non dal palazzo antico. Questa specie di recinto inviolabile (la pace della casa, « *tutissimum cuique refugium* », dice Gaio, è un antichissimo concetto in molte guise riconosciuto per tutto il corso del diritto romano), tutto incentrato verso l'interno e chiuso alla vita esteriore, è pure libero al confine, e intorno intorno vi gira l'*ambitus*, di cinque piedi almeno, come l'*iter limitare*, e, come questo, sacro, sottratto al dominio privato e all'usucapione. Con singolare cura è altresì provveduto (e le abitazioni pompeiane l'attestano ancora) all'indipendenza delle singole case circa lo scolo delle acque o in giro alla casa, cioè nell'*ambitus*, o nell'*impluvium* in mezzo all'atrio, dato il tetto toscano, spiovente all'interno e convergente verso un'apertura quadrata nel mezzo.

Adunque, si lasci pure da parte lo spirito originario della società e della proprietà romana, questa struttura

della casa e del campo esclude i rapporti di vicinanza, elimina le servitù. Quanto alla casa non v'ha dubbio anzi circa l'origine in tempi storici delle servitù urbane: il che non è insignificante per corroborare la naturale illazione dell'assenza in tempo anteriore anche di servitù rustiche, quale s'induce dall'eguale indipendenza e dalla struttura parallela del campo.

\*  
\* \*  
\*

3. Questo stato di cose si altera prima per la terra, poi per l'abitazione. Il problema dell'origine delle servitù, si richiama naturalmente alle servitù rustiche e più precisamente alla prima, l'*iter* o servitù di passaggio, di cui l'acquedotto (*iter aquae*) non è che un'applicazione all'acqua: o sia nato in occasione della vetusta divisione dell'agro agnaticio o gentilizio o v'abbia influito una condizione di cose esistenti nelle terre pubbliche possedute dai privati (*agri arcifinii, occupatorii*), in cui l'*iter limitare* scompariva, o altra circostanza che l'abbia suggerito, certo il desiderio di procurarsi una *melior condicio*, un più acconcio e breve passaggio traverso i sentieri interni, di cui fruiva lo stesso proprietario, più rispondenti alla naturale condizione del suolo e accomodati all'uso dal tempo, indusse nella vita cittadina, ora che il fondo serve a scopi esclusivamente economici, lo stabilirsi di questi limitati diritti sulla cosa. E probabilmente sin dall'origine la servitù fu nell'essenza sua un *ius in re (aliena)*, per quanto la concezione materialistica del popolo primitivo si rappresentasse anche il nuovo tipo di diritto come una *res*, riponendolo nel novero delle cose più preziose, le *res mancipi*: non è a credere che il proprietario cedesse la proprietà della striscia di terreno, della quale, del resto, anch'egli non avrà fruito il più delle volte se non a uso

di transito. Ma non è a credere nemmeno, data la natura e l'ambito che aveva allora l'obbligazione, che il primo pensiero e il primo passo sia stato di costruire all'uopo un rapporto obbligatorio, pel quale il proprietario si vincolasse a tollerare l'uso in persona sua e de'suoi eredi: sin dall'origine a tal uso venne assoggettato il fondo stesso, fu cotesta specie di territorio che venne menomato nella sua libertà e reso oggetto di una *servitus*.

Il sorgere di servitù urbane viene messo in rapporto con l'irregolare riedificazione di Roma dopo l'incendio gallico (390 a. C.), e si richiama anche all'uopo la legge *Leilia* anteriore, che avrebbe diviso tra i plebei le terre dell'Aventino a uso di abitazione: certo è che l'addensarsi della popolazione nella città indusse la negligenza delle distanze legali e la decadenza dell'*ambitus*, le case si addossarono a muro comune (*paries communis*) e nei quartieri popolari la *domus* cede il posto all'*insula*, agglomerato di case e di piani. Il disegno dell'*insula* ci è ignoto: abbiamo notizia di finestre sulla strada pubblica e vi saranno stati tra i varî piani delle irregolari e modeste scale sul tipo della scala di servizio, ma non dobbiamo correre con la fantasia a una casa moderna con la facciata e la scala. Comunque, è principalmente su queste *insulae* che si dovettero svolgere dai necessari rapporti di vicinanza le servitù urbane. La categoria delle servitù e dei civili *iura in re* subì l'ultimo ampliamento con l'aggiungersi delle servitù personali.

\* \* \*

Ma con siffatto ampliamento la categoria delle servitù perdette ogni unità organica, e lo svolgimento storico rivela appunto il perchè della niuna consistenza del concetto generale di servitù, che deve ricomprendere in una

stessa denominazione e in una stessa definizione tanto le servitù prediali (*servitutes* o *iura praediorum*) costituite a vantaggio di un fondo, quanto le personali (*servitutes personarum*) a vantaggio d'una persona. Le dottrine più ragionate ritrovano la nota caratteristica e differenziale delle servitù di fronte agli altri *iura in re aliena* nella limitatezza, nella determinatezza del contenuto, nel non essere tali da prevalere sul dominio, da sopraffare il godimento del proprietario: ma ciò non è vero affatto per l'usufrutto e non è molto esatto nemmeno per le altre servitù personali. Si ripetono regole classiche, ma non sono esclusive delle servitù o sono, più che insignificanti, fallaci. *Nulli res sua servit* (*Nullum praedium ipsum sibi servire potest*); si può dire della proprietà rispetto a qualunque altro diritto reale. *Servitus in faciendo consistere nequit*; è un carattere della realtà (a parte la questione suscitata dall'obbligo congiunto alla *servitus oneris ferendi* e altre figure analoghe nel diritto odierno) di rappresentare una signoria immediata sulla cosa, non già un'obbligo gravante sul proprietario. *Servitus servitutis esse non potest* ovvero, correggendo un testo con l'altro, *Fructus servitutis etc.*: regola strana, ovvero, seguendo l'altra più attendibile versione, regola angusta e positiva nè interamente vera per diritto giustiniano. Nemmeno l'*inalienabilità* si può rilevare come elemento comune, perchè l'usufrutto è in sostanza alienabile (a parte, anche qui, la questione se il cessionario abbia o non abbia conseguito difesa reale dal Pretore), e le servitù rustiche sono ipotecabili.

\*  
\* \*

Del resto la natura diversa delle due specie, le servitù prediali e le servitù personali, ha radice nella loro fun-

zione essenzialmente diversa: le prime intendono dar ordine conforme alla volontà dei proprietari ai rapporti di vicinanza tra i fondi, le seconde hanno invece per iscopo di conferire il godimento stesso della cosa e in genere assicurare per mezzo della cosa una sussistenza vitalizia a persone determinate, senza trasmettere il dominio. La categoria generale non ha che valore storico: essa ci sta a rappresentare i più antichi *iura in re*, i soli che appartengano al sistema romano genuino e siano stati nettamente configurati come tali dalla giurisprudenza romana.

\*  
\*\*

4. Le servitù prediali, alle quali compete per antonomasia il titolo di *servitutes*, si considerano quasi come una pertinenza del fondo a cui vantaggio sono costituite, e questo dicesi fondo *dominante*. Esse devono recare utilità al *fondo*, non alla *persona* indipendentemente dal fondo; perciò i due fondi debbono essere, se non contigui, almeno vicini e la servitù è *inalienabile* separatamente dal fondo dominante; ma è dubbio se le servitù debbano anche avere un altro requisito e limite, la *perpetua causa*, vale a dire, secondo l'interpretazione più ragionevole, debbano esser destinate e atte a soddisfare un bisogno permanente, non accidentale o transitorio del fondo dominante: tale *perpetua causa* pare che debba esser riferita piuttosto alle acque, che nelle servitù relative debbono esser vive e perenni (*aqua viva, perennis* o *quae perpetuam causam habet*). Le servitù prediali sono anche indivisibili, vale a dire, non si possono nei rapporti tra comproprietari imporre o acquistare *pro parte*, benchè si possano *pro parte* ritenere.

\*  
\* \*  
\*

Fondamentale era nel diritto antegustiniano la distinzione delle servitù rustiche e urbane, le prime novorate tra le *res mancipi*, le seconde tra le *res nec mancipi*: ma essa importa anche nel diritto giustiniano per decidere della perdita per non uso, che nelle servitù urbane non ha luogo se non accompagnata dall'*usucapio libertatis*, e del pegno di servitù, che vale per le servitù rustiche, forse per interpolazione degli stessi compilatori. Distinguendo le epoche e tenendo presente la natura tipica delle servitù, si può forse raggiungere una giusta soluzione sull'antica controversia circa il criterio discretivo e conciliare le più ragionevoli opinioni. Il novero delle servitù è fisso, e di regola nello stesso diritto giustiniano le une sono rustiche, le altre urbane: e le rustiche sono appunto servitù di campagna, gravanti su di un podere a favore di un altro podere, le urbane servitù di città, gravanti su di un edificio a favore di un altro edificio: le rustiche sono essenzialmente positive, consistono in un atto che si esercita sul fondo del vicino, sono *in faciendo* (da parte del proprietario del fondo dominante), le urbane sono negative, consistono *in habendo vel prohibendo* sul fondo del vicino. Senonchè, per effetto di sviluppo storico e forsanco di preta innovazione giustiniana, una servitù come quella di acquedotto, essenzialmente rustica, si può stabilire in città, a carico o a favore di edifici, e servitù essenzialmente urbane, come quelle di cloaca o di luce, in campagna, a carico o a favore di un fondo rustico. Così fatte eccezioni, secondo il solito stile giustiniano, valgono in sostanza un principio nuovo: è ormai solo il fondo dominante o servente che decide, per quanto

in pratica il più delle volte basti pur sempre il nome a dire il carattere delle servitù.

Le servitù rustiche sono principalmente relative al transito e alle acque (*iura itinerum e aquarum*). Oltre le primitive, *iter, actus, via* e *aquaeductus*, si riconosceva già all'epoca di Cicerone l'*aquae haustus*, e vi si aggiunsero in seguito anche le servitù di abbeverare o pascolare il bestiame nel fondo altrui (sempre, s'intende, il bestiame del proprio fondo), di far calce, cavare argilla o pozzolana, ecc. Le servitù urbane alla loro volta si possono opportunamente raggruppare nelle seguenti categorie, che ne rappresentano anche l'ordine cronologico di svolgimento: *iura stillicidiorum* o servitù di scolo (*cloacae, stillicidii, fluminis*), *iura parietum (oneris ferendi, tigni immittendi, protegendi, proiciendi)*, *iura luminum (altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiat, luminis immittendi)*.

\* \* \*

5. *Uti frui, ususfructus* è uno dei termini genericamente usati dai Romani per significare, dal lato del godimento, cioè dal lato economico, la signoria di fatto sui beni: laonde esso esprime rispetto alle cose il contenuto stesso della proprietà, le facoltà che il proprietario esercita e il vantaggio complessivo ch'egli ricava dalle cose e designa adeguatamente tutte quelle signorie sulle cose, generali quanto il dominio, cui dai Romani, sovente per ragioni quasi formali, si rifiuta il titolo giuridico del dominio: il possesso dei fondi pubblici, dell'*ager vectigalis*, dei fondi provinciali. Lo stesso giuoco di frasi, che da noi si combina con le voci godere, profittare o simili, si riscontra fatto dai Romani col termine *uti frui* o semplicemente *frui*: Tu dici, scrive Cicerone celiando a un amico, che

appartieni ad Attico in dominio, a me in usufrutto: or bene, io ne sono contento, poichè proprio di ciascuno è quello di cui ciascuno *fruitur atque utitur*.

Ma già da tempo, probabilmente sin da quando il decadere della *manus* lasciò allo scoperto la posizione delle vedove, era tornato in uso presso i Romani di legare il godimento dei propri beni vita natural durante a una determinata persona, sottraendone per quella temporanea durata il godimento all'erede, che succedeva nel dominio. Codesti lasciti vennero dalla giurisprudenza assicurati riconoscendo, forse a causa dell'imperfetto sviluppo della obbligazione, nel godimento vitalizio un *ius in re* (ammesso quindi il diritto di ripetere da chiunque la cosa, oggetto del godimento, mediante un'azione reale) e riservando in senso tecnico la designazione di *usus fructus* a questo nuovo *ius in re*, prototipo delle *servitutes personarum*.

Data la necessità di conservare la cosa e le sue accessioni per il proprietario, l'usufrutto non si può concepire se non su cose il cui uso normale non consiste appunto nel consumarle, nel distruggerne la sostanza, su cose insomma, come si diceva, inconsumabili, o, come si vuol dire ora, a utilità ripetuta: è questo il pensiero della celebre definizione di Paolo (*Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia*), intesa in un modo abbastanza ingenuo da Giustiniano. Per quest'obbligo di conservare la cosa, l'usufrutto è anche inalienabile (nel diritto classico la *in iure cessio* fattane operava consolidazione col dominio): ma l'usufruttuario ne cede liberamente altrui l'esercizio a titolo oneroso o gratuito. Ma pur conservando la cosa intatta nella sua essenza, l'usufruttuario n'ha intero l'uso e il reddito. Il concetto del reddito si determinò anzi dai Romani in relazione all'usufrutto: reddito na-

turale o frutto è adunque ogni prodotto, organico o inorganico, delle cose giusta la destinazione economica: quindi non solo i prodotti delle piante, ma i parti degli animali, la lana, il latte e finalmente i prodotti delle miniere. Antichi giureconsulti repubblicani (Mucio Scevola, Marco Manilio) vi ricomprendevano anche i parti della schiava, dottrina già combattuta da Marco Giunio Bruto e ripudiata dalla giurisprudenza classica pel ragionevole motivo della destinazione (*non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*), avvalorato dal rispetto della dignità umana. Secondo la teoria che ha trionfato nella legislazione di Giustiniano, l'usufruttuario non acquista i frutti se non con la percezione: sicchè non solo i frutti pendenti, ma anche quelli separati dalla cosa, ma non percepiti al momento in cui cessa l'usufrutto, non vengono ad appartenere a lui o al suo erede. Quanto ai così detti frutti civili, cioè le rendite in denaro che può fornire la cosa impiegata come capitale, l'acquisto dipende dai contratti relativi, principalmente dal contratto di locazione: quindi di regola secondo la durata dell'uso concesso altrui. Il tratto essenzialmente distintivo dell'usufrutto dalla proprietà è adunque la sua temporaneità, donde deriva l'obbligo di conservare la sostanza della cosa: ma giova anche notare cotesta forzata restrizione dell'acquisto dei frutti al momento della percezione.

L'usufrutto cessa al più tardi con la morte del titolare, e allora il proprietario potrà esperire con successo la *rei vindicatio* per riavere dall'usufruttuario la cosa sua. Senonchè il Pretore, a garentire più direttamente e sicuramente la restituzione e altresì la conservazione (per la quale il proprietario non aveva che l'azione di danno e di furto), impose all'usufruttuario l'obbligo di dar cauzione, ossia di promettere con malleveria, ch'egli avrebbe

usato della cosa da buon padre di famiglia e l'avrebbe a tempo debito resa. Tale convenzione lo rende responsabile fino alla colpa lieve per eventuali deterioramenti e abusi, e del pari fa responsabili i suoi eredi. Il proprietario ha diritto di non consegnare la cosa o di ripeterla con la *rei vindicatio*, se l'usufruttuario non adempie tale cauzione: nel diritto giustiniano si può anche agire direttamente per la cauzione (*condictio cautionis*). Lo svolgimento ulteriore del diritto intermedio ha reso tale obbligo inerente all'usufrutto, cioè legale.

L'obbligo di usare della cosa da buon padre di famiglia secondo la sua destinazione (quindi coltivare il fondo, sostener le spese, pagare le imposte, ecc.) ha dato luogo a speciale interpretazione nell'usufrutto del gregge, per la quale il gregge o armento viene a rappresentare in relazione all'usufrutto, come in altri rapporti, quasi un oggetto unico costituito dall'*universitas rerum*: nella stessa guisa che l'usufruttuario deve sostituire gli alberi che muoiono nei terreni a coltura, così deve sostituire co'nuovi nati i capi morti o deperiti del gregge: è l'obbligo della *summissio*. Ora Giuliano per il primo, a quel che sembra (contro v'ha un testo non bello di Pomponio), in ragione di quest'obbligo ha deciso che l'usufruttuario non acquisti la proprietà dei feti, sinchè non ne abbia presi da colmare i vuoti.

\*  
\* \*

6. L'idea puramente materialistica ed economica, non giuridica, espressa nell'*uti frui*, è manifesto che può significare così l'utile che si ritrae dal dominio, come l'utile che si ritrae da qualunque altro diritto: *uti frui* concepito in questo senso pratico, generico, non ha per suo parallelo e antitesi la proprietà nel senso tecnico, giuridico, bensì

un qualunque diritto patrimoniale, o, se si vuole, la proprietà in quel senso vago, volgare, che intende l'appartenenza giuridica e patrimoniale in generale: concetto che alcuno vorrebbe insinuare nella scienza, mentre non corrisponde nè a un istituto nè a un complesso organico di istituti. Ma se nel linguaggio sociale è tanto vivo quell'uso generico della voce dominio o proprietà, e difficilmente si può schivare nello stesso linguaggio del diritto (si condanni pure l'espressione « proprietà del credito »: come si fa a schivare le frasi « proprietà del peculio, proprietà del patrimonio » e simili?), tanto più doveva essere l'uso di un termine non astratto, non giuridico, il cui valore economico a persone che parlavano latino non poteva sfuggire, e di cui recente era l'assunzione a esprimere un determinato istituto giuridico. Si può richiamare a questo proposito che il Pretore diede sanzione anche all'usufrutto costituito sui fondi stipendiari e tributari, sul fondo vettigale, sulla superficie. Senonchè (ciò si vuol notare di preferenza) sembra che sin dall'origine, certo al tempo di Cicerone, i lasciti « in godimento » vitalizio fossero fatti senza riguardo alle cose inconsumabili o consumabili e alla natura varia dei diritti patrimoniali: per esempio, legando il proprio patrimonio o una quota di esso in usufrutto. La giurisprudenza, che aveva salvato simili disposizioni quanto alle cose inconsumabili con la costruzione del diritto reale di usufrutto, trattandosi di cose consumabili l'ebbe a immolare sulle prime senza remissione: *usus enim, non abusus* (il consumo) *legatus est*; ma sotto Augusto o Tiberio intervenne un senatoconsulto (se pure non è un mero effetto delle leggi caducarie circa le decime e il terzo del patrimonio in usufrutto), che sancì la validità di così fatti lasciti. S'interpretarono allora circa le cose consumabili come trasmis-

sioni di dominio, ma ingiungendo al titolare di promettere con malleveria la restituzione dell'equivalente nel termine stabilito, vale a dire, estendendo a questo rapporto l'obbligo della *cautio* usufruttuaria: si vede appunto che l'imperfetto svolgimento del concetto di obbligazione, che aveva contribuito a stabilire l'usufrutto come diritto reale, era stato il motivo della resistenza dei giureconsulti alla validità di simili lasciti contro lo scopo evidente cui miravano le persone. Tale rapporto non è certo usufrutto nel senso tecnico e giuridico: neanche il senato (dice il giureconsulto) ha potuto mutare la natura delle cose; ma per l'analogia pratica e finale con l'usufrutto, che aveva anche indotto l'estensione della *cautio* usufruttuaria e cedendo anche in parte al linguaggio comune, ebbe nome di *quasi ususfructus*. Nella stessa guisa si diede sanzione all'usufrutto di credito, dapprima a favore del debitore stesso, cui certo giova come dilazione della scadenza e remissione degl'interessi, e dipoi, dopo una certa controversia, anche a terzi. L'usufrutto di vesti si interpretava ora come vero usufrutto, ora (e pare la soluzione preferita nel dubbio) come quasi-usufrutto. Il lascito di servitù in usufrutto, anch'esso nullo come tale (*Fructus servitutis esse non potest*), venne reso utile, o riconoscendo finalmente un diritto di obbligazione all'uopo o costituendo una servitù revocabile: è lecito supporre che la seconda o anche l'una e l'altra decisione appartengano allo stesso Giustiniano.

\*  
\* \*

7. Anche gli altri tre tipi di servitù personali, uso, abitazione, opere degli schiavi e degli animali, debbono la loro origine a lasciti di ultima volontà e la loro forma giuridica, crediamo, all'imperfetto sviluppo del concetto di

obbligazione. L'*uso* è anch'esso un diritto generale di godimento (falsa è la concettuale scissione dell'*usus* e del *fructus*) limitato ai bisogni propri: quindi anche nell'esercizio inalienabile. Ma veramente caratteristica è la costruzione dell'*habitatio* e delle *operae*; mentre si tiene al *ius in re*, si vuol interpretare i due rapporti come un fatto mero, per cui nè la *capitis deminutio* nè il *non usus* estinguono queste singolarissime servitù, e la servitù personale di opere si trasmette agli eredi; dell'una e dell'altra è ammessa la locazione. A tutte le servitù personali, che in sostanza non sono che modificazioni dell'usufrutto, si estese la cauzione.

Il catalogo delle servitù personali non crebbe oltre le quattro indicate: le così dette *servitù irregolari* non hanno base nel diritto romano. D'altra parte nelle quattro indicate possono ridursi molti usi personali, e l'ampliamento dell'obbligazione, l'ammissione della revoca, ossia della costituzione a tempo di servitù prediali, hanno permesso di dar soddisfazione a infiniti interessi di tal genere.

\*  
\* \*

8. La crescente evoluzione delle servitù ai danni del dominio si riflette, come si è accennato, anche nei modi di costituzione. Nel diritto romano genuino, quale per questo riguardo si è serbato per tutto il periodo classico, l'assoggettamento del fondo alla servitù dipende dalla volontà del proprietario e segue in modo solenne: la *mancipatio* o la *in iure cessio* per le servitù rustiche *res Mancipi*, la *in iure cessio*, il *legato* (ammesse progressivamente tutte le forme) per tutte: inoltre la *deduzione* a favore del proprietario o dell'erede nel trasmettere per *mancipatio* o *in iure cessio* o *legato per vindicationem* la

proprietà stessa. Era ammessa naturalmente l'*aggiudicazione* nei giudizi divisorii. Vicende oscure già nell'antico diritto ha subite l'*usucapione* delle servitù: riconosciuta in origine, una *lex Scribonia*, di data assolutamente incerta, l'abolì, e si disputa se per tutte o per le sole urbane o per le sole rustiche: è possibile che circa le servitù urbane e le personali l'*usucapione* non fosse mai stata ammessa, ma solo per le rustiche, anteriori e *mancipi*, laonde la legge doveva abolirla solo per queste, ormai concepite anch'esse nettamente come *res incorporales*, incapaci di tradizione, di possesso e di *usucapione*. Nell'età imperiale sopravviene il Pretore a difendere mediante azioni utili o interdette chi aveva usato abbastanza lungamente (*diuturnus usus, longa quasi possessio, etc.*) delle servitù *nec vi nec clam nec precario*.

Senonchè già nei fondi provinciali i modi civili non erano applicabili: vi si provvede, dice Gaio, mediante *pactiones et stipulationes*. Si disputa se simili convenzioni avessero effetto reale, s'intende sempre con difesa pretoria, o meramente obbligatorio. Ciò che più ripugna all'effetto reale non è la *pactio*, la convenzione in sè, sulla quale per vero si combatte la battaglia, ma precisamente la *stipulatio*, che è forma tipica per le obbligazioni; ma non si vuol dissimulare che i testi sembrano piuttosto favorevoli all'effetto reale.

Nell'epoca ultima e nelle province orientali i modi civili sono caduti in desuetudine, e d'altra parte il fondo provinciale dà il tono. Nel diritto giustiniano pertanto il modo di costituzione delle servitù tra vivi è appunto la *pactio et stipulatio*, con che ora veramente non s'intende se non un patto con carattere di stipulazione (per l'epoca anteriore si può dubitare che la stipulazione fosse una clausola penale aggiunta al patto, con cui ci si ob-

bligava a tollerare l'esercizio delle servitù), e talora anzi non si nomina se non la *stipulatio*. Il nome della stipulazione è per vero quello di una veneranda forma orale dell'antico popolo: ma, corrosa dalle tendenze elleniche, l'essenza formale dell'atto nella materia stessa dell'obbligazione, cui si riferiva, è quasi interamente riposta nella subbiettiva intenzione di stipulare: nella materia delle servitù essa non può assolutamente significare altro se non l'intenzione di costituire la servitù, il mero accordo delle parti.

D'altra parte Giustiniano ha reso per altra via manifesto il suo intento di non esigere forme. Mosso dal parallelismo costante della tradizione, modo non formale e della *mancipatio* o *in iure cessio* nella proprietà, egli ha inteso sostituire anche nelle servitù alla *mancipatio* o *in iure cessio* la tradizione, che i giureconsulti classici avevano reputata inapplicabile per essere la servitù *res incorporalis*, circa le quali non è concepibile consegna e possesso. La tradizione delle servitù è intesa dall'imperatore come l'immettere di fatto nell'esercizio delle servitù, il tollerare l'uso (*patis, patientia*), ma non è sempre questo pensiero attuabile.

In coerenza con simile concetto, Giustiniano ha resuscitato l'usucapione o prescrizione acquisitiva delle servitù in generale, sottoponendola, per quanto le vestigia dell'indeterminato *diuturnus usus* facciano una certa confusione, alle stesse condizioni giustificative della *longi temporis praescriptio* delle cose e precisamente, quanto al termine, alle cose immobili.

Naturalmente è riconosciuto il legato e trasferita la *deductio* dalle forme civili alla tradizione. Ma le nuove tendenze, la china per cui si scende appar chiara soprattutto nel modo libero con cui Giustiniano si emancipa

dai requisiti legali e dall'espressa dichiarazione di volontà: è ammesso di costituire la servitù di acquedotto anche lungi dalla sorgente, non *ex capite*, bensì in qualunque punto, è ammessa la cessione del diritto di attingere nell'acquedotto che passa pel proprio fondo, contro le regole della *perpetua causa* per le acque, contro la regola *Fructus servitutis, etc.* e l'altra *Nulli res sua, etc.*, è ammessa nell'atto di alienare due fondi a diverse persone la costituzione della servitù sull'uno a favore dell'altro, nonostante la stessa regola *Nulli res sua, etc.* e nonostante che non si abbia la rappresentanza del terzo; è riconosciuta nella trasmissione, massime per atti di ultima volontà, di un fondo, cui si debba o sia comodo accedere traverso un altro, la volontà presunta sulla base dello stato precedente di servizio, ossia per la prima volta è sancita la costituzione delle servitù per *destinazione del padre di famiglia*, veramente divinata e costruita da Bartolo, benchè frammentariamente insinuata dai compilatori, come rivela ora lo studio delle interpolazioni. La servitù dà qui la mano alla limitazione legale e in alcuni casi per vero la mera ragione di necessità, con cui viene giustificata, e il linguaggio del testo interpolato devono fare che non si esiti a riconoscere piuttosto un passo necessario che la servitù di passo. Finalmente la nuova epoca ha introdotto più casi di usufrutto legale.

Una certa peculiare unità di regole si rivela forse ancor più circa le cause di estinzione delle servitù. Oltre la *perdita* della cosa soggetta, la *confusione* (nell'usufrutto *consolidazione*), la *rinuncia*, che nel diritto classico esigea le solite forme, cessa naturalmente la servitù prediale per la *distruzione* del fondo dominante, l'usufrutto e l'uso per *morte* o *capitis deminutio* del titolare, l'abitazione e le opere soltanto per *morte*. Senonchè abolita dalla *Lex*

*Scribonia* l'usucapione delle servitù, sopravvisse peraltro il *non uso*, causa di estinzione, che nel diritto giustiniano si compie, al solito, nel termine della prescrizione immobiliare: e per le servitù urbane, aventi in generale carattere negativo, occorre l'*usucapio libertatis* da parte del proprietario del fondo servente. Finalmente le servitù sono ancora unificate dalla comune *actio confessoria* o *vindicatio servitutis*; ma l'usufruttuario ha inoltre in via diretta o utile quasi tutte le azioni accessorie della proprietà.

\*  
\* \* \*

9. Se la teoria classica ha costruito l'usufrutto come servitù, essa non ha ricompreso nel catalogo, nè configurato come *iura in re* o nettamente configurato come tali tanto il pegno e l'ipoteca, la cui dottrina appartiene piuttosto alla materia delle obbligazioni, quanto le molteplici signorie generali sui fondi, cui d'altra parte si rifiutava recisamente il titolo di dominio, designandole come *possessio* o *ususfructus*: la *possessio* degli *agri occupatorii*, dei *fundi stipendiarii* o *tributarii*, la *superficiis*, l'*ager vectigalis* e, aggiungiamo pure, l'*in bonis habere* e la *possessio bonae fidei*. Tali istituti sono fuori propriamente dell'ambito del *ius civile* e la loro protezione è assicurata dall'impero del magistrato mediante azioni utili o interdetti. Le leggi agrarie e il tempo hanno mutato in dominio la *possessio* dell'*ager publicus*: le condizioni dell'epoca romano-ellenica hanno fatto lo stesso per i fondi provinciali e l'*in bonis habere*. Sopravvivono la *possessio bonae fidei*, la superficie e l'enfiteusi, istituzione dell'ultima epoca, con la quale si fonde nel diritto giustiniano la parallela locazione degli *agri vectigales*. Il possessore di buona fede ha a sua difesa l'azione publiciana, la stessa che difen-

deva anche l'*in bonis* derivante dalla *traditio ex iusta causa*, salvochè il possessore di buona fede è respinto effettivamente dal vero proprietario con l'*exceptio iusti domini*, se non v'ha motivo per cui questa debba esser rifiutata, previa cognizione, al convenuto o eliminata dalla replica di dolo. Non si può dubitare pertanto che la *possessio bonae fidei* non costituisca un diritto sulla cosa.

La superficie nacque dalla necessità di rimediare alle conseguenze antieconomiche dell'accessione, per cui la proprietà dell'edifizio *naturali ratione* non si può scindere dalla proprietà del suolo. Lo Stato dapprima e le città presero a concedere di fabbricare e godere a tempo o in perpetuo dell'edifizio o della bottega mediante un corrispettivo annuo, che dicevasi appunto *solarium* o *pensio*. L'uso entrò pure nelle consuetudini generali (si pensi che il suolo di Roma si ridusse ben presto a esser proprietà di corporazioni e di pochi privati) e alla superficie venne allora accordata dal Pretore una difesa diretta mediante interdetto per le violazioni qualificate (*vi, clam, precario*) del possesso e l'azione reale *in factum* foggiate sulla *rei vindicatio*, quando fosse costituita in perpetuo. In simil guisa la superficie divenne quel ch'è nella legislazione giustiniana un diritto reale amplissimo, alienabile, ipotecabile, trasmissibile agli eredi; soltanto costituita per mero consenso, dacchè l'atto costitutivo è in sostanza una locazione.

L'*ager vectigalis* era locazione perpetua dei terreni delle città e delle corporazioni: pare anche di alcune terre dello Stato per cent'anni, contro il termine consueto del lustro. L'*actio in rem vectigalis* ha fatto di questa locazione di terre, che hanno il nome dal corrispettivo (*vectigal*), un diritto reale. Ora, l'enfiteusi non è in sostanza che una locazione siffatta, a lungo termine o in perpetuo, applicata

sin dal tempo dei Severi alle terre fiscali dell'Oriente, dopo anche alle terre dei municipi, dei collegi, dei privati. Il nome (*ἐμφυτεύσις*) è indice così dell'origine tarda come anche del bisogno, cui doveva corrispondere l'istituto. Erano terre incolte che si concedevano in pieno godimento per dissodarle e migliorarle, col solo obbligo di pagare al concedente l'annuo corrispettivo del *canon*. Una controversia si agitava sin dal tempo dei giureconsulti classici circa la natura della *locatio* degli *agri vectigales*, se fosse vera e propria locazione o piuttosto una vendita: l'imperatore Zenone la troncò per l'enfiteusi, dichiarando il negozio un contratto *sui generis*, non vendita nè locazione, e spianando così la via a considerare nettamente l'enfiteusi come un *ius in re*.

Giustiniano diede l'ultima mano, operando la fusione dell'enfiteusi greca e dell'*ager vectigalis* romano, aggiungendo le prescrizioni della notifica al proprietario nell'alienazione del fondo enfiteutico, del diritto di prelazione da esercitare entro due mesi dalla notifica, del *laudemio*, e alla decadenza dal diritto per deterioramento del fondo soggiungendo le altre per inadempimento degli obblighi suaccennati, come per non pagamento del canone durante tre anni. Del resto l'enfiteuta ha il pieno godimento del fondo, e acquista i frutti, come il proprietario, al momento della separazione. Oltre l'*actio in rem vectigalis* e l'*utilis vindicatio*, egli, come il superficiario, ha l'*actio confessoria* e *negatoria utilis* e, in via diretta o utile, tutte le azioni accessorie del dominio. È insomma una signoria piena sulle cose, alienabile, trasmissibile agli eredi, che solo gli obblighi inerenti (non deteriorare il fondo, pagare l'annuo canone, ecc.) separano dal dominio e collocano tra i *iura in re aliena*.

\*  
\*  
\*

10. Così le une riassunte nel concetto del dominio, le altre configurate come diritti reali e in conseguenza rese indipendenti affatto dalla persona del proprietario, sia per l'esercizio, sia per la difesa, il destino di così fatte signorie generali rispecchia sempre la profonda alterazione successa nel sistema romano della proprietà. Il concetto della proprietà s'è ampliato, spogliandosi di elementi non economici, ma sovrani, non di godimento, ma d'impero, ereditati dall'epoca primitiva, e dall'altra parte gli ultimi *iura in re* hanno svelatamente quel carattere di generale godimento, che nelle servitù personali si era inteso dissimulare o attenuare. La dottrina medioevale, interpretando le fonti romane con la nuova coscienza, creò la teoria del dominio diretto e utile, e nella società feudale a base germanica l'istituto pseudo-romano dell'enfiteusi ritrova il suo vero ambiente, prestandosi a incarnare dei rapporti che arieggiano la figura più vetusta del precario: la legislazione moderna, per aver ridotto entro limiti economici il concetto dell'accessione, ha eliminato la superficie, per aver poi reso passibile di censi o rendite il fondo, come è passibile oggi di qualunque servitù, ha quasi eliminato nel sistema giuridico stesso l'enfiteusi quale diritto reale su cose altrui. La proprietà odierna è veramente, in atto o in potenza, la signoria più generale sulle cose, quella che riassume il maggior numero di facoltà di godimento legalmente possibili: a un diritto eminente, senza contenuto economico, non pare che possa ridursi.

Il chiuso e inviolabile recinto del fondo romano, conquista e sede territoriale, fu riconquistato dal lavoro, penetrato dallo spirito della sociabilità, spogliato de'suoi elementi politici. Il principio economico ha rigenerato la

proprietà, riducendola ai puri fini dell'utilizzazione e del godimento; il principio statutale e sociale l'hanno subordinata alla sovranità dello Stato e agl'interessi generali della collettività: e quando un concetto diverso nelle sue manifestazioni, ma politico anch'esso nella comunanza territoriale attribuita a un gruppo più vasto, alla tribù o al villaggio, e nella molteplice serie di relazioni e di vincoli non richiesti nè dall'economia nè dalla socievolezza, ma residui della proprietà sovrana del signore o della comunità, sarà portato dall'invasione germanica, anche allora la rigenerazione, che piega di nuovo la proprietà al tipo romano-giustiniano, verrà dall'intento, oramai cosciente e fin talvolta affannoso, di conciliare il fine economico e la missione sociale, abbandonando le ultime vestigia, sia romane sia germaniche, d'un'altra origine e d'un'altra funzione prevalente.

## CAPITOLO IX.

### Il possesso.

1. Dal rinnovamento degli studi nostri per merito della scuola storica, il possesso è il campo di battaglia della letteratura romanistica e il terreno di prova di metodi diversi. Su questo campo si contrappongono i due nobili campioni, nel cui nome e nella cui dottrina ora par quasi ridotta tutta la disputa: Savigny e Ihering. Il gran maestro aperse il movimento e iniziò la sua gloriosa esistenza scientifica con la fondamentale opera sul possesso, e il genialissimo talento, che gli successe nella celebrità e conquistò sopra tutti la fama di spirito pratico, sulla fede principalmente della sua autorevole e insistente dichiarazione di esser tale e dietro il fascino della sua dialettica arguta e del suo brillante sofisma, spese gran parte

della propria a demolire la teoria savigniana, perchè, a modo suo di vedere, era l'esempio culminante in cui veniva alla luce il fallimento e il danno della logica astratta.

I punti essenziali della dottrina concernono la nozione, ossia gli elementi del possesso, la ragione e l'origine della sua difesa. Nelle fonti romane il possesso, *possessio*, consta di due elementi: l'uno materiale, la *possessio corpore* o *corporalis* o *naturalis* o *detentio*, detta anche assai sgraziatamente dai commentatori *corpus*, che non significa presso i Romani se non la cosa stessa ovvero il corpo umano; l'altro spirituale, *animus possidendi* o *possidentis*, detto dai commentatori semplicemente *animus*. La *possessio corpore* è la disponibilità materiale della cosa, una tale relazione di fatto con la cosa che permette, volendo, di disporne come aggrada: *animus possidendi*, il punto in cui più ferve la disputa, significa per Savigny l'intenzione di trattare la cosa come propria, di comportarsi come farebbe il proprietario; a esprimere, non diremo più drasticamente, ma soltanto in un latino moderno il concetto, si ebbe l'altra infelice idea di creare sul modello della traduzione greca  $\psiυχ\eta\ \delta\epsilon\sigma\pi\acute{o}\zeta\omicron\nu\tau\omicron\varsigma$  l'espressione *animus dominantis* o *domini* e valersi di quest'ultima come formula tecnica. Per Savigny il possesso è un fatto generatore di diritti: la difesa interdittale, ond'è garentito, in caso di turbativa o di spoglio, contro gli autori (non già contro i terzi nè per qualunque eventuale perdita) ha suo fondamento nell'atto illecito compiuto dagli autori della violenza o dello spoglio, ha insomma una ragione penale. L'origine storica della protezione si deve forse ripetere dalla *possessio* dell'*ager publicus*.

V'ha tuttavia dei casi, in cui il possesso è riconosciuto e difeso, benchè manchi l'intenzione di tenere la cosa per sè. Certamente classici sono i seguenti: il possesso del cre-

ditore pignoratizio, del precarista, del sequestratario: la nuova epoca ha probabilmente aggiunto anche il possesso dell'enfiteuta. Per ispiegarsi questi casi, il Savigny ricorse all'altro infelice congegno del possesso derivato, per cui non si avrebbe se non una cessione di possesso da parte del vero possessore.

Appunto per ricomprendere i casi enunciati nel possesso vero, lo sforzo dei romanisti posteriori si è principalmente esercitato contro l'*animus domini*, cioè l'*animus possidendi*, quale era concepito e formulato dal Savigny: Ihering l'ha finalmente eliminato, cancellando la differenza concettuale, posta nel *volere*, tra possesso e detenzione. L'*animus*, di cui le fonti parlano, non è, come si insegna, un requisito speciale del possesso: è richiesto pel possesso come per la detenzione. Esso consiste nella cosciente volontà di essere in rapporto di dominazione, più o meno ampia, sulla cosa, e serve quindi a separare la detenzione e il possesso insieme dal rapporto di mera vicinanza, di mera insistenza o materiale apprensione senza coscienza e senza volontà di serbar la cosa: *sicuti si quis dormienti rem in manu ponat*. Ciò che separa invece la detenzione del possesso, ciò che fa meritare al possessore una speciale e indipendente protezione, non è un criterio subbiiettivo, bensì un criterio obbiiettivo; per motivi pratici il diritto stabilisce in quali casi un simile stato di cosciente dominazione sia escluso da tale difesa, costituisca non possesso, ma detenzione, in una parola determina le singole *causae detentionis*. I casi di possesso, nella teoria savigniana eccezionali, non sarebbero più tali per Ihering: al contrario sarebbe eccezione giustificata da motivi pratici il rifiuto degl'interdetti al colono e all'inquilino, al depositario e al commodatario, all'usufruttuario e all'usuario, benchè per questi ultimi è abbastanza mi-

sterioso il *motivo pratico* che vieta di accordare gl'interdetti in via diretta, giacchè in via utile sono loro concessi.

La volontà di possedere (*Besitzwille*) fu l'ultima opera di Ihering: egli aveva cominciato la sua carriera col battere un altro lato della teoria savigniana, la ragione della difesa, presentando una teorica meno fresca e sorprendente del *Besitzwille*, ma forse più solida: il possesso è difeso come l'*esteriorità* o la *posizione di fatto* del dominio. Era la vecchia teorica, rimessa a nuovo, della *presunzione della proprietà*, e venne riconosciuta. Del resto, con l'attuale sua teoria sul possesso questa vecchia può anche trovare un *modus vivendi*, ma non si può dire che rifletta uno spirito uguale di famiglia, un'ideale concordia. Per Ihering finalmente il possesso è un diritto. Il motivo, a suo dire, è che il diritto subbiettivo non è altro che un interesse garantito: poteva ugualmente, mi sembra, adottare la concezione dominante del diritto subbiettivo, una facoltà di agire garentita, e il ragionamento correva ugualmente, vale a dire era soggetto alla stessa obbiezione: è il possesso, pel diritto romano almeno, difeso come tale, difeso sempre e contro tutti, indipendentemente dall'atto che lo turba o lo tronca? In una parola, è la perdita per se stessa, che dà luogo all'azione, che dà facoltà di ripetere giudizialmente la cosa da chicchessia, in quanto ogni diritto rinnegato vuol esser reintegrato, ovvero è la violazione qualificata che genera il diritto di respingerla, e quindi entro quei limiti giova al possessore?

\*  
\* \*

Come suole un uragano violento, che passato lascia più limpida l'aria e il cielo più sgombro, gioverà, credo, l'opera del Ihering a veder più chiaro nei concetti savigniani, a penetrarli meglio con la storia, a liberarli da nebulose

preoccupazioni dommatiche: ma non per questo nella tempesta è la luce, nè Ihering ha ragione di Savigny. La violenza del Titano afferma la potenza reale di Giove: e la mostra di forza accusa Capaneo.

L'essenziale è sempre la nozione giuridica del possesso, ches' impernia sull'*animus possidendi* o sull'assenza di cause di detenzione. Se sia pratica davvero la teoria del Ihering, se sia rispondente alle fonti romane o costruita su torte e sottili interpretazioni, anche per cenni si potrà rilevare: ma intanto è dato mai sperar nulla da una visione generale, storica, che ricollegli l'origine di quest'istituto, così ricco e vivace nel sistema romano e reso forse oscuro dalla più tarda involuzione, al regime fondiario e all'ordinamento della proprietà romana?

\*  
\*\*

2. *Possidere e uti frui, possessio e ususfructus* disgiunti o uniti in formole legali e ufficiali, *possidere uti frui, habere possidere frui, possidere frui licere*, sono i termini usati nei monumenti e nei documenti non giustinianeî a denotare per due aspetti facili a intendere le svariatissime signorie generali sulla cosa, che non sono proprietà nel concetto romano, solo perchè i caratteri non economici e la tutela legittima del dominio romano vi fanno difetto. È *possessio* o *ususfructus* il godimento dell'*ager occupatorius* o *arcifinius* (non limitato), su cui lo Stato serba il dominio, vale a dire il diritto eminente: è similmente *possessio* il godimento uguale e pieno del fondo ceduto dal patrizio al proprio cliente, rapporto schiettamente feudale tra signore e vassallo; è *possessio* il godimento dei fondi tributari e stipendiari, su cui si paga imposta; è *possessio* il godimento, sia pure pieno e perpetuo, dell'*ager vectigalis* o della *superficies*: a prescin-

dere dalle forme temporanee di possesso per non essere stato l'oggetto trasferito nei modi civili. Come si vede, è la *possessio* un regime vasto e vario, che finisce con abbracciare il maggior numero delle terre, che ha tutto il contenuto economico della proprietà, e più del dominio *ex iure Quiritium* ci rappresenta la proprietà moderna, soggetta all'imposta, suscettibile di censi, rendite, canoni, divisibile sullo stesso suolo. Col dominio romano essa si pone in un'antitesi recisa, ma è antitesi di condizioni parallele, non divergenti. *Separata esse debet causa possessionis a proprietate*, appunto perchè non l'immagine esteriore soltanto, ma il contenuto, la funzione economica del dominio e del possesso collimano. Il possesso non è la detenzione, con una coscienza possessoria e un'utilizzazione economica più o meno ampia, bensì una signoria sulle cose generale, piena, rispondente alla proprietà in funzione. Quando il re cliente tributa l'omaggio del vassallo al signore, dichiarando che il suo regno egli l'ha in possesso e in usufrutto, ma il dominio e il diritto spettano al popolo romano; quando Cicerone cedia, osservando che più gli preme di avere l'amico in possesso e in usufrutto che non in proprietà, perchè è proprio quello che si gode, rivelano queste frasi la vivezza e la popolarità e a un tempo lo schietto parallelismo dell'antitesi.

Questo regime nei tempi storici ha pure a sua difesa per le ipotesi più frequenti e gravi delle vere azioni reali o rivendicazioni utili, di cui non sappiamo in genere che ben poco: una *rei vindicatio*, che viene detta *ex bono et aequo* per i fondi provinciali, in cui si suppone che le parole *ex iure Quiritium* fossero sostituite dalla clausola *ex aequo* o dalla designazione tecnica del rapporto, *possidere frui licere*; l'*actio in rem vectigalis*; una simile azione per la superficie; forse la *publiciana* per gli oggetti non

trasmessi nei modi civili. Senonchè le azioni non furono, in ogni caso per lo meno, contemporanee al sorgere del rapporto; di alcune, come la *publiciana*, si sa, se non la data, l'inventore, e tutte poi non poteron nascere se non con l'ampliarsi delle facoltà giurisdizionali e sostanzialmente legislative del Pretore in seguito alla legge Ebuza. E dall'altra parte sappiamo che dove non dà norma la legge, giunge nel diritto romano il magistrato; che il magistrato è il rappresentante della repubblica nel suo patrimonio, cui si richiamano la maggior parte delle terre sopra dette: che in effetto al mantenimento dell'ordine e del regolare godimento delle cose pubbliche egli provvede mediante interdetti, e in alcuni dei rapporti enunciati, come la superficie, sopravvive accanto all'azione anche lo speciale interdetto contro le lesioni qualificate: a tutte le quali considerazioni peraltro passa innanzi la pressione immensa di questo regime, che doveva necessariamente suggerire il pensiero di una difesa del possesso indipendente dalla proprietà, difesa che, come in genere l'intervento dello Stato nella giustizia, comincia con l'essere stabilita nell'interesse della pace, dell'ordine pubblico, ma, pure mantenendosi costantemente nel diritto romano entro limiti siffatti, finisce con adempiere, sotto la veste di tutela della personalità, una vera e propria funzione di tutela patrimoniale.

\*  
\* \*  
\*

3. Se tale è l'origine della tutela possessoria, la nozione classica del possesso dovette esistere, per così dire, embrionale sin dall'origine. Il Pretore non esige che la signoria abbia suo fondamento nella legge, non richiede la prova del diritto, ma esige una vera signoria di fatto sulla cosa: chi non esercita tale signoria, o perchè detiene

la cosa per conto d'altri, con cui si trova in rapporto obbligatorio, o perchè ha un diritto sulla cosa, sancito dalla legge, che non rappresenta il contenuto pieno del dominio e del possesso, non ha la difesa organizzata per la vera *possessio*. Certo il concetto di questa generale e indipendente signoria è nell'origine intuito, non decomposto nei suoi elementi; ma intuito nettamente. Il possesso di chi intende sfruttare pienamente la cosa e non render conto a nessuno, di chi non fa stima di aver termine o limiti nel godimento non si può confondere col possesso del comodatario, del conduttore e nemmeno con quello dell'usufruttuario.

La decomposizione della *possessio* nei suoi elementi fu fatta dalla giurisprudenza classica. Sottraendo alla proprietà la sua giustificazione legale, essa è ridotta in funzione alla disponibilità della cosa con l'intenzione di disporne nella misura più lata che il diritto possa concedere, cioè come il proprietario suol fare: la *possessio corpore* o *detentio* e l'*animus possidendi*. Come *possessio* rappresenta per i Romani il contenuto di fatto della proprietà, così *animus possidendi* non può rappresentare se non l'intenzione di fatto del proprietario, e i Romani adoperano effettivamente le espressioni *animus* o *affectus possidendi*, *velle possidere*, *nolle possidere* anche in relazione all'acquisto del dominio (occupazione, invenzione, acquisto del tesoro, tradizione), o alla sua perdita, perchè è realmente, come fu di recente rilevato circa la teoria generale dei negozi giuridici, un'intenzione di fatto quella che occupa le menti degli uomini nei rapporti giuridici; la sanzione degli effetti giuridici viene dalla legge, anche senza che le parti n'abbiano chiara coscienza. Così il cacciatore non ha l'intenzione di acquistare il diritto di proprietà sulla preda che insegue, bensì la padronanza,

la signoria, in termini romani la *possessio*. Del resto la stessa causa legittima, che giustifica l'acquisto del dominio, è detta dai Romani *iusta causa* POSSIDENDI. Come il possesso è distinto dalla detenzione, così non si vuol confondere l'*animus possidendi* con l'*affectus tenendi*: quando si dice che il pazzo o il fanciullo non possono acquistare il possesso, perchè mancano di *affectio tenendi*, *sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat*, si vuol far risaltare con l'espressione drastica di un *minimum*, quale occorre pure nell'ordinaria detenzione, che al pazzo o al fanciullo fa difetto nel modo più assoluto ogni volontà, ogni coscienza di possedere: e l'esempio estremo svela che il giureconsulto intese appunto di caricare.

A parte l'incoscienza assoluta o la non intenzionalità nel rapporto con la cosa, ciò che elimina il possesso e la sua difesa, ciò che costituisce la detenzione, che del resto ha pur essa i suoi mezzi di difesa sommaria e indipendente, è la coscienza di essere in rapporto obbligatorio con una persona o di esercitare un diritto reale subordinato al dominio. Non è ben chiaro se al tempo di Cicerone l'usufruttuario fosse riconosciuto come possessore: ma certo esso non è più tale sotto l'impero della giurisprudenza classica, in cui l'usufrutto in senso tecnico è stato chiaramente riconosciuto come una figura civile di *ius in re*, come una servitù personale.

\* \* \*

4. Ma qui sopravvengono altri istituti, la cui evoluzione progressiva o regressiva turba la materia possessoria. Il possesso dell'*ager vectigalis*, la superficie non erano bensì concepiti ancora nettamente dai giureconsulti classici come *iura in re*: sembra però appunto per questo che il possesso abbia sua base nel rapporto obbligatorio,

la locazione. Senonchè il godimento del fondo è pieno e perpetuo, la coscienza del rapporto obbligatorio non è molto viva nè nel subbietto nè nei giureconsulti, che disputano se s'abbia locazione o vendita, e pare che in ultima analisi ci si sia accontentati di costituire siffatti istituti come figure speciali di possesso, possesso dell'*ager vectigalis*, possesso della superficie, anzichè delle cose, con interdetti speciali: nel diritto giustiniano sussiste ancora l'interdetto *De superficie*, che non ha del resto requisiti diversi dagli interdetti generali del possesso, e l'*ager vectigalis* si è trasfuso nell'enfiteusi.

V'ha ora il precario. Niun dubbio che questo tipo feudale romano della primitiva organizzazione gentilizia, schiantata dal sorgere della plebe e dello Stato, fosse vera e propria *possessio* e protetta mediante interdetti fino dagli inizi di questo procedimento: non un *ius in re* nel precarista, nè un vincolo obbligatorio civile col patrono, nè questi ha pertanto un'azione civile basata sulla concessione per riprendere la cosa. Il riprender la cosa del resto non è affatto naturale nell'origine e nella pratica più vetusta del precario: il cliente e la sua discendenza, riconoscendo il patrono come signore e domino eminente, durano in possesso perpetuo del fondo, nè il precario ha nome dal carattere passeggero del godimento, bensì dalla sommissione del cliente. Ma qualora il signore voglia espellere il cliente, lo può fare senza commettere una *vis iniusta*, perchè la cosa è sua, e anche introdotta la protezione interdittale contro lo spoglio, essa s'infrange contro di lui, giacchè nei più antichi interdetti *de vi* era inserita espressamente l'*exceptio precariae possessionis*.

Senonchè la costituzione cittadina ha nello svolgimento ulteriore alterato via via la natura e la funzione del precario. Già il Pretore, eliminando con la concezione asso-

luta dell'interdetto *De vi* la facoltà del concedente di riprendere estragiudizialmente la cosa sua, ebbe a costituire all'uopo un mezzo regolare e spiccio, l'interdetto *Quod precario*, che non è interdetto possessorio, giacchè chi lo intenta può esser anche il successore del concedente, e non aver mai posseduto la cosa, ma si fonda appunto sul rifiuto di restituire l'oggetto, cioè in sostanza sulla lesione dell'obbligo assunto. Il precario non è annoverato nel sistema classico tra i contratti, perchè la difesa dell'obbligo è assicurata in via straordinaria, non mediante un'azione civile (*quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset*), e come tale si reputa generata dalla lesione stessa, anzichè nascente dal negozio; e avendo sempre riguardo a questa assenza di obblighi assunti da parte del precarista e civilmente garentiti, i giureconsulti assimilano il precario alla donazione. Ugualmente non contrattuale è la *incerti condictio*, che lo sviluppo delle *condictiones* per ingiusto arricchimento indusse a riconoscere al concedente: senonchè Giustiniano ha ricompreso quest'azione nella sua generale *actio praescriptis verbis* a difesa dei contratti innominati e quindi, non troppo nettamente a parole, ma innegabilmente nel fatto, anche per lo svolgimento ricco del sistema contrattuale nel suo diritto, riconosciuto il precario come un contratto.

Ma via via che nel precario penetra l'elemento obbligatorio si oscura il sentimento della *possessio*. Non è più riguardata come inerente al precario per l'essenza sua, e si prese a costituire tale rapporto attribuendo al precarista la semplice detenzione della cosa: e anche a voler dubitare della genuinità di simile attestazione classica, certo è che si disputa assai sul punto di sapere se anche il concedente possieda, e si finisce con ammettere che possiedono entrambi, tanto il *precario dans* o *rogatus*,

quanto il *rogans* o *precario accipiens*, ma quest'ultimo possiede soltanto *corpore, naturaliter*, sebbene abbia gli interdetti. Similmente, anche a voler dubitare che sia classico il parallelo del precario col commodato, certo è che già nel diritto classico il precario non serba più l'ufficio primitivo, bensì è in funzione di commodato, con carattere più ampio nel godimento, in alcune ipotesi in cui può tornare in acconcio, e si estende a qualunque oggetto, anche ai diritti fuori della proprietà. La parola stessa, già esprimente un istituto fondamentale e caratteristico, si avvia a diventare un mero concetto giuridico, e nelle costituzioni tarde la frase *precario possidere* è usata nel senso odierno, che è un travolgimento dell'antico, quale equivalente di *pro alieno possidere*. È inutile sforzare l'*animus possidendi* per ritrovarlo in un possessore, che possiede *corpore*, mentre altri possiede *animo* la cosa stessa, che possiede *pro alieno*, che è vincolato da rapporto obbligatorio e nel diritto giustiniano schiettamente contrattuale col proprietario: il precario è un istituto degenerato e quindi ormai una figura eccezionale, cui si attribuisce per mera tradizione storica il possesso e la protezione interdittale.

Non diversamente vanno le cose circa il possesso del creditore pignoratizio. Non è logico che il creditore pignoratizio abbia la *possessio*, perchè egli ha un *ius in re* (così si vuol figurare, benchè l'essenza sua non sia di un diritto di godimento, di un vero e proprio diritto patrimoniale) di contenuto determinato: ma soccorre anche qui la nozione dello svolgimento storico. I modi reali di garanzia dell'obbligazione non sono nati nella forma di quei *iura in re* così singolari e tormentosi, che sono il pegno, l'ipoteca, i privilegi nello Stato odierno: in origine si trasferiva la cosa o in proprietà o in possesso con

patto di ritornare indietro la proprietà o il possesso, una volta soddisfatta l'obbligazione; tipi la fiducia, e il pegno originario. Ma come la fiducia, nella quale il creditore acquista vera proprietà e *rei vindicatio*, per via di successivi accomodamenti alla funzione specifica era divenuta in sostanza nel diritto classico una vera e propria forma ipotecaria, similmente il pegno, acquisto di vera *possessio* con garentia interdittale, si oscura con la costituzione dell'azione specifica a favore del creditore (*interdictum Salvianum*, *actio serviana* o *hypothecaria*), per il quale il pegno si svolge e si confonde nel diritto reale d'ipoteca. Tostochè il pegno ebbe assunto la configurazione specifica di un *ius in re*, la *possessio* comincia a parere qualcosa di anomalo e si dice infatti che il creditore non possiede se non *naturaliter*, *corpore*, *corporaliter*, che possiede *pro alieno*, cioè non *pro suo*, non con l'*animus possidendi*, com'è il senso appunto dell'espressione *habere pro suo* in antitesi a *pro alieno*: lo schiavo posseduto non acquista al creditore pignoratizio (Giustiniano?) e si ammette persino che il pignorante stesso continui l'usucazione, il che è poi singolarissimo e significa che, serbando pure gl'interdetti possessori, il creditore pignoratizio rappresenta veramente nel possesso il debitore, non altrimenti che farebbe un locatario o un mandatario. Più che la tradizione del resto, è qui la natura pretoria, incerta, imperfetta del diritto reale, che mantenne tuttavia la *possessio* nel creditore pignoratizio.

L'ultima figura eccezionale è il sequestratario. L'origine di questa *possessio* in tale rapporto, che non è se non una forma del contratto di deposito e quindi esclude nei possessori l'*animus* nel senso tipico, è meno facile a spiegare: ma, a parte l'argomento che si trae dai casi affini, anche qui l'evoluzione regressiva è indizio che la giuris-

prudenza riconosce questa *possessio* solo in forza della tradizione storica, non perchè ritrovi un *animus possidendi* nel sequestratario. È chiaro che il sequestro, il quale si può fare anche d'immobili, si confonde o pare confondersi col deposito solo in progresso di tempo: e allora, del resto, si ammette a piacere che si possa o non si possa pattuire che il sequestratario possieda.

\*  
\* \* \*

5. Oltre ai due requisiti elementari, la *possessio corpore* e regolarmente l'*animus possidendi*, negl' interdetti destinati a proteggere contro la mera turbativa il Pretore tien conto, però solo relativamente all'avversario, che il possesso non sia acquistato per ispoglio violento o clandestino (concetti entrambi assai diversi nel diritto romano genuino e nel diritto giustiniano, in cui le ultime vestigia di esecuzione e giustizia privata sono scomparse) o concessione precaria. Tale *possessio* dicesi *iusta*, la viziosa *iniusta*. *Civilis possessio, civiliter possidere*, a ben guardare, paiono invece designare in modo congruo la proprietà e ogni altra signoria generale sulla cosa garentita mediante azione: quale la *possessio* dei fondi provinciali, degli oggetti non ricevuti nei modi civili o ricevuti in buona fede da chi non n'era proprietario. *In bonis rem habere* è formola equivalente e che certamente doveva indicare come bene o elemento del patrimonio tutti i varî casi di *possessio civilis*, salvo una certa oscillazione circa la *possessio bonae fidei*, se si debba considerar nei beni la *res* o la *possessio*: sottigliezza essenzialmente romana. In antitesi al possesso civile, la *possessio naturalis* ricomprende anche la vera *possessio corpore et animo*, la *possessio ad interdicta*: poichè *naturalis* in questo aspetto non vuol esprimere un rap-

porto di fatto, nel senso che non vi cadono elementi intenzionali, volitivi, ma precisamente l'opposizione più netta e consueta tra fatto e diritto.

\*  
\* \*

6. Nell'acquisto e nella perdita del possesso viene praticamente in luce la natura del possesso, di essere un rapporto di mero fatto, non un diritto, ma di essere un rapporto eventualmente generatore di diritti. A rigore anzi non si dovrebbe parlare di acquisto o perdita, bensì di principio e termine del possesso: perchè il possesso puro e semplice non amplia la sfera dei miei diritti, non cresce giuridicamente il mio patrimonio. È *in bonis* la *possessio bonae fidei*, dicono i Romani (e s'intende perchè è tutelata da azione e genera anche di fronte al proprietario vantaggi giuridici, quale l'acquisto dei frutti), non il possesso puro e semplice. Ma il lato economico e l'analogia col dominio s'impone: peraltro le frasi *adquirere*, *amittere possessionem* si scambiano con le altre *incipere*, *desinere possidere*. Per aver la richiesta fisica disponibilità, la *possessio corpore*, non fu più indispensabile dal tempo dei giureconsulti classici il contatto corporale (*corpore et tactu*) con la cosa. Basta una qualunque relazione di fatto che, giusta le idee, le condizioni sociali dell'epoca, permetta di agire, quando si voglia, sulla cosa: si ricordino in proposito i modi più spirituali dell'occupazione e della tradizione. L'*animus possidendi*, momento intenzionale, fa che si richieda la capacità di agire: ma anche al riguardo la natura di fatto del possesso fa che la capacità di agire non sia misurata rigorosamente alla stregua delle norme convenzionali di diritto. Dopo una certa esitazione, si ammise che il pupillo, superata l'età dell'infanzia, potesse acquistare il possesso senza l'*auctoritas tutoris*, appunto

perchè si tratta di *res facti*, dicono Ofilio e Nerva; non è un acquisto giuridico, ma una *naturalis possessio*, dice Labeone. Nè pare si sia mai dubitato che la donna non potesse acquistare senza l'*auctoritas tutoris*: già in un celebre frammento vaticano le si riconosce perfino facoltà di alienare la *possessio* senza *auctoritas tutoris*, ma inoltre si osserva nelle fonti giustinianee che la schiava, non altrimenti che l'impubere, può acquistare il possesso al padrone: osservazione inutile pel diritto giustiniano, giacchè non v'era più la limitazione di capacità per le donne libere, onde potesse sorgere un dubbio parallelo per la schiava.

Similmente in virtù del *postliminium* gli scampati alla prigionia riacquistano *ipso iure* tutti i loro diritti, ma non il possesso: nè valgono i divieti civili a infirmare il possesso, nè il possesso è acquisito agli eredi con l'adizione, come i diritti; occorre che l'erede materialmente lo acquisti.

Ma questa natura di fatto del possesso è assunta come motivo pro e contro, in guisa caratteristica, nella questione dommaticamente, esegeticamente, storicamente oscura e intralciata dell'acquisto del possesso mediante persone soggette o estranei, cioè della rappresentanza impropria e della rappresentanza vera e propria nella materia possessoria. Mentre l'ammissione della rappresentanza vera e propria è introdotta con questo motivo, dall'altra parte con questo motivo pare che si ragioni per escludere che il servo possa acquistare il possesso al padrone che ignora.

È fuori di dubbio che il *paterfamilias* acquista mediante i suoi soggetti, schiavi o figli di famiglia, che apprendano *corpore* il possesso, quando l'apprensione avvenga a sua scienza, quindi col suo animo; ma si ammise pure, senza esitazione apparente, ch'egli acquistasse mediante procuratore, sempre col proprio animo, e finalmente anche me-

diante un terzo che si costituisca in tale rapporto con la cosa da rappresentarlo nel possesso, come il colono o l'inquilino.

Ma quanto all'acquisto del possesso *animo alieno*, senza propria saputa, non è riconosciuto nemmeno a mezzo dello schiavo, salvo *utilitatis causa* per le cose peculiari, e quindi in sostanza, come viene pur rilevato, per quella sola *possessio*, che, in quanto costituisce un diritto, può venire a far parte del peculio, la *possessio civilis*. Severo e Caracalla hanno introdotto l'acquisto *etiam ignorantibus* anche a mezzo di procuratore; ma i testi lasciano luogo a dubbio se l'acquisto mediante tutore e curatore sia stato fissato dalla giurisprudenza o aggiunto per interpolazione da Giustiniano, il che anche dal lato sostanziale non potrebbe meravigliare, perchè la derogazione è più grave, non avendosi quasi un preventivo e generale animo come nella permissione del peculio o nella costituzione di procuratore. Lo stesso dicasi per l'acquisto mediante rappresentante da parte della persona giuridica. Ma viceversa dai testi sembra pure innovazione di Giustiniano l'esigenza del mandato speciale per l'acquisto mediante procuratore, che rende quasi frustranea la disposizione di Severo. Circa la volontà contraria del servo comune o del procuratore in caso di tradizione fatta a mio favore dal terzo v'ha controversia nei testi, e si può anche ritenere che la soluzione in senso favorevole sia stata sancita da Giustiniano, anzichè dal testo genuino di Ulpiano.

Dall'altra parte l'essere il possesso un rapporto generatore di diritti fa che si esiga per l'acquisto così la capacità del subbietto, come la capacità e individualità della cosa. La cessazione dell'uno o dell'altro dei momenti essenziali fa cessare il possesso: interpretazioni sottili e questioni varie nascono in proposito circa lo spoglio

avvenuto durante l'assenza del possessore, circa i terreni non permanentemente occupati (*saltus hiberni, aestivi*); circa l'abbandono fatto dal rappresentante, in cui pare di nuovo che Giustiniano intervenga a troncane le controversie nel senso della conservazione fino all'occupazione altrui; circa l'usurpazione fatta pure dal rappresentante (interversione del possesso); la morte o la follia sopravvenuta del rappresentante; la locazione *rei suae*, fatta, vale a dire, da chi possiede — solamente *pro herede?* — al proprietario. Argomento fallace trae per la sua tesi lo Ihering, dal fatto che il proprietario conduttore non può aver animo di possedere, mentre non considera che s'insiste sulla perdita dell'una delle parti, non sull'acquisto, non altrimenti che nella tradizione fatta a un pazzo, in cui v'ha perdita senza acquisto. Una disposizione speciale, contraria alle norme dell'*animus revertendi*, concerne lo schiavo fuggitivo, il cui possesso si conserva.

\* \* \*

7. Le fonti distinguono gl' interdetti *retinendae possessionis* (*Uti possidetis, Utrubi*) e *recuperandae* (*Interdictum de vi*; nel diritto classico *De vi cottidiana, De vi armata* e forsanco dapprima *De clandestina possessione*; ma certamente nel diritto classico nè nel giustiniano è veramente possessorio l'interdetto *De precario*, che si fonda sulla concessione). Senonchè negl' interdetti *retinendae*, forse non *ab origine*, è inserita la clausola della *possessio iusta* (*nec vi nec clam nec precario*) di fronte all'avversario ond'è ch'essi hanno anche funzione restitutoria: inoltre nell'interdetto *Utrubi*, in ragione della facilità con cui le cose mobili passano di mano in mano, fino a Giustiniano la regola era di non tutelare il possessore attuale (non ingiusto), bensì chi avesse nell'anno posseduto pe

maggior spazio di tempo. L'unico vantaggio di rilievo che procura l'interdetto *Unde vi* è di potersi dirigere contro l'avversario, anche se abbia alla sua volta perduto il possesso. Lo svolgimento delle *condictiones* introdusse anche pel ricupero del possesso la *condictio possessionis*.

La mera detenzione può giovare, più o meno largamente, delle azioni di furto, di rapina, dell'interdetto *Quod vi aut clam* o della *nunciatio novi operis*, dell'*actio iniuriarum*, dell'interdetto *De loco publico fruendo* a favore del conduttore di luoghi pubblici.

\*  
\* \*

8. Uno svolgimento nelle origini affatto indipendente dal possesso e dagli interdetti possessori è la protezione interdittale delle servitù di passaggio, di acqua e di cloaca: uno di tali interdetti, *De itinere reficiendo*, presenta financo questa singolare particolarità, che esige la prova stessa del diritto, oltre quella dell'uso. La dottrina che considera l'uso delle servitù come un concetto parallelo al possesso, designandolo col nome di quasi-possesso sembra invenzione di Giustiniano, non altrimenti che la tradizione e la prescrizione delle servitù. Le servitù personali avevano la protezione possessoria, ma non già per il concetto della *possessio iuris* o *quasi possessio*, bensì perchè, trovandosi gli utenti in una posizione tanto analoga al possesso, vi si poterono estendere utilmente gl' interdetti del possesso vero e proprio.

L'essere di fatto nell'esercizio di facoltà rispondenti a un dato tipo di diritti patrimoniali è solo in materia di proprietà agevole e frequente: solo in materia di proprietà il fatto ha un'esteriorità vivace e caratteristica e finalmente solo in materia di proprietà il fatto conseguiva presso i Romani, rispondentemente al bisogno, una pro-

tezione speciale e organica, benchè indiretta, mediante gli interdetti possessori. A parte il regime fondiario dei Romani, quotidiane sarebbero le usurpazioni, se ciascuno per riavere la cosa sottrattagli in modo apertamente riprovevole dovesse dimostrare il suo diritto, e forte incitamento si darebbe allo spirito disonesto, se l'usurpatore fosse al sicuro, perchè al possessore non vien fatto di dare la prova del suo diritto. Ma già meno viva è la parvenza esteriore, meno agevole, meno degno di difesa il fatto scompagnato dal diritto nelle servitù: si pensi solo questo, che qui la turbativa del fatto non potrà derivare che dal proprietario del fondo servente. Ristretta la difesa ad alcune essenziali servitù rustiche, pare piuttosto nel genuino concetto romano uno svolgimento e un succedaneo pretorio della difesa del diritto. Solo fuori dell'orbita patrimoniale spunta anche presso i Romani il termine *possessio* a rappresentare una condizione di fatti veramente analoga a quella che il possesso ha rispetto alla proprietà: lo « stato di fatto » in rapporti giuridici personali (possesso di libertà, possesso di cittadinanza). Il motivo romano della progressiva alterazione concettuale nel campo del possesso venne fornito dalla prescrizione dell'azione. Applicata con Diocleziano la *praescriptio viginti annorum* alla tutela dello stato di libertà, riconosciuta da Giustiniano per le servitù e fusa la prescrizione oramai acquisitiva con l'usucapione (avente nell'origine base schietta nel possesso e carattere profondamente diverso), essa genera nel diritto giustiniano il concetto di un quasi-possesso delle servitù, in cui si riassume il *diuturnus usus* dei testi classici e prepara quella vasta generalizzazione, compiuta soltanto sotto l'influenza dei *Reallasten* e della *Gewere* germanica, per cui si chiamò possesso lo stato di fatto corrispondente a un qualunque diritto; generalizzazione in sè non assurda, ma

di valore pratico dubbio e di mediocre valore scientifico, mentre per la seduzione che esercitano (e i motivi ne son troppo chiari) le sintesi più superficiali, essa ha contribuito non poco a falsare e intorbidare i concetti, crescendo gli scogli della irta materia possessoria.

## CAPITOLO X.

### L'Obbligazione.

1. Ancora oggi l'obbligazione pare scolpita nella classica definizione romana: un vincolo di diritto, che ci astringe ad una prestazione: *quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*. Ancora oggi se si vuol rappresentare l'essenza e la virtù dell'obbligazione di fronte alle aberrazioni favorite dagli stessi schemi legislativi, per cui l'obbligazione pare concepita quale un modo di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose, si vuol ripetere la sentenza di Paolo: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*. L'antitesi delle obbligazioni con l'altra categoria patrimoniale, i diritti reali, sembra altrettanto netta quanto razionale, data dall'oggetto stesso: qua una cosa, un *corpus*, e signoria totale o parziale su di essa; là il fatto di una persona, la prestazione e il diritto di esigerla; se si vuole, il diritto sull'attività della persona, che deve impiegarsi in pro nostro. Nel diritto reale uno stato di quiete, in cui precisamente esso trova la sua realizzazione, indipendente da qualunque rapporto personale: l'azione nasce solo al momento della violazione, e si dirige contro chiunque; è *actio in rem*, poichè si persegue l'oggetto presso qualunque terzo, senza riguardo alla persona, ignota *ab initio*

e sempre per se stessa indifferente. Il diritto di obbligazione all'opposto mostra una tendenza verso una persona determinata, e aspetta da questa persona la sua realizzazione: l'azione nasce col diritto stesso, si dirige contro la persona designata dall'iniziale e immanente rapporto con essa, è in *personam*: diritto e azione si scambiano. I diritti reali pare che assicurino il godimento dei beni: i diritti di obbligazione che imprimano loro il movimento.

Si dà lode al diritto romano di aver stabilito quest'antitesi sin dalle XII Tavole: espressione plastica e solenne è l'opposizione formale delle *legis actiones*, *in rem* e *in personam*. L'esser loro tale distinzione riescita così per tempo si riconosce « evidente testimonianza dell'eccellente disposizione di quel popolo pel diritto ». La proprietà privata, il testamento, la distinzione dei diritti reali e personali sono i tre capisaldi della superiorità dell'antichissimo diritto romano sui diritti primitivi e in ispecie sul diritto germanico, le grandi affermazioni di coltura e di progresso.

È tempo che la critica storico-naturalistica degli istituti di diritto si eserciti su questa tradizione canonica della scienza nostra. Verissimo: nel sistema, per tanti riguardi così imperfetto, dei giuristi romani nessuna divisione spicca con sì schietta evidenza come questa tra i diritti reali e le obbligazioni; l'ordinamento reale degl'istituti e dei giudizi non la turba, anzi la fonda; il sistema odierno dei romanisti non può affatto prescindere. Al contrario nel mondo moderno le aberrazioni che portano a mescolare concetti, istituti, effetti dell'una e dell'altra categoria, non vivono soltanto nelle menti dei profani al diritto, ma penetrarono l'antica dottrina e la codificazione francese, sono visibili nello schema del nostro codice; la dottrina dei civilisti non segue esattamente la concezione

dei romanisti, mentre nella vivace elaborazione dei rapporti di diritto commerciale la natura reale o personale dei diritti, la nozione della proprietà e del credito sembrano intrecciarsi, offuscarsi e svanire: si parla di valori, di proprietà, indifferentemente riferendosi alla moneta ovvero al biglietto di banca e alla cambiale, senza aver riguardo che nella cambiale e nel biglietto la proprietà ha valore pel credito ad essi congiunto, non già pel pregio intrinseco della carta.

Ora è lecito chiedere: dato pure che nella giurisprudenza romana per la sua innegabile superiorità d'intuito e di arte, benchè sempre meno progredita nell'astrazione e nella sistematizzazione del diritto, il significato e la portata essenziale di simile concetto dovessero esser tanto più vivi e infallibilmente presenti, come avviene che il senso ne fosse così vivace e plastico nei rozzi Quiriti delle XII Tavole, come avviene che le leggi odierne mostrino d'indietreggiare a un'epoca preistorica, ignota nel mondo romano, come avviene che l'evoluzione progressiva, la quale avrebbe creato o rivelato l'antitesi, non l'abbia altresì nel progresso ulteriore fatta sempre più vivace, più decisa, più evidente?

Dall'altra parte il criterio differenziale delle due categorie, così netto a prima vista e pregno di conseguenze, indagato con severo spirito scientifico, mette il pensiero alla tortura. V'ha obbligazioni che garentiscono in effetto la signoria su di un oggetto, ad esempio, la locazione: il punto di separazione della realtà dall'obbligatorietà sarebbe adunque nel carattere assoluto o relativo della garanzia, nell'azione *in rem*, che è *adversus omnes*, ovvero *in personam*. Ma l'azione nossale, le *actiones in rem scriptae* non perseguono la cosa nelle mani di chiunque si trovi? E che differenza intrinseca corre tra il fondamento e il

termine dell'azione nossale e dell'azione ipotecaria? E, per quanto in via eccezionale, come avviene che nella *servitus oneris ferendi* una prestazione personale, l'obbligo di riparare il muro o il sostegno, è implicito nella servitù e protetto mediante l'azione stessa? La discordia invade anche il campo dei romanisti.

Se per dar lume alle ricerche torniamo alla storia, l'osservare la *tendenza dell'evoluzione* ci mena anche questa volta a un risultato inatteso: dall'epoca più antica del diritto romano sino a Giustiniano, da Giustiniano al tempo presente le due categorie, anzichè affermarsi per la prima volta distinte e via via più divergere, sono andate costantemente avvicinandosi e intrecciandosi, hanno perduto ciascuna a grado a grado una ricca serie di elementi caratteristici, hanno acquistato caratteri e principî comuni.

Nel più antico diritto romano, l'obbligazione offre i seguenti caratteri antitetici col diritto sulle cose:

I. L'oggetto dell'obbligazione è un *dare*, una trasmissione giuridica, un atto istantaneo: l'obbligazione quindi non poteva nell'origine aver talvolta lo stesso contenuto, rappresentare di fatto la stessa signoria sulla cosa di un diritto reale, proprietà o servitù. In una parola, l'obbligazione non si scopre in *funzione* di diritto reale.

II. Il diritto reale ha un'*actio in rem*, l'obbligazione un'*actio in personam*. La categoria delle azioni personali bensì, ma, come usa dire, *in rem scriptae* non esiste, e molto meno le obbligazioni *propter rem*. L'azione nossale *ex delicto* non è vera eccezione, perchè la colpa segue il colpevole (*Noxa caput sequitur*), e in ciascuno sorge il debito di consegnarlo: egualmente l'*actio aquae pluviae arcendae* nasce, e non trapassa, in ciascun proprietario, poichè non è nemmeno identica l'obbligazione del proprietario autore e non autore, il quale ultimo si limita a

permettere l'accesso per la restituzione nello stato pristino. Dall'altra parte non esistono diritti di così ambigua e difficil natura, come il pegno e l'ipoteca.

III. L'obbligazione è intrasmissibile da un subbietto all'altro. Il diritto di credito è oggetto incommerciabile.

IV. L'obbligazione o s'incorre per delitto o si conchiude in modi solenni, e, quel ch'è più, tipici, il *necum*, la *stipulatio*, ecc., nettamente distinti dai modi paralleli in uso per la costituzione di diritti reali e inconcepibili fuori del campo dell'obbligazione. La forma (nelle più remote origini, a mio avviso, il fatto delittuoso) è indice visibile, plastico della nascita di una obbligazione.

V. Non solo è sconosciuta la connessione legale e più ancora la connessione convenzionale di un'obbligazione con un rapporto reale, ma quelle stesse obbligazioni che appaiono inerenti all'essenza del rapporto, limiti o effetti naturali (obbligo di garentia per i danni temuti da un edificio, obbligo di non deteriorare la cosa nell'usufruttuario, risarcimento per i frutti e i danni recati alla cosa dal possessore, etc.), scaturiscono da una fonte distinta, sono oggetto di una stipulazione o di una *condictio*, di una azione *ex delicto*, non si fondono mai nel processo di *rei vindicatio*.

VI. Non solamente la prestazione, l'oggetto dell'obbligazione, è istantaneo, ma l'obbligazione è veramente *destinata* a estinguersi e in un momento solo, perchè nell'estinzione realizza il suo fine. Il diritto reale si realizza in un godimento permanente, e intende durare in perpetuo.

VII. Finalmente l'obbligazione ha un oggetto incorporale, il diritto reale un oggetto corporale: antitesi assoluta e grave in un tempo, in cui non solo gli odierni diritti sulle cose immateriali non si sognavano, ma non esistevano di fronte che proprietà e obbligazioni, o al più

proprietà, servitù rustiche (sempre *res mancipi*) e obbligazioni; non è spuntato ancora alcuno di quei *iura in re*, che sotto un certo aspetto hanno potuto esser collocati insieme con l'obbligazione tra le *res incorporales* e opposti alle *res* e al dominio.

Concludiamo: diversamente da quel che si opina, era piuttosto malagevole nell'antica società *romana* confondere due territori che in niun punto si toccano: le due specie di diritto nel contenuto e nella funzione, nell'oggetto e nella difesa, nell'origine e nell'estinzione, nel regolamento e nell'efficacia mostrano divergere così profondamente che non occorre alle « menti primitive » uno sforzo per separarle, bensì al contrario per riassumerle in una stessa categoria, subordinarle a un concetto unico, il patrimonio.

Ma questa riassunzione sotto un concetto stesso, questa opposizione della categoria patrimoniale, ricomprendente proprietà e obbligazione, alla categoria familiare, è in effetto primitiva? Se noi consideriamo che, al contrario di quel che avviene circa le obbligazioni, nelle età più antiche sembrano piuttosto confondersi i diritti sulle cose e sulle persone della famiglia, ricompresi sotto la stessa denominazione potestativa, costituiti dalle stesse forme (*mancipatio, in iure cessio, usus o usucapio*), tutelati ancora nel diritto classico dalle stesse azioni reali, la *rei vindicatio* (e la veneranda formola *ex iure Quiritium* invece di *civilis, iustus, legitimus* s'incontra parallelamente in due soli istituti di diritto privato, la proprietà e la potestà sui *fili familias*); se consideriamo che le primitive obbligazioni pare certo siano state le obbligazioni *ex delicto*, le quali nel carattere speciale, nell'istituto della *noxae deditio*, mostrano più che analogia, identità vera con le relazioni antiche tra Stato e Stato; che tutti gli

elementi svolti, come l'esser l'obbligazione intrasmissibile, inseparabile dagli originari subbietti, concordano con quest'analogia, la concezione cui si giunge circa lo stato originario non può esser che questa: le due sfere antitetiche nella società primitiva non sono patrimonio e famiglia e nemmeno in sostanza proprietà e obbligazione, ma sovranità interna e relazioni esterne. Il diritto del *paterfamilias* sui *filiifamilias*, sugli schiavi, sui fondi ci rappresenta la sua potestà come signoria dell'organismo politico-familiare, le obbligazioni ci figurano le sue relazioni non pacifiche con altre *familiae* e altri *patresfamilias*. L'obbligazione (meglio ciò sarà chiaro nel discorrere del delitto) ha funzione interfamiliare e penale, non patrimoniale.

\*  
\* \*

2. Ed ora il discorrere brevemente l'evoluzione regressiva di ciascuno dei caratteri enunciati ci potrà rivelare il punto odierno e il valore della distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazioni e la ragione sì della difficoltà concettuale come della tendenza attuale.

L'epoca storica del diritto romano ha riconosciuto la stipulazione tendente al *facere* e più tardi anche al *praestare*, nel quale rientra il godimento di un oggetto, sia totale, sia parziale, cioè in funzione di servitù (*spondes per te heredemque tuum non fieri quominus mihi ire agere liceat?*), ha creato alcuni tipi concreti di negozi obbligatori con questo preciso contenuto: la locazione, la vendita romana (*habere licere*), il comodato. Il diritto classico ha innestato elementi obbligatori anche sull'antica figura del precario: nel diritto giustiniano esso è divenuto in tutto e per tutto un puro e semplice negozio obbligatorio e contrattuale.

Tra le azioni reali e le azioni schiettamente personali

per la prima volta il Pretore ha creato un tipo intermedio, l'*actio quod metus causa*, che è *in rem scripta* (*concepta?*): natura analoga hanno altre azioni. Si può anche notare che per l'avvicinarsi degl'interdetti all'azione spunta una diversa categoria intermedia di mezzi processuali *in rem concepta, vi tamen ipsa personalia*. Nella procedura straordinaria la plastica rappresentazione dell'azione reale e personale svanisce, la *rei vindicatio utilis* è sovente nel diritto giustiniano (forse per opera dello stesso Giustiniano) in funzione di azione personale per indennizzo, le azioni divisorie sono dette in guisa strana *tam in rem quam in personam*. Ma il carattere genuino dell'obbligazione con una persona *ab initio* determinata, della schietta azione *in personam* comincia larvamente a esser tradito nel sistema tributario dei fondi provinciali e in genere nell'economia delle *possessiones* e degli *agri vectigales*; nell'organismo del diritto privato peraltro, a parte la questione circa la natura del pegno e dell'ipoteca, le così dette obbligazioni *propter rem* non penetrano se non col definitivo ordinamento della superficie e dell'enfiteusi quali *iura in re aliena*. Che il pensiero di un'obbligazione siffatta fosse straniero al diritto classico lo rivela, mi pare, lo stesso silenzio delle fonti (se i testi espressamente negativi si possono eliminare ciò è tanto più grave) e il rovello dell'onere della riparazione che dovette esser concepito come elemento della *servitus oneris ferendi*, con che d'altra parte si corrompe la pura essenza della realtà. Il medioevo ha introdotto gli oneri reali e la libera imposizione convenzionale di ogni genere di prestazioni (servigi, prodotti naturali, canoni) a carico dei fondi: il commercio odierno obbligazioni connesse attivamente col possesso di un documento (titoli di credito). Se tuttavia la distinzione tra le azioni reali e le perso-

nali pare abbastanza nettamente sancita, ciò deriva dal fatto che oggidi nella forma, nell'esercizio non v'ha più differenze e quindi ragioni di anomalie tra le due specie di azioni, che importa distinguere solo per la determinazione della competenza, e anche importa forse meno di quel che occorra distinguere tra azioni mobiliari e immobiliari.

La storia più interessante è forse offerta dalla graduale eliminazione dell'intrasmissibilità dei crediti: soprattutto perchè qui soccorrono felicemente allo studio netti i due termini, principio e fine, dell'evoluzione, che ha raggiunto per questo lato la più completa parificazione dei diritti reali e delle obbligazioni. L'assoluta intrasmissibilità dell'obbligazione doveva certo nello svolgimento storico del diritto romano piegarsi dinanzi ai bisogni del commercio: e l'obbligazione, assunto ch'ebbe il carattere schietto di un istituto patrimoniale, non poteva tardare a divenire altresì commerciabile. Senza peraltro rinnegare il principio, i Romani hanno all'uopo ricorso a un espediente fornito loro dalla rappresentanza giudiziale riconosciuta con la procedura formulare: costituire il cessionario *cognitor* o *procurator* per il giudizio, però *in rem suam*. Come tutti i mezzi non nati per un dato fine, questo spediante aveva i suoi difetti: prima della contestazione della lite il debitore poteva sempre liberarsi, pagando il suo creditore originario, e d'altra parte, poichè la procura per morte o per revoca cessa, il cessionario o il suo erede dovevano in più casi trovarsi improvvisamente frustrati per non aver più veste e modo d'intentar la lite. Può recar sorpresa che a simili inconvenienti non si sia provveduto, a quel che sembra, se non nell'epoca romano-ellenica: la *litis denunciatio*, con la quale si rimediò al primo, compare solo in una costituzione di Gordiano, la quale par

certo altresì nell'inciso relativo interpolata, l'azione utile per il caso di morte del mandante pure in Gordiano, per il caso di revoca in un testo di Ulpiano, che sembra interpolato. Ma nella nuova epoca la cessione s'è quasi emancipata dal mandato. Cominciò per vero Antonino Pio, il quale concesse l'azione utile al compratore di un eredità; l'imperatore Valeriano attesta (260 p. C.) che più rescritti la concedono così al compratore d'un credito come al marito pel credito costituito in dote, indipendentemente dalla procura; Diocleziano la enuncia per la *datio in solutum*, per il creditore pignoratizio, per il legato. Senonchè soccorreva nella prima ipotesi di Antonino l'analogia col fidecommesso universale, gli altri testi sono tardi e più o meno sospetti: al donatario certo fu estesa solamente da Giustiniano. Non pare esatto peraltro il considerare oramai superfluo il mandato in tutti i casi, in cui alcuno ha diritto di esigere la cessione del credito. Nello stesso diritto giustiniano la cessione serba le tracce della sua origine, in cui essa formalmente non trasmette il credito, ma l'esercizio dell'azione creditoria a un rappresentante, e questo rappresentante è al sicuro solo con l'atto e al momento della *litis contestatio* prima, della *litis denunciatio* poi: e benchè nei testi diocleziane, sieno genuini o interpolati, si dica che il cessionario esperisce l'azione utile *suo nomine*, benchè Giustiniano parli di cessione del debito, benchè il diritto comune abbia applicato alla cessione dei crediti i principî della successione, si discutono tuttavia questioni essenzialissime: sul valore della denuncia, sulla natura del trápasso e dell'azione. Un altro singolare vestigio di quest'origine è che si parla cumulativamente e si tratta egualmente anche la cessione dell'azione reale. Nel diritto odierno la cessione dei crediti è un concetto perfettamente parallelo all'alienazione dei

diritti reali, è un'alienazione anch'essa, e opera successione a titolo singolare: nei titoli di credito, così nominativi, come all'ordine e al portatore, l'essenziale è sempre la consegna del documento, anzi nei titoli all'ordine si prescinde dalla notifica, nei titoli al portatore si prescinde pure dalla girata. L'obbligazione è un oggetto assolutamente trasmissibile e commerciabile, il patto contrario non ha valore di fronte ai terzi, le restrizioni appartengono ai divieti di alienazione: anche il freno posto dall'imperatore Anastasio, per il quale il debitore non era tenuto a pagare se non quanto il cessionario avesse effettivamente pagato al cedente, vale civilmente solo per crediti litigiosi (Cod. civ. art. 1546-1548), commercialmente è abolito (Cod. comm. art. 43).

Eguale interessante, per lo stesso rispetto almeno, cioè il completo rivolgimento, per cui principi antitetici cedono il luogo a un regime comune, sarebbe la storia dei modi di costituzione, se non fosse che trattasi di caratteri più esteriori e di risultati meno intuitivi. A parte il terreno neutro, per dir così, in cui vennero in epoca assai tarda ad accomunarsi per questo lato proprietà e obbligazione nei modi d'acquisto per legge, — il lato essenziale e il vero punto di rivolgimento concerne qui la volontaria costituzione, formale e non formale. Ora, col decadere delle forme quiritarie e tipiche ruina il senso popolare della distinzione tra diritti reali e obbligazioni, il valore plastico dell'atto costitutivo: le nuove forme, incolore, generiche, dell'epoca romano-ellenica non hanno alcuna espressione e alcun riferimento determinato alla realtà più che all'obbligatorietà. V'ha di più: l'unica forma dell'antico diritto sopravvissuta, almeno di nome, la stipulazione, vale certamente nel diritto giustiniano, e si può discutere se nel diritto provinciale classico, per la costituzione di ser-

vitù: il che è una vera stonatura, giacchè la funzione meramente obbligatoria della stipulazione, per cui nel pensiero d'un Romano essa non poteva significare se non la promessa di costituire la servitù o, al più, l'obbligo assunto di permettere nel proprio fondo un uso corrispondente alla servitù, sinchè il fondo resta nelle proprie mani, balza agli occhi nello stesso diritto giustiniano. Ma la differenza che sussisteva, anche all'infuori della forma, nell'opposizione tra il *contratto*, termine e concetto essenzialmente obbligatorio, che non esprime il mero consenso, e la *tradizione* si affievolisce dapprima col riconoscimento della convenzione o del patto quale modo di costituzione delle servitù e degli altri *iura in re*, si perde poi totalmente con l'alterazione del contratto, per cui già nell'epoca romano-ellenica parve una bella scoperta il chiamare con questo nome la costituzione dell'enfiteusi, come oggi pare il contratto di tradizione, il contratto di donazione, etc., e col riconoscimento odierno della trasmissione della proprietà per consenso delle parti.

Oltre l'invasione degli obblighi *propter rem*, nel periodo post-classico si mescolano col rapporto e col giudizio reale tutti gli elementi obbligatori che vi hanno connessione: con la *rei vindicatio* già nel diritto giustiniano si ripete non l'oggetto solamente, ma tutte le prestazioni e gl'indennizzi, che il proprietario può reclamare dal possessore. Nello svolgimento medioevale del diritto romano divengono inerenti all'usufrutto stesso gli obblighi stabiliti anteriormente dalla *cautio usufructuaria*, e in generale oggi, anche quando la natura delle pretese e del diritto si avverta, non si distinguono più nei rapporti connessi il titolo e l'azione.

Nella convenzione diretta ad assicurare il godimento totale o parziale di un oggetto. scompare sostanzialmente

il carattere dell'obbligazione destinata a estinguersi e che nell'estinguersi trova la sua realizzazione. Senonchè, a parte lo svolgimento più tardo delle obbligazioni *propter rem*, lo sforzo e l'alterazione si scorge forse meglio avendo l'occhio alla costituzione di rendita, che la giurisprudenza ha reso possibile nei legati con una libera costruzione, per cui s'intende che il testatore abbia voluto costituire una serie di obbligazioni annali, nella stipulazione coi mezzi indiretti della *praescriptio* per salvare il creditore dalla consumazione processuale per le annalità non scadute, dell'*exceptio pacti* per salvare il debitore dalla richiesta delle annalità posteriori all'estinzione della rendita. E dall'altra parte, mentre la libera commercialità dei crediti ha introdotto un modo di fruire delle obbligazioni parallelo al godimento dei diritti reali, lo svolgimento ulteriore ha riconosciuto dei diritti reali temporanei e, con l'applicazione della revoca obbligatoria o anche reale ha quasi eliminato il carattere perpetuo del dominio e della servitù prediale.

\* \* \*

3. Noi possiamo qui arrestare l'esame rapido di quest'evoluzione regressiva e prescindere dal turbamento recato nel sistema moderno circa la distinzione e circa i diritti patrimoniali in generale dalla creazione dei diritti patrimoniali su cose immateriali, le opere dell'ingegno, marchi, brevetti: in che cosa si concreta questa celebre fondamentale distinzione, oscurata da tale rivolgimento e tante anomalie? Quale è la differenza immanente, il senso e la portata della realtà e dell'obbligatorietà nel diritto giustiniano? Quale nel diritto odierno?

Scomparvero le differenze tra diritti reali e obbligazioni circa i modi di costituzione e la commerciabilità.

Il contratto non è più istituito esclusivamente obbligatorio, l'alienazione non è più concetto esclusivamente reale. Ma recano turbamento i caratteri in cui non v'ha nè fusione nè antitesi generale di principi, bensì un incrocio parziale in determinate categorie di rapporti. Si può superare l'ostacolo offerto dal contenuto reale, e in ultima analisi dall'oggetto, di certi negozi obbligatori, come la locazione o l'obbligo di permettere il passaggio in persona propria e dei propri eredi, insistendo per la realtà sulla garanzia assoluta, l'azione *erga omnes*, che elimina la dipendenza immanente da un rapporto personale: il diritto reale è signoria *independente* sulla cosa. Ma le prestazioni a carico dei fondi, che hanno così ricca terminologia generica e specifica, e bene o male si sono innestate nel sistema del diritto romano, non danno l'azione contro qualunque possessore? Giova bensì distinguere l'azione *aquae pluviae*, l'azione nossale e simili, in cui, si può dire, l'obbligazione nasce di volta in volta dallo stato della cosa di fronte a qualunque possessore: non egualmente agevole riesce spiegare l'azione *in rem scripta* o *concepta* e altre azioni, in cui non si può sempre ricondurre il fondamento dell'obbligazione a una condizione inerente alle cose, a un fatto immanente, che pone e giustifica il debito per qualunque possessore: è impossibile finalmente dissimulare l'efficacia assoluta dell'azione a garanzia di prestazioni fondiarie, che non hanno base punto nello stato immanente dei fondi, in rapporti di vicinanza, bensì apertamente nella convenzione, nella volontà di assoggettare il fondo e per esso tutta la serie dei possessori a un simile onere. L'esser l'azione concepita *in rem* o *in personam* diviene momento e questione secondaria di fronte alla tendenza e alla intrinseca virtù. Quanto alla difesa non v'ha differenza tra il titolare di simile diritto e il

titolare di servitù. Si può ancora tentare l'ultima via di insistere egualmente tanto sul contenuto e sull'oggetto quanto sulla garentia: il *diritto reale* è signoria sulla cosa, immediata quanto all'esercizio, indipendente quanto alla garentia, l'*obbligazione* o pel contenuto, come nelle prestazioni fondiari, o per la garentia, come nella locazione e simili, dipende da un rapporto immanente con la persona del debitore, variabile, sia pure, di volta in volta, ma di volta in volta determinata.

Senonchè la questione non si può ridurre nella ricerca di formule più o meno felicemente architettate. Il fatto è che il collegamento di simili prestazioni col rapporto reale, o nella logica dell'interprete o in quella del legislatore, s'impone, ed estende ad esse concetti e istituti che si riconnettono alla realtà: se il trasferimento della cosa fa cessare l'obbligo, lo farà cessare l'abbandono, e se tale obbligo ha esteriormente il carattere di un grave perpetuo della cosa, analogo alla servitù, è facile e intelligibile l'estendere ad esso la *iuris quasi possessio* giustiniana e la tutela relativa; e quando si richieda la registrazione pubblica dei pesi inerenti ai fondi il legislatore, che non vuol teorizzare, non avrà a distinguere tra siffatti pesi e le servitù vere e proprie. Dall'altra parte v'ha, chi ben guardi, intrinseca, profonda analogia tra l'ipoteca e siffatti oneri: anche nell'ipoteca vi è un'*obligatio rei*, come dicono le fonti romane stesse, per la quale il possessore è tenuto egualmente o a pagare o a rilasciare il fondo. Si osservi anzi, che nell'ipoteca l'onere affetta meno gravemente la cosa: perchè sussiste l'obbligazione contro il vero debitore, e il creditore non ha che una facoltà di alienare condizionata a che questi non soddisfi la sua obbligazione, e può anche sembrare strano che questa facoltà condizionata di alienare la si voglia riguar-

dare come un diritto reale, mentre l'acquisto condizionato della proprietà nella forma della *lex commissoria*, patto assai più grave e nel diritto nuovo proibito, si concepisce quale una vendita sotto condizione sospensiva. Inoltre simili prestazioni non sono spesso che ricognizioni e conseguenze di un eminente dominio, di un *ius in re*, e finalmente non si vuol nascondere ch'esse paiono offerire il *pendant* inverso della locazione e degli altri rapporti obbligatori pel godimento totale o parziale della cosa. In questi è un rapporto personale che garentisce il godimento di facoltà sulla cosa, il contenuto effettivo di diritti reali, cosicchè si ha, pare, un'obbligazione in funzione di diritto reale; nelle prestazioni gravanti sulla cosa è un rapporto reale che garentisce facoltà costituenti il contenuto ordinario di un'obbligazione, si ha, pare, un diritto reale ridotto in funzione di obbligazione. E tutto considerato, non gioverebbe invece meglio ampliare la categoria dei diritti reali e dire che sono tali tutti quelli che, direttamente o indirettamente, gravano sulla cosa, seguono la cosa presso chiunque si trovi?

L'essenza del concetto romano della realtà in ultima analisi non è, checchè si dica, nella signoria sulla cosa, quanto nell'indifferenza della persona, nell'azione *in rem*; la locazione dell'*ager vectigalis* o della *superficies*, il diritto obbligatoriamente costituito di transitare per l'altrui fondo sono signorie sulla cosa, ma di rapporti obbligatori non divengono *iura in re*, se non quando s'aggiunge loro l'azione *in rem*. La stessa *possessio bonae fidei* è nel diritto romano *ius in re*, perchè ha un'azione reale a sua tutela, sia pure che possa contro uno solo spuntarsi di fronte all'*exceptio iusti dominii*. La soluzione adottata circa la *servitus oneris ferendi*, l'unico problema che siasi presentato netto alla mente dei Romani nella sfera giuridica del diritto civile

e nel fiore della giurisprudenza, rivela che nel loro spirito l'indifferenza della persona, la trasmissibilità del peso escludono assolutamente l'obbligazione, e non potendo per questa via dare sanzione ai nuovi bisogni (Gallo stesso non concepiva il rapporto come un'obbligazione, ma negava l'ammissibilità), i Romani si volsero piuttosto a violare la regola *Servitus in faciendo consistere nequit*: poichè, come un'autorevole voce qui in Italia ha sostenuto, noi crediamo che sia stata effettivamente violata.

Ma ridotta in questi termini la questione, l'apparenza razionale della distinzione svanisce. Più che dal concetto, reso familiare per una lunga consuetudine, ma in sè artificioso e storico dell'*actio in rem* o *in personam*, mentre nell'essenza intima le azioni sono tutte *in personam*, il criterio razionale parrebbe dover esser fornito dalla base naturalistica dell'insistenza o meno sull'oggetto, del godimento di cose corporali o incorporali, servigi e beni immateriali: e invece l'organismo del nostro diritto ripugna assolutamente a concepire come diritto reale il godimento della cosa locata o commodata. Senonchè il senso popolare e pratico si vendica e decompone le artificiali categorie: e dal tempo in cui la patrimonialità ebbe a fondere diritti reali e obbligazioni in una serie di principi comuni, a intrecciarli in anelli intermedi, quel senso pratico prese a distinguere semplicemente nel patrimonio i beni materiali e immateriali, *res corporales* e *incorporales*, come dicono i Romani, cose e diritti, come oggi usa; col primo termine intendendo solamente la proprietà, con l'altro *iura in re aliena*, crediti, facoltà di acquisto nascenti dai fatti giuridici (*ius hereditatis*, *ius possessionis*, etc.) e le figure nuove dello svolgimento industriale e commerciale odierno: tutte categorie che più o meno pongono sempre un rapporto con altra persona,

.

le servitù non meno che le obbligazioni, nè si confondono, come la proprietà, in una materiale corporea essenza.

\* \* \*

4. L'aspetto multiforme dell'obbligazione, oltrechè nelle diverse e storicamente successive specie dell'oggetto (*dare, facere, praestare*), si riflette nella divisione generale delle obbligazioni con principî ed effetti diversi: le obbligazioni generiche e alternative, divisibili e indivisibili, parziarie e solidali o correali, civili e naturali. I giureconsulti romani parlano il più delle volte di stipulazione, la forma ordinaria del commercio nelle obbligazioni. La teoria, già in sè non troppo coerente e pratica delle obbligazioni divisibili e indivisibili (il criterio della mera divisibilità intellettuale si abbandona nelle obbligazioni alternative e generiche) e confusa dalla vecchia esegesi di qualche testo, è stata resa veramente deforme nell'irregolare svolgimento medioevale e nell'ordinamento dei moderni codici. A partire dal secolo presente, i romanisti distinguono tra obbligazioni solidali e correali: in realtà sono la stessa cosa e solamente il confondere con esse la mera coincidenza di obbietto in più obbligazioni distinte e sopra tutto le interpolazioni irregolari circa l'effetto estintivo della contestazione della lite hanno dato vita a quest'infelice parto scientifico. Nelle obbligazioni naturali (*naturales tantum*) è un principio di *mero diritto civile*, che annienta una obbligazione *iuris naturalis*; senonchè la giurisprudenza interpretò restrittivamente la nullità solo ne' limiti di quel principio: nullità relativa, si potrebbe dire, per la quale, esclusa l'*actio* o la coazione giuridica, altri effetti eventualmente sussistono. Ma le odierne obbligazioni naturali non hanno riscontro in questo particolare prodotto della libera giurisprudenza romana, di concetti romani

(il *ius naturale*) e della pressione d'istituti romani (la patria potestà, la schiavitù), bensì nell'obbligazione sociale (riferentesi per altro alle norme sociali più stabili e sentite) di contenuto patrimoniale, cui si accordava già dai Romani il mero effetto di non ripetere il pagato.

\* \* \*

La tradizione dei romanisti raggruppa le fonti dell'obbligazione nelle quattro rubriche: contratto, delitto, quasi-contratto, quasi-delitto; il quale raggruppamento, salvo lievi oscillazioni e salvo il senso del quasi-contratto e quasi-delitto, era fatto nella giurisprudenza romana. Conviene però aggiungere i casi di mera promessa (eccezionalissimi, e casi in cui il consenso dall'altra parte non era o non appariva concepibile: voto e promessa giustificata a una città) e i fatti giuridici puri e semplici, in cui si dice che l'obbligazione nasce dalla legge.

\* \* \*

5. Nel progressivo svolgimento patrimoniale si ottenne di fruire delle obbligazioni in modo analogo al godimento della cosa, riscuotendo gl'interessi o alienando il credito: oggi in alcune figure di titoli di credito, carta moneta, biglietto di banca, titoli di rendita, azioni di società, è questo modo di fruire così normale che il documento, il cui possesso fa creditore, sembra un oggetto e un valore per sè, non altrimenti che l'oro o l'argento della moneta. Ciò peraltro si avvera su larga scala solamente nelle obbligazioni di denaro, e per quanto nel pensiero economico e commerciale il concetto di credito pare intenda restringersi precisamente alle obbligazioni di denaro, giuridicamente obbligazione e credito hanno un ambito assai più largo e gran numero di obbligazioni non ammettono

altra realizzazione del proprio diritto pel creditore che quella generale ch'è in pari tempo liberazione pel debitore, e viene ricompresa tra le cause di estinzione: il *pagamento*.

Senonchè pure in ordine al pagamento e in generale alle cause di estinzione o liberazione si rispecchia il contrasto tra l'antico e il nuovo diritto romano circa il carattere dell'obbligazione, personale in origine, patrimoniale in seguito. L'adempimento o esecuzione della prestazione, il pagamento, al quale i Romani applicano in seguito quasi per antonomasia il termine di *solutio*, schietta antitesi del *vinculum iuris*, non estingueva nell'origine le obbligazioni, non era *solutio* nè *liberatio* in niun modo. Occorrono delle forme solenni per la liberazione del debitore, parallele, in ordine ai contratti, alle forme, in cui l'obbligazione è stata costituita: la *nexi liberatio*, forma verbale *per aes et libram*, vigente ancora al tempo di Gaio per alcune obbligazioni, cui era stata estesa in seguito; l'*acceptilatio* letterale, di cui s'ignora la precisa struttura, per le obbligazioni derivanti dal contratto letterale; l'*acceptilatio* verbale per le obbligazioni derivate dal contratto verbale classico, dalla stipulazione, cui risponde esattamente nella forma: applicata con una certa esitazione, pare, ad altri contratti verbali, il *iusiurandum liberti*, ignoriamo se alla *dotis dictio*.

Sotto l'influenza del diritto delle genti nell'ultimo periodo della repubblica, il pagamento è stato riconosciuto quale causa di estinzione delle obbligazioni in qualunque modo costituite. La teoria del pagamento ottenne tra le cause di estinzione il primo posto (*tollitur obligatio praecipue solutione*, dice Gaio), e venne dalla giurisprudenza con somma cura e anche con liberale spirito elaborata circa le sue condizioni di validità. Si riconobbe anche

l'efficacia della *datio in solutum* in via di eccezione dai Proculiani: *ipso iure* dai Sabiniani: dottrina accolta da Giustiniano. Lo svolgimento progressivo dei principî romani nella società romana e nella società medioevale ha finito con ricongiungere alla teoria del pagamento il così detto *beneficium competentiae*, che nella sua nozione generica vale non esser condannato se non nella misura delle proprie facoltà (*in id quod facere potest*). Nato al fine di evitare ad alcune persone (in genere prossimi congiunti, ma principalmente il donatore, che l'ha più ampio, in quanto si calcola sul patrimonio netto) l'esecuzione personale dapprima, poi anche l'infamia dell'esecuzione reale (introdotta la *venditio bonorum*), e anche l'ignominia della *cessio* permessa ai creditori incolpevoli dalla *lex Iulia*, la giurisprudenza classica lo estese rispetto al donante anche a una più reale efficacia: che non gli dovesse esser tolto tutto, in guisa da ridurlo alla miseria assoluta: *non totum extorquendum ei puto, sed et ipsius ratio habenda est ne egeat*. Simile detrazione dello stretto necessario venne generalizzata, pare certo, solo da Giustiniano alle altre persone, cui compete il beneficio, e intesa in modo esorbitante nel diritto intermedio quale un vero diritto agli alimenti, con riguardo anche, secondo alcuni, alla condizione sociale (alimenti civili).

La *nexi liberatio* e l'accettizzazione letterale, già nell'epoca classica poco in uso, sono sparite nel diritto giustiniano: sopravvive invece l'accettizzazione verbale, come il suo *pendant*, la stipulazione. Quale tipico *actus legitimus* non ammette nè condizioni nè termini nè rappresentanza. Già nel diritto classico essa è qualificata di *imaginaria solutio*, e serve non a liberare il debitore, che paga, bensì, al contrario, per rimettere il debito a titolo di donazione o costituzione di dote o in esecuzione di un legato o anche

per altro fine. Nel diritto comune venne sostituita dalla quitanza.

La concezione organica dell'antico diritto, svanita nell'essenza, si volle ridurre a una mera compiacenza di simmetria, dichiarando che in guisa conforme le obbligazioni contratte *re*, cioè con la dazione di una cosa, si dissolvono *re*, mentre questa dissoluzione non è che il pagamento, e che le obbligazioni contratte *consensu*, si dissolvono *contrario consensu* o *dissensu*, mentre ciò non deriva se non dall'effetto *ipso iure* del *pactum* nei negozi di buona fede.

\*  
\*\*

6. L'obbligazione si estingue altresì per *impossibilità della prestazione*, data la perdita dell'oggetto individualmente determinato (*species*), salvo il perpetuarsi delle obbligazioni per la colpa o la mora quanto ai danni-interessi e salvo altresì l'eccezione invalsa per opera di Giuliano circa l'erede che ignaro distrugge o sottrae al commercio la cosa legata: e nonostante l'incertezza gettata nella generale discussione dai testi romani, che rappresentano quest'eccezionale sanzione, e nonostante la comune opinione dei civilisti, che ritiene il perpetuarsi delle obbligazioni per qualunque fatto anche non colposo, le espressioni « fatto o colpa » degli articoli 1247, 893 Codice civile sono da interpretare nel senso di fatto colposo, anzi il fatto allude fors'anche alla colpa più grave o al dolo. Sotto l'impossibilità della prestazione si può riassumere anche la *confusione subbiettiva*: falsa è invece l'analogia, per vero fatta dai giureconsulti romani, della confusione col pagamento, e basta all'uopo considerare l'ipotesi di obbligazioni con più subbietti, siano parziarie o solidali. Allo stesso concetto finalmente, inteso peraltro alla stregua

della rigida logica primitiva, si richiama la genesi della singolare estinzione per *concursum causarum* sempre nelle obbligazioni di *species*. Se il creditore aveva ottenuto per altra via la proprietà dell'oggetto dedotto in obbligazione, l'obbligazione era estinta, perchè in simili condizioni non avrebbe potuto sorgere (*incipere non poterat*): nulla è infatti l'obbligazione relativa a un oggetto che è già proprio. Nel fiore della giurisprudenza classica pare che lo stesso Salvio Giuliano abbia per il primo mitigato le conseguenze di questa logica alquanto formale e automatica, restringendo l'estinzione all'ipotesi in cui l'oggetto si fosse conseguito dal creditore senza sacrificio, ossia per causa lucrativa (*concursum lucrativarum causarum*). Siccome per altro simile logica è straniera al pensiero moderno, la disposizione dell'articolo 843 Codice civile costituisce nel sistema del nostro diritto una vera *inelegantia iuris*; la giustificazione tratta dalla presumibile volontà del defunto vale appena se l'oggetto sia stato ricevuto dal *testatore stesso* a titolo gratuito, come infatti saggiamente dispone il codice austriaco (§ 661) e disponeva il codice parmense (art. 687).

Un pensiero analogo di logica primitiva generò un istituto ben più largo e vitale, benchè lo svolgimento ultimo del diritto romano n'abbia alterato l'essenza: la *novazione*, definita nelle fonti *prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem translatio atque transfusio*. L'*eadem res* non poteva esser due volte dedotta in obbligazione, come non poteva due volte (*bis de eadem re, etc.*) esser presentata in giudizio: la seconda obbligazione annientava la prima, il giudizio dal momento della contestazione della lite consumava l'azione intentata e anche qualunque altra, purchè fosse sempre *de eadem re* (*concursum actionum*). L'obbligazione deve esser contratta all'uopo formalmente,

cioè mediante la solennità verbale della stipulazione: si discute se giovasse in antico il contratto letterale, ma la validità intrinseca della stipulazione non importa: *licet inutilis posterior stipulatio*, dice Gaio, *tamen prima novationis iure tollitur*: e ne reca esempfi la stipulazione contratta dal pupillo o dalla donna senza l'*auctoritas* del tutore. Deve peraltro esser formalmente regolare, onde non ha tale effetto la *stipulatio iuris civilis* o *sponsio* conchiusa all'uopo con un peregrino, e nemmeno, secondo l'opinione che ha prevalso contro Servio Sulpicio, la stipulazione conchiusa con lo schiavo. La definizione accolta nelle fonti giustiniane parla di obbligazioni civili o naturali; ma il concetto non torna esatto, perchè lo schiavo si obbliga naturalmente e non nova, mentre d'altra parte la donna che intercede non si obbliga naturalmente, eppure nova.

S'intende che la nascita della nuova obbligazione sarà giustificata da qualche elemento nuovo (*aliquid novi*): varia la persona del debitore o del creditore o una modalità (termine, condizioni, malleverie), o anche la novità si riduce semplicemente alla forma della stipulazione con gli effetti intrinseci del contratto formale, diversità grave per obbligazioni precedenti che fossero temporanee e anche intrasmissibili agli eredi, come le obbligazioni *ex delicto*. Ma i due punti che più interessano per lo svolgimento dell'istituto sono l'*idem debitum* e più ancora il nuovo elemento dell'*animus novandi*. I due punti si ricollegano strettamente: poichè le alterazioni successe circa il requisito dell'identità di oggetto procedono dal riguardo alla subbiettiva intenzione delle parti. L'*animus novandi*, per cui l'antico concetto dell'incompatibilità logica di due obbligazioni aventi lo stesso oggetto si perde, pare già richiesto per l'efficacia della novazione dai giureconsulti posteriori a Gaio: ma certamente esso fu esaltato da Giu-

stiniano, che ne impose l'espressa menzione e l'ha interpolato in una serie di testi classici. Quanto all'*idem debitum* si può dubitare se non sia lo stesso Giustiniano ad avere inserito nei testi alcune mitigazioni, quale la sostituzione del valore all'oggetto; ma certamente, in coerenza col riguardo alla volontà delle parti, egli ha inserito per interpolazione ipotesi ben più gravi (sostituzione di una servitù a un'altra, di una somma a un'altra) e pare aver tolto questo requisito. Se non che, a tal segno alterata, la novazione si riduce a un concetto abbastanza evanescente e torbido, nè sapremmo dar torto al legislatore germanico di averne cancellato il nome.

Lo svolgimento progressivo ebbe inoltre nello stesso diritto romano allontanato dalla novazione contrattuale la *novazione necessaria* in virtù della contestazione della lite (non tanto necessaria nella procedura classica, perchè il giudizio si basava sul contratto delle parti), in quanto mantiene la mora, l'ipoteca, e con Giustiniano anche la fideiussione, mantiene tutte le eccezioni dell'antica obbligazione, e pare anche sopravvivere un'obbligazione naturale.

La *morte* e la *capitis deminutio* non estinguono se non eccezionalmente le obbligazioni; la portata di queste cause di estinzione non s'intende se non nella teoria dell'eredità e in quella della *capitis deminutio*, congiuntamente con la *successio per universitatem* nei beni del *capite minutus*.

\*  
\* \*

7. Senonchè l'estinzione dell'obbligazione è certamente il campo in cui la poderosa attività del Pretore s'è più largamente valsa del suo caratteristico strumento, l'*exceptio*. Così accanto alle cause di estinzione legale, *ipso iure*, estinzione vera e propria, si vennero a costituire le cause

di estinzione *ope exceptionis*, per cui l'obbligato può elidere la domanda giudiziale basata sul diritto, opponendo un fatto, al quale il valore giuridico ed estintivo era garantito dalla giurisdizione pretoria. Fonte indiretta dell'*exceptio* poteva essere anche la legge o il senato-consulto, ma era in tal caso il magistrato che dava sanzione a una *lex imperfecta* o ne estendeva la portata, ed era poi sempre il magistrato che assicurava l'esecuzione dei senato-consulti, e davanti al magistrato, cioè *in iure*, nel primo stadio del processo, l'*exceptio* doveva nella procedura formulare avanzarsi dalle parti per esser inserita nella formula. L'opportunità di far dipendere in molti casi dalla volontà e anche dalla coscienza morale del debitore l'estinzione del debito ha perpetuato il concetto dell'impugnativa e lo strumento dell'*exceptio* (che peraltro non ha ora processualmente una figura caratteristica distinta), sicchè la distinzione odierna della nullità e dell'annullabilità riproduce quella dei romanisti. I caratteri peculiari della nullità *ope exceptionis* o annullabilità derivano tutti da questo pensiero che la forza del fatto giuridico estintivo deve, per così dire, esser messa in moto dal debitore, altrimenti non elide la forza del rapporto e del diritto creditorio. Laonde non solamente l'obbligazione sussiste, finchè l'eccezione non è opposta, e quindi il creditore può agire e vincere, se l'eccezione non gli viene opposta, ma il fondamento dell'eccezione, vivendo di vita indipendente, può indipendentemente cessare, alla sua volta *ipso iure* o mediante una replica, per rinuncia volontaria o decorso di tempo o cause diverse; e altresì, a nostro avviso, se il pagamento per errore dà luogo alla *condictio indebiti*, il pagamento senza errore non è peraltro donazione. Ma non è effetto della nullità *ope exceptionis* la sopravvivenza eventuale dell'obbligazione rispetto ad altri coobbligati o

dell'obbligazione naturale. Ciò avviene talvolta, non sempre, e può anche avvenire circa le cause di estinzione *ipso iure*, quali la confusione subbiettiva o la *capitis deminutio* del debitore: ciò dipende dalla natura della causa d'estinzione, nè si vuol confondere nullità *ipso iure* e nullità di diritto naturale, nullità relativa e annullabilità. L'ambito largo di questa forma pretoria di estinzione si rivela nel fatto che la maggior parte delle eccezioni sono esclusivamente o possono esser causa eliminativa dell'obbligazione: dalle antiche eccezioni ispirate alla legge Cincia o Pletoria all'*exceptio metus, doli, pacti, o transactionis*, all'*exceptio senatus-consulti Macedoniani* o *Velleiani*, alle eccezioni che infrmano il diritto nel suo momento dinamico, l'*exceptio rei iudicatae* o *in iudicium deductae*, l'*exceptio* o *praescriptio temporis*, ampliata nello svolgimento teodosiano e post-teodosiano a un istituto generale di diritto, l'*exceptio iurisiurandi*. Anzi le cause d'estinzione *ipso iure* dell'azione, quali la *res iudicata* e la *litis contestatio* ne' giudizi legittimi e nelle azioni personali civili, il *ius iurandum in iure* sono perite nel diritto giustiniano.

Il *pactum de non petendo* divenne istituto parallelo all'*acceptilatio*, poichè questa ebbe assunto la figura di atto di remissione indipendente dal pagamento: salvochè può essere *in personam* o *in rem*, cioè aver effetto per un solo debitore o giovare anche ai terzi coobbligati, secondo la volontà reale delle parti. Il termine finale e la condizione risolutiva operano *ipso iure*, giusta i principî del *pactum*, nei negozi di buona fede (a parte poi la questione della revoca reale in alcuni negozi) e, se aggiunti *in continentis*, pare anche nei negozi di stretto giudizio, secondo lo sviluppo dell'ultima giurisprudenza.

\*  
\* \*

8. Tra le cause numerose di estinzione *ope exceptionis* acquista una posizione spiccata e prevalente un istituto nuovo, trascinato, benchè irregolarmente e incompletamente, nei modi di estinzione *ipso iure*, la *compensazione*, per cui si oppone al creditore ciò che questi alla sua volta deve al debitore. L'istituto giustiniano della compensazione risulta dalla fusione di varî casi e mezzi giuridici non omogenei, e le difficoltà della dottrina nascono appunto dal fatto che il criterio della fusione è reso oscuro dalle peculiarità non eliminate degli antichi mezzi giuridici. L'antico diritto conosceva la compensazione per le obbligazioni nascenti *ex eadem causa*, quali intervenivano nei giudizi di buona fede: compensazione rimessa, come avveniva in simili giudizi di tutte le eccezioni fondate sulla buona fede e sull'equità, all'apprezzamento libero del giudice, benchè appunto per l'equità sua ritenuta piuttosto inerente al suo *officium*: quindi veramente giudiziale, ma non *ope exceptionis* nel senso tecnico romano. Accanto ad essa spunta la compensazione del banchiere, il quale peraltro è obbligato a operarla, in quanto nella domanda giudiziale non può chiedere che il residuo, calcolando le reciproche obbligazioni tra sè e il cliente, altrimenti si rende colpevole di *plus petitio*, ma d'altra parte non può concernere se non i debiti scaduti e di cose dello stesso genere, il che taluni interpretano anche più rigorosamente. Con l'esecuzione pretoria nella forma della *bonorum venditio* spunta la *deductio* del *bonorum emptor*, per la quale non occorre diminuire l'*intentio* della formula, nè quindi s'incorre nel pericolo della *plus petitio*, ma è prescritto di dedurre dalla misura della condanna ciò che la massa alla sua volta deve al debitore citato, e

nella quale si tien conto di debiti di genere diverso e anche di obbligazioni non scadute. Finalmente Marco Aurelio ammise che la compensazione si potesse opporre mediante l'*exceptio doli* anche nei giudizi stretti, in cui necessariamente essa era *ex dispari causa*. Viva s'è fatta oggidì la discussione storica sulla portata e sulle conseguenze ulteriori del rescritto di Marco, se non occorresse in principio vero e proprio dolo, se non sia stato pronunciato in argomento di *cognitio extra ordinem*, se abbia potuto *ab origine* già durante la procedura formulare ammettere nei giudizi di buona fede la compensazione *ex dispari causa* per ministero del giudice, poichè l'*exceptio doli* è nei giudizi di buona fede sottintesa, o la formula stessa vi reagisse. Ma più fiera è *ab antiquo* sin dal tempo dei glossatori la discussione dommatica sulla portata della riforma di Giustiniano, il quale, fondendo le varie ipotesi nell'unico istituto della *compensatio*, pronunciò che la compensazione deve operare *ipso iure*, e i compilatori interpolarono in più frammenti del Digesto la frase *ipso iure*, mentre d'altra parte (sono questi i due soli punti veramente degni di rilievo) par che vi contrastino due frammenti relativi in origine alla compensazione dei banchieri: il debitore, non opposta la compensazione o non tenuto conto, serba il suo credito con la propria azione e tra più crediti da opporre s'imputa non il più antico, ma quel che piace. Nonostante simili disposizioni, forse non è interamente giustificato l'abbandono odierno della teoria della compensazione legale da parte dei romanisti: e Martino, l'ardito glossatore, il cui talento troppo spesso innova e legifera, ma sempre proseguendo, per così dire, le correnti giustiniane, probabilmente ha qui indovinato un pensiero effettivamente nutrito dall'imperatore. È poco probabile che questi adoperasse le parole *ipso iure* altri-

menti che nel senso tradizionale e che avevano appunto in materie strettamente vicine, quali la diminuzione *ipso iure* della dote per le spese necessarie e del peculio per i debiti verso il *paterfamilias*. Le due disposizioni su enunciate si potranno ritenere derogazioni vere al principio della compensazione legale, suggerite dall'equità: negli altri effetti le conseguenze si possono conformare al principio sancito da Giustiniano. Ciò, a dire il vero, importa poco per la *condictio indebiti* concessa a chi ha pagato ignaro il debito compensabile (il testo genuino si riferiva alla *deductio*), giacchè la *condictio* compete anche per le obbligazioni nulle *ope exceptionis*, se l'eccezione era perpetua: ma giova per la cessazione degl'interessi, espressamente attestata dal momento della coesistenza — decisione che altrimenti conviene riguardare come anomala — e giova per la cessazione della mora. Del resto, anche nel Codice civile la compensazione legale non è regolarmente attuata nè l'azione va perduta pel creditore, che non si è valso della compensazione (Cod. civ. art. 1295 — C. fr. art. 1299). Fu Giustiniano egualmente a porre il requisito della liquidità pel credito da opporre (il codice civile la vuole per entrambi) e vietar la compensazione di fronte a crediti nascenti da spoglio violento o deposito, mentre d'altra parte ne ampliava l'ambito in guisa abbastanza oscura e stravagante, permettendola anche di fronte all'azione reale.

La trasmissione e circolazione delle obbligazioni, esaltata oltre misura nella vita commerciale dall'invenzione e dallo sviluppo crescente dei titoli di credito, ha fatto della compensazione un istituto giuridico fondamentale, che afferma via via più nel commercio una funzione essenziale. Così il pagamento nel senso genuino e classico, già ritardato e oscurato dal largo uso dell'alienazione dei

crediti, nei centri, ove il commercio intenso mediante organi del credito (banche, stanze di compensazione) mette a riscontro i reciproci rapporti obbligatori, è quasi eliminato dalla compensazione: e così l'obbligazione, concetto nelle origini sue ripugnante alla commerciabilità e tendente all'esecuzione, è divenuto nel credito in senso tecnico l'oggetto più facilmente circolabile, in guisa ben superiore alle cose mobili, cui da tempo venne assimilata, e l'estinzione si opera in misura sempre più larga non mediante esecuzione, bensì mediante compensazione.

## CAPITOLO XI.

### I contratti.

1. Il progressivo ingrandimento e il trionfale cammino storico del contratto è quasi parallelo alla fortuna della proprietà. Singolare è anche quest'evoluzione, perchè, movendo l'uno e l'altro istituto da poli opposti, la signoria reale e l'obbligazione, ora, per l'ampliamento subito, l'uno e l'altro sono a fronte come i due lati fondamentali del sistema giuridico, il momento statico, per così dire, e il momento dinamico, emergono come rappresentazioni popolari della signoria generale sul patrimonio e del movimento dei beni, rispettivamente. Non è mancato nemmeno il tentativo di concepire quale un contratto col defunto la successione ereditaria: idea non meno barocca dell'altra di costruire l'eredità quale una proprietà sul patrimonio dal defunto.

*Contratto* nell'uso odierno significa negozio giuridico bilaterale, vale a dire negozio giuridico, in cui due subbietti intervengono, in cui s'ha propriamente una fusione organica di due atti giuridici e di due volontà, le quali danno

per risultato l'accordo o consenso. La nozione è così ampia che oltrepassa la sfera patrimoniale e ricomprende negozi di diritto familiare, come l'adozione, o, secondo il concetto dominante, ma certo inesatto per diritto romano, il matrimonio. È un suo sinonimo *convenzione* e anche *patto*, sebbene questa parola, per una vaga reminiscenza dell'origine, venga a significare piuttosto le modificazioni che si recano al contenuto normale dell'atto o in genere anche il contenuto normale o accidentale dell'atto, ma non l'atto stesso nel suo concetto tipico.

Ora, tali usi non sono romani. Certamente negozi in cui si riconosca valore essenziale al consenso, anche fuori della sfera patrimoniale, come l'arrogazione, come l'adozione (in cui Giustiniano richiese, oltre la volontà dei due padri, anche quella dell'adottato) come il matrimonio, i Romani ne hanno e sul consenso discutono: ma la nozione astratta e generale del negozio giuridico bilaterale essi non la crearono più di quel ch'abbiano creato la nozione del negozio giuridico, nè in tale nozione potrebbe esser ricompreso il matrimonio romano, che esige bensì il consenso, ma quale requisito di uno stato che genera effetti sinchè dura, non di un atto giuridico bilaterale.

*Contrahere (contractus)* nella lingua dei giureconsulti romani, come nella lingua volgare italiana, che serba più genuinamente lo spirito antico, sono termini che alludono non al consenso, bensì al vincolo: termini paralleli a *obligare*, *obligatio* e usati anche spesso in scambio: *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur*, dice Paolo. Il senso materialistico del legare (*obligare vulnus, venas, obligatio linguae, etc.*), dello stringere (*contrahere succum, ventrem, diem, animam, etc.*: cfr. contrazione) è vivo egualmente nei due vocaboli e la schietta antitesi a entrambi

è *solvere, solutio*. Laonde il vocabolo *contrahere* tornava benissimo in acconcio, là dove trattavasi appunto di stringere un vincolo, di concludere una relazione duratura tra le persone, come nei rapporti familiari, sponsali, matrimonio, adozione, o nei rapporti obbligatori, ma non negli atti di trasmissione del dominio o costituzione di *iura in re*, nelle alienazioni vere e proprie. Senonchè il sostantivo *contractus* in special modo sembra sia stato coniato nella lingua della giurisprudenza classica per designare espressamente i vincoli obbligatori e appunto quei vincoli che la legge permette di stringere volontariamente; ma non è tuttavia peranco la volontarietà o il consenso che si vuol significare, bensì l'intrinseca natura ed essenza del rapporto obbligatorio, il suo sostrato obbiettivo: con parole romane il negozio o la causa, che dà al negozio una figura e un nome suo. *Contractus* insomma non esprime il concetto nè il valore dell'accordo, fonte di obbligazioni, ma è nome collettivo di una serie di rapporti, sui quali è lecito accordarsi. Perciò *contractus* reca in sè il riconoscimento civile: un contratto proibito, un contratto non garantito dal diritto sarebbero state espressioni contraddittorie pei Romani: e via via che si amplia la sfera dei rapporti obbligatori, sui quali è lecito di accordarsi, si estende l'attributo di *contractus*. Non mancano certe oscillazioni circa la portata della parola *contractus*: pare che la si volesse restringere talvolta alle così dette obbligazioni bilaterali, in cui gli obblighi sono reciproci dalle due parti, a vicenda creditrici e debitorici, un senso più prossimo al greco *συνάλλαγμα*: sarebbe contratto la compravendita, non la stipulazione e nemmeno il mutuo. Ma quest'uso mostra viemeglio come la parola non intendesse punto al consenso, bensì al vincolo obbligatorio e alla sua portata.

L'accordo è invece significato dalla parola convenzione (*conventio*), quasi un sinonimo di *consensus*: perciò la convenzione è un mero elemento del contratto, e tale elemento che solo nel periodo della giurisprudenza classica si estrasse dalla nozione del contratto: « *adeo autem conventionis nomen generale est*, dice un frammento caratteristico di Ulpiano, *ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* »

\*  
\* \*

2. La parola *contractus* e il concetto della causa sembra aver fatto il primo ingresso nel diritto, solo quando per la prima volta furono riconosciuti dei rapporti obbligatori indipendenti dalla forma. In origine ciò non era guari possibile: qualunque rapporto obbligatorio richiedeva delle forme per la sua validità. Secondo la coltura del popolo romano tali forme erano di parole, verbali. La più antica è il *nexum*, che nella struttura e nella storia si riscontra con la *mancipatio*, dacchè è l'altro lato della tipica solennità primitiva, il *gerere per aes et libram*. V'erano i cinque testimoni, il *libripens*, il pesar del bronzo e occorreva una dichiarazione del creditore, che qui nel *nexum* vincola il debitore con la formola *damnas esto* (cioè « sii o sia obbligato verso di me » cfr. *emtus esto*): e come la *mancipatio*, così il *nexum*, negozio effettivo in origine, è meramente immaginario nei tempi storici, forse fin dalle XII Tavole, e il pesar del bronzo una cerimonia. Il negozio effettivo originario e quindi l'ambito del contratto primitivo era, come si vede, il mutuo; divenuto una formale cerimonia si potè forsanco adoperare per ogni rapporto obbligatorio, che imponesse il pagamento di una somma

di denaro o anche di una quantità certa di cose fungibili. L'efficacia del *nexum*, procedente appunto, secondo ogni probabilità, dalla *damnatio*, era di accordare al creditore non soddisfatto la diretta esecuzione del debitore non altrimenti che in forza di un giudicato e precisamente, secondo gli usi dell'epoca, un'esecuzione sulla persona (*manus iniectio*): tale efficacia diretta, noto motivo drammatico della lunga lotta tra patrizi e plebei, venne abolita nel 226 a. C. dalla *Lex Poetelia*, la quale nello stesso tempo mitigò l'esecuzione in generale, vietando di tenere in ceppi i debitori e quindi sceverandone il carattere penale. Parve questa legge agli antichi il trionfo della libertà civile: *eo anno*, dice Tito Livio, *plebi romanae velut aliud initium libertatis factum est*: e non meno caratteristiche sono le parole con cui avverte l'alterazione subita dal primitivo concetto dell'obbligazione: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. Però il *nexum*, cessato ch'ebbe d'esser un titolo esecutivo, decadde dall'uso.

I tre tipi classici di obbligazioni verbali (*verbis contrahitur obligatio*) sono la *dictio*, il *iusiurandum*, la *stipulatio*. La *dictio* ci appare soltanto relativamente alla promessa dotale (*dotis dictio*), e anche è lecita solo alla donna stessa, al padre, al debitore di lei: è scomparsa col riconoscimento del patto dotale. Il *iusiurandum* pare invece una forma generale primitiva di obbligarsi, e sopravvive nello stesso diritto giustiniano relativamente alle opere promesse dal liberto al patrono (*iusiurandum liberti*). In entrambi i casi, l'obbligazione nasceva *uno loquente*.

Il più fortunato negozio caratteristico dell'antico popolo, la *stipulazione*, sopravvive nel nome ancora oggi, e designa anche oggi, se non un impegno solennemente contratto, per lo meno esclusivamente un impegno giuridico.

Sebbene non primitiva (pare certo venuta in uso molto dopo le XII Tavole), incerta è l'origine della stipulazione non meno che l'etimologia della parola. È assai probabile — e le parole *sponsio*, *fidepromissio* confermano quest'ipotesi — ch'essa abbia tratto origine appunto dalla promessa giurata, sulla cui efficacia primitiva del resto, se direttamente esecutiva, se per lo meno civile o se invece meramente religiosa, si discute assai. L'essenza formale, che ne determina i requisiti, era la domanda e la risposta orale. Ma già nel diritto classico l'influenza del *ius gentium* aveva corroso la vetusta solennità, ammettendo accanto alla civile *sponsio* la *stipulatio iuris gentium* e, con gli ultimi giureconsulti romani, abbandonata anche la congruenza tra la domanda e la risposta. L'uso della scrittura, quale mezzo di prova della stipulazione, contribuì anche ad alterarla: nell'ultima epoca Leone imperatore, abolì espressamente la domanda e la risposta (472 d. C.) e Giustiniano indebolì anche il requisito della presenza delle parti, non ammettendo ad infirmare il documento scritto se non la prova che le parti nel giorno indicato non erano assolutamente presenti sul luogo. Il carattere formale della stipulazione viene a esser riposto puramente e semplicemente nell'*intenzione di stipulare (animus stipulandi)*, salva soltanto, e sino a un certo segno, la presenza delle parti, che del resto poco dipoi venne abolita anch'essa da Leone il filosofo: vero rudimento storico fu allora l'incapacità dei sordi e dei muti.

L'ambito della stipulazione si svolse con l'ambito dell'obbligazione romana: forse destinata in origine, come il *nexum*, a creare debiti di denaro, certo ben presto venne adibita a ogni obbligazione avente per oggetto una cosa certa, un *dare* nella più ristretta significazione; appresso già innanzi alla procedura formolare, venne usata, prima

indirettamente, mediante clausole penali, poi anche direttamente a rendere giuridica l'obbligazione avente per oggetto un *incertum, dare o facere* in generale: singolarissima è l'estensione della formalità della *stipulatio* nei paesi neo-romani, massime dell'Oriente, a dare validità ad atti estranei totalmente alla materia delle obbligazioni, come testamento o manumissione.

\*  
\* \*

3. Non oltre i crediti di denaro si svolse invece presso l'antico popolo il tipo del contratto formale per iscrizione (*litteris contrahitur obligatio*). Tale era il *nomen transscripticum*: basato sulla regolare tenuta dei conti entro la famiglia romana, esso scompare nel mondo romano-ellenico, al quale è totalmente estraneo lo spirito patriarcale dell'antica famiglia; e così avviene che precisamente il contratto per iscrizione sembra anch'esso straniero al nuovo diritto, e i compilatori hanno sempre eliminato la menzione dell'obbligazione contratta *litteris*. Di fronte alla crescente importanza della scrittura, all'alto posto ch'essa usurpava nei paesi elleno-orientali, lo sparire del contratto *litteris* nella teoria giuridica è un'anomalia, che d'altra parte mal si concilia con l'ordinamento reale, e ha generato un'antica disputa tra gl'interpreti. Il vero è, che i Greci redigevano i contratti per iscrizione (*syngraphae, chirographa*), e pare certo che almeno le *syngraphae* fossero o potessero costituire vero contratto formale: ora, il chirografo già sin dai più antichi contatti coi peregrini era penetrato nella società romana, quale mezzo di prova della stipulazione. Senonchè, ciò che più importa, nell'età imperiale, via via più imperando la ragione commerciale e l'influenza straniera, avviene che l'ordinamento patriar-

cale delle scritture interne da parte dello stesso *paterfamilias* cede il posto alla scrittura, obbligazione o quitanza, proveniente dal terzo. Così nacque l'uso di rilasciare chirografi per mutuo semplice, contratto da tempo riconosciuto indipendentemente da qualunque stipulazione. Di fronte a simili attestazioni scritte, la posizione del mutuatario era esteriormente analoga alla posizione del promettente nella stipulazione: il mutuatario, che non avesse ricevuto la somma per la quale aveva rilasciato il documento (*chirographum, cautio*), poteva naturalmente provare questo fatto e venire assolto o anche senz'altro chiedere giudizialmente la restituzione del documento. Ma anche seguita la stipulazione, qualora il mutuatario non avesse ricevuto la somma per cui s'era vincolato, erano stati dal Pretore e dalla giurisprudenza garantiti i rimedi dell'*exceptio doli* o della *condictio sine causa* per conseguire l'accettillazione: la sola differenza era di mezzi e di stadio processuale, ma in sostanza l'efficacia formale del contratto verbale dava la mano alla forza probatoria dell'atto scritto. Senonchè sopravvenne un'innovazione, che avvicinò anche maggiormente le due posizioni: verso la fine del regno di Caracalla fa la sua comparsa, dapprima, a quel che sembra, nei processi *extra ordinem*, un istituto singolarissimo, la *querela non numeratae pecuniae*, per la quale chiunque appare obbligato sulla base di un documento di stipulazione o di mutuo semplice può opporre al presunto creditore un'*exceptio (non numeratae pecuniae)* o ripetere il documento mediante una *condictio* o rinnegare il debito mediante una protesta dinanzi al magistrato (*contestatio*), sempre (ed è questo il punto degno di nota) ritorcendo la prova del danaro versato sul creditore. L'uso di questo mezzo, che annienta in sostanza la forza del documento, prova del mutuo o della stipulazione, è limitato peraltro a un certo termine,

che di un anno dapprima, venne esteso da Diocleziano a cinque e ridotto da Giustiniano a due: dopo il qual termine, il documento fa prova in modo assoluto. Ora il risultato è evidente: i mutui chirografari, stipulati o meno, si trovano ormai prima e dopo il periodo di due anni sullo stesso piede, soggetti prima alla *querela non numeratae pecuniae*, inattaccabili appresso. Non interamente a torto Giustiniano ammette nelle sue Istituzioni, benchè con un giro abbastanza infelice di pensiero e di frase, l'esistenza di una nuova obbligazione letterale. Il vero è che il nuovo diritto e la nuova procedura si può dire abbiano eliminato il contratto formale *verbis*, non meno che il contratto formale *litteris*: ma la scrittura dopo i due anni è prova assoluta, e quindi acquista valore formale relativamente ai mutui.

Il campo della *querela non numeratae pecuniae* è stato da Giustiniano esteso con dubbia utilità a ogni mutuo, non solo di denaro, e anche a ipotesi analoghe (quitanza di pagamento, attestazione di aver ricevuto la dote) e il decorso del termine sospeso contro i minori: ma d'altra parte l'imperatore minaccia la pena del doppio a chi falsamente vuol giovarsene e già il suo predecessore la negò per la *cautio discreta*, concetto alquanto controverso.

\*  
\* \*

4. Se *ab origine* la solennità formale era indispensabile per la validità non meno che per l'estinzione dell'obbligazione e tutto lo svolgimento antico non porta che ad ampliare l'ambito delle forme e dare sanzione mediante la forma al maggior numero possibile di rapporti obbligatori, fin dagli ultimi tempi della repubblica s'inizia uno svolgimento nuovo: dar sanzione obbligatoria ad

alcuni negozi indipendentemente dalla forma, riconoscere sulla base di certe cause un vero *contractus*, un vincolo obbligatorio. È lo svolgimento che, condotto alle ultime conseguenze, ha portato oggi ad attribuire al contratto il significato di accordo. I primi *contractus* dall'ingenuo spirito dell'antica giurisprudenza e in genere della riflessione scientifica primitiva, che si compiace di superficiali e precise divisioni, non badando a confondere cose differenti, vennero raggruppati nelle due celebri categorie dei contratti reali (*re contrahitur obligatio*: mutuo, commodato, deposito, pegno) e consensuali (*consensu contrahitur obligatio*: compravendita, locazione-conduzione, società, mandato), e così nacque la quadruplici partizione: *verbis, litteris, re, consensu*, che in una legge di Modestino si ritrova anche più mostruosamente complicata. Non si può dar lode a un siffatto schematismo che sia praticamente utile e scientificamente ben pensato, perchè vi si rileva un elemento comune a ciascun gruppo di obbligazioni: giova invece notare che questo elemento comune è ben diverso nelle obbligazioni *verbis* o *litteris*, in cui rappresenta il carattere generico della forma, e nelle obbligazioni *re* o *consensu*: che non è ben chiaro che cosa rappresenti nelle obbligazioni *re*, se un elemento della causa, la trasmissione di cose già operate dal creditore a favore del debitore e giustificante il sorgere del contratto (la quale trasmissione ha del resto valore ben diverso nei singoli negozi) o il contenuto dell'obbligo, che è in fondo, almeno economicamente, la restituzione delle cose stesse: che non rappresenta affatto un elemento specifico nelle obbligazioni *consensu*, giacchè il consenso è necessario in ogni contratto, onde contratto consensuale non può valere se non come designazione enfatica e negativa; che è grave il celare e confondere l'antitesi fondamentale della forma

*verbis* o *litteris*, di cui il negozio si riveste, e dei negozi stessi, quali sono i contratti reali e consensuali: che questo parallelismo ha indotto nell'equivoco di riguardare come un elemento formale o quasi formale, come un requisito artificiale e positivo la *res* nei contratti reali, mentre è inerente alla natura del negozio stesso. Non debesi però dimenticare che la speculazione post-classica e la tradizione dommatica dei romanisti hanno forse dato a quest'infelice classificazione un rilievo esagerato.

\* \* \*

5. Il più antico negozio obbligatorio riconosciuto indipendentemente dalla forma, il più antico contratto materiale o causale, come usa dire dai moderni, pare certo il *mutuo*. L'origine storica del mutuo rispecchia quanto nel concetto di *contractus* la causa primeggia sul consenso: poichè pare anche certo che l'obbligazione del mutuatario di restituire la somma o i generi, ch'egli ha ricevuto, non sia che una filiazione della *condictio ex iniusta causa*, della sanzione generale, antichissima, probabilmente anteriore alla stessa *Legis actio per conductionem*, che garentiva la restituzione dell'ingiusto arricchimento. La stretta aderenza del mutuo alla sua causa più che all'accordo si rileva in più d'una singolarità e specialmente nell'impossibilità di convenire una restituzione superiore alla somma ricevuta o il pagamento degl'interessi: il mutuo è un contratto *stricti iudicii* o *stricti iuris*, come si suol dire. Notevole è come abbiano influito sul mutuo i principî larghi in materia di tradizione e della rappresentanza nello acquisto per tradizione.

Gli altri tre negozi, che si sogliono riporre nella categoria dei contratti reali, *commodato*, *deposito*, *pegno*, sono

d'origine più recente dei così detti contratti consensuali: gli ultimi studi hanno messo in luce abbastanza chiara le fasi di sviluppo. A ripetere la cosa data in comodato o prestito d'uso, in deposito, in pegno non v'era in origine che la *vindicatio* o eventualmente azioni extracontrattuali, come l'*actio furti*, per i danni recati alla cosa l'*actio legis Aquiliae*, e inoltre contro il depositario infedele era stabilita dalle XII Tavole speciale azione *ex delicto*, che imponeva il pagamento del doppio. L'obbligazione contrattuale, che permette di rivolgersi contro il debitore, anche se non ha più la cosa tra le mani, che, a differenza dell'obbligazione *ex delicto*, si rivolge anche contro gli eredi e tiene conto anche della colpa *in non faciendo*, che d'altra parte garentisce anche la posizione dell'obbligato, massime nel comodato o nel pegno per la ritenzione della cosa in uso o in garentia, secondo l'accordo, è stata prima riconosciuta dal Pretore mediante azioni *in factum*, poi anche nel diritto civile (con che si riconobbe nettamente la natura contrattuale), senza che peraltro l'azione civile *in ius* abbia tolto di seggio l'azione *in factum*; il riconoscimento non sembra anteriore all'epoca di Cicerone e alla data della *Lex Iulia Municipalis* (45 a. C.). L'azione civile è di buona fede, e ciò dà largo margine all'accordo delle parti e al giudice; ma la più caratteristica novità di questi negozi è il sorgere (par certo, in seguito) delle così dette *actiones contrariae*, con le quali eventualmente per spese fatte sulla cosa o danni ricevuti dalla cosa, il commodatario o depositario o pignoratario potevano rivolgersi contro il commodante o deponente o pignorante e chiamarlo a risponderne, le quali pretese per lo innanzi non si facevano valere, se pure, che mediante eccezione o ritenzione di fronte all'*actio (directa)* del creditore. L'eventualità di queste ob-

bligazioni contrarie a carico del creditore ha costituito di siffatti negozi il gruppo dei così detti *contratti bilaterali* o *sinallammatici imperfetti*.

\* \* \*

6. Anteriore ai tre contratti menzionati, ma certo, a differenza del mutuo, posteriore alla legge EbuZIA, era un negozio singolarissimo del diritto classico di ROMA, la *fiducia*: nome collettivo di negozi, se si vuole, poichè veniva adibito ai fini più vari: oltre ai fini stessi del pegno, cioè di fornire una garentia reale al creditore, e a quelli del deposito o anche commodato, anche ad altre funzioni: manumissione dello schiavo alienato, donazione a causa di morte, cioè con obbligo di restituzione, premorendo il donatario al donante, donazione per interposte persone, forse anche restituzione della dote sciolto il matrimonio; onde le varie designazioni *fiducia cum creditore*, *cum amico*, *manumissionis causa* etc. Essa consisteva nell'obbligazione assunta mediante convenzione relativa a una *res mancipi*, che era legalmente trasmessa dall'una parte (il creditore o fiduciante) all'altra (debitore o fiduciario). Come i tre contratti nominati, la convenzione fiduciaria ebbe a sua difesa un'*actio* prima *in factum* infamante (si dubita se per innanzi il fiduciante potesse ripetere la *res* mediante una *condictio*, esaurita la causa), poi *in ius* di buona fede, e occorreva anche nella fiducia l'*actio contraria*. Per la natura e il fondamento suo la fiducia sarebbe da noverare tra le *obligationes quae re contrahuntur*: nondimeno, forse a causa del punto di partenza, che non fu il riconoscere la giustizia di restituire la cosa, bensì la sanzione del patto aggiunto all'alienazione legalmente perfetta, non venne dai Romani annoverata tra i contratti reali. Il suo ricollegarsi alla *mancipatio* e alla *in iure cessio* le fece subire

il destino di queste forme: benchè menzionata in una legge del 385 d. C. e anche in una lettera di Sidonio Apollinare e in un documento ravennate del 453, forse tra i neo-romani dell'Oriente non ebbe mai ad attecchire.

\*  
\*  
\*

7. Riconosciuti, a quel che sembra, a un tempo con la fiducia, nel periodo anteriore a Mucio Scevola e Cicerone, i contratti consensuali presentano tutti, a eccezione del mandato, dei veri *contractus* nel senso più ristretto, cioè bilaterali, salvochè l'azione dell'una delle parti richiede per esser efficace quanto meno l'offerta della prestazione (*exceptio non adimpleti contractus*: il termine *exceptio*, non proprio per diritto classico, è testuale e proprio per diritto giustiniano): e sono tutti poi di buona fede. L'origine e il carattere loro hanno però lati più oscuri dei contratti reali. Il primo di essi, la *compravendita*, già nella sua generale essenza presenta un problema giuridico stranamente dimenticato: la compravendita di per sè non è una figura esclusivamente obbligatoria, non è un fine, vale a dire, che porti necessariamente alla costituzione di un *contractus* nel senso romano, giacchè se prezzo e merce, come il più delle volte, si scambiano immediatamente, si può concepire con gli effetti reali esaurito il negozio; o certo esso è un negozio misto di effetti reali immediati e di possibili effetti obbligatori per eventuale responsabilità del compratore o del venditore. Non deve sfuggire che la compravendita è il parallelo della donazione; parallelo perfetto e meritevole di essere maggiormente considerato per illuminare la teoria della donazione, se al modo romano si ravvicinano alla compravendita le altre minori cause d'acquisto *definitivo* (non tutte le cause onerose), in cui peraltro il corrispettivo non è denaro.

Se a differenza della donazione, a differenza della dote, la compravendita non può avere una trattazione generale, ovunque la si collochi nel sistema, ciò deriva dal fatto che le regole generali si riducono alla pura e semplice nozione, mentre le numerosissime regole dell'istituto concernono esclusivamente la compravendita obbligatoria. Ma queste specialità che danno alla compravendita romana una posizione così netta nella parte delle obbligazioni, sono in sé tutt'altro che naturali e razionali: la compravendita romana ha invero una singolarissima e, si può dire, financo abbastanza barocca struttura, la quale non è stata interamente eliminata dall'evoluzione moderna. Nulla di più razionale che l'obbligazione del venditore sia quella di trasmettere la proprietà della merce, come l'obbligo del compratore è quello di pagare il prezzo. Nulla di ciò invece nella compravendita romana: il compratore è bensì obbligato a trasferire la proprietà delle monete, pagando il prezzo, ma il venditore non è tenuto altrimenti che a trasmettere il possesso della merce; nel linguaggio romano, egli non è obbligato a un *dare*, bensì a un *prae-stare*: la differenza di posizione dei due obbligati è avvertita espressamente dai giureconsulti romani.

Se anche oggidì nel mondo dei giureconsulti questo anomalo concetto non è chiaramente appreso e freddamente valutato, ciò deriva da più circostanze. Nel civilista odierno l'intelletto è turbato da un'altra differenza, che nasce dal linguaggio del nostro legislatore, il quale per voler render il passaggio del dominio indipendente dalla tradizione del possesso, invece di sancire che la compravendita può avere, se le parti vogliono, effetto immediato di trapasso del dominio, ha disposto che lo abbia sempre: e così l'obbligazione assunta di trasmettere la proprietà nel nostro linguaggio legislativo (il che non è del resto

un gran vizio) non è più vendita, bensì promessa di vendere. Quando pertanto il civilista pone la differenza tra il diritto romano e il nostro diritto nei termini seguenti: « che nel nostro diritto la compravendita trasmette la proprietà, in omaggio alla dottrina del trapasso per mutuo consenso, mentre nel diritto romano la compravendita obbliga soltanto al così detto *habere licere* » ragiona come chi dicesse che l'Italia ha una popolazione di circa trenta milioni di abitanti, mentre il Giappone ha tale e tale superficie: pone, vale a dire, due verità che non hanno rapporto, perchè i termini non si riscontrano; e, considerando le critiche che si muovono al principio della trasmissione della proprietà per mutuo consenso, può cullare nell'illusione che il regime della compravendita romana, il quale con quel principio relativo alla trasmissione del dominio, non ha nulla che vedere, sia la più gran bella istituzione. A cullare in quest'illusione o addormentare per lo meno il pensiero scientifico contribuisce poi sempre il rispetto della tradizione e della romanità, l'ignoranza dell'origine, che ci potrebbe fornire la ragione e quindi la constatazione dell'anomalia, la lunga serie di espedienti, con cui si cercò via via di rimediare a tale imperfezione. Ma la storia di questo graduale svolgimento, che ha per termine finale nel diritto romano di fare che il venditore abbia a trasmettere non il possesso, bensì di fatto la proprietà e in cui si mostra veramente il genio pratico della giurisprudenza romana, per chi non abbia l'intelletto ostinato nell'adorazione dommatica rappresentata nell'assiduo, faticoso sforzo della dottrina, la confessione aperta e la condanna dell'originaria anomalia. Lasciando dunque da parte l'oscurissima genesi del contratto di compravendita (consensuale sotto sanzione della *fides*? doppia stipulazione? consegna con patto di non

ripetere?), gioverà proseguire semplicemente la tendenza dell'evoluzione. Nella prima fase storica l'obbligo del venditore è semplicemente *rem praestare*; consegnata la cosa (si può dubitare se, trattandosi di *res Mancipi*, egli fosse tenuto a manciparla), egli ha esaurito la prestazione. Certo egli non può ripetere, perchè, se anche non ha mancipato la *res Mancipi*, a lui si oppone sempre la *exceptio rei venditae et traditae*; ma se il compratore scopre che gli è stata data cosa altrui, se, anzi, la cosa stessa viene reclamata e dietro giudizio ripresa dal vero proprietario (evizione), il venditore non è tenuto a nulla: la garentia dell'*auctoritas*, obbligazione certo di natura delittuosa in origine, non ha sua base nella vendita, bensì nella mancipazione. Senonchè per garentirsi in modo analogo fuori della mancipazione venne l'uso di aggiungere alla vendita delle stipulazioni apposite, in origine la *re-promissio* o *satisfactio secundum Mancipium*, in seguito la *stipulatio habere licere* ovvero, per le *res Mancipi* non mancipate, per le più preziose tra le *nec Mancipi* o anche per ogni oggetto, secondo gli usi del paese, la *stipulatio duplae*. Appresso, il motivo della *bona fides* inerente al contratto indusse a ritenere che il venditore fosse obbligato a concludere, secondo gli oggetti o gli usi, l'una o l'altra stipulazione e si accordò l'*actio empti* per conseguirla. Appresso ancora, si ammise che simili stipulazioni dovessero esser sottintese, e il compratore evitto potesse agire come fossero state concluse, e finalmente, che, non soccorrendo la *stipulatio duplae*, l'*actio empti* si potesse intentare per conseguire il risarcimento totale del pregiudizio in caso di evizione. Si andò anche più in là: il venditore, che avesse scientemente venduto cosa altrui senza saputa del compratore, era soggetto all'*actio*

*empti*, anche senza attendere evizione: perchè allora, si osserva, egli è in dolo. Di qui la complicata numerazione degli obblighi del venditore nei giureconsulti romani: *rem praestare* o (*vacuam*) *possessionem tradere, ob evictionem se obligare, purgari dolo malo*: pare anche posteriore lo stesso obbligo di *mancipare* le *res mancipi*, naturalmente caduto nel diritto giustiniano. Di qui la duplicità dei rimedi a garanzia del compratore, l'uno tendente a una somma fissa, il prezzo pagato o il doppio o anche di più, l'altro al risarcimento del pregiudizio, che al momento dell'evizione si viene a subire: duplicità che Giustiniano avrebbe potuto eliminare, come ha fatto per le analoghe azioni *ex stipulatu* e *rei uxoriae* in materia dotale, ma che mancò di fare nella nostra materia, forse anche preoccupato piuttosto di fondere nella *stipulatio duplae* l'*actio auctoritatis* della mancipazione. Di qui la dipendenza assoluta di siffatti rimedi dall'effettiva evizione, dalla vera e totale privazione del possesso, tantochè l'azione non è concessa per l'evizione di quota indivisa, finchè non abbia per risultato la perdita di una parte materiale. Certo in forza di tali rimedi, combinati con l'*actio empti* per il dolo, si giunge allo stesso risultato ormai come se in ultima analisi fosse stabilito semplicemente che il venditore è obbligato a trasmettere la proprietà, alla pari di chi ha promesso la cosa per stipulazione o sulla base di una permuta, e quindi responsabile dei danni interessi per mancato adempimento: certo il domma che il venditore non è tenuto se non a trasmettere il possesso sopravvive come un domma formale e le spiegazioni che ne danno gli stessi giureconsulti romani sono piuttosto comiche e contraddittorie; ma al risultato finale si giunge per molte vie torte e la semplice naturalistica concezione dell'istituto fondamentale nel

commercio giuridico è oscurata da sottigliezze e complicazioni non necessarie.

Analoga storia hanno le stipulazioni per i vizi della cosa, salvo alcune lievi oscurità per le origini circa la responsabilità del mancipante. Ma qui intervenne l'opera degli Edili, con le loro azioni di natura penale, la *redhibitoria* e l'*aestimatoria* o *quanti minoris*, nella vendita degli schiavi e dei giumenti; per l'editto degli Edili il venditore è tenuto, indipendentemente dalla dichiarazione, dalla reticenza, anzi dalla scienza stessa del vizio. La giurisprudenza o forse lo stesso Giustiniano hanno esteso a ogni oggetto la responsabilità stabilita dagli Edili.

Altro singolarissimo elemento della compravendita romana è il *rischio* addossato al compratore, non solo del deterioramento della cosa, ma della perdita stessa, sicchè egli è tenuto a pagare egualmente il prezzo, non ricevendo l'oggetto: il che è particolarmente iniquo nella vendita di cosa altrui o nella vendita a più persone. L'argomento non è interamente chiaro e tra i testi numerosi ve n'ha di quelli che paiono avversi, come ve n'ha di oscuri e sospetti; ma Giustiniano è troppo savio ed equo legislatore per poter attribuire a lui la responsabilità d'una regola, ch'è forse un nuovo rudimento storico. A lui spetta invece di certo la rescissione per *lesione enorme*, interpolata in due testi di Diocleziano.

\*  
\* \*

8. Singolarità non essenziali, come la compravendita, presenta la *locazione*, negozio complesso, che riguarda cose, servigi (*operae*), imprese (*opus*). In gran parte esse paiono determinate dall'influenza dei negozi pubblici di simil genere: come il termine del lustrò, la tacita ricon-

duzione d'anno in anno, le denominazioni stesse (*locare, conducere*), e la bizzarria di chiamare *locator* nella *locatio operis* colui che affida l'impresa e retribuisce la mercede; forse anche il concetto delle *operae locari solitae*, che esclude servigi di natura assai disparata, come quelli dell'avvocato e della nutrice (mandato) o quello dell'agrimensore (*actio in factum*). La mercede si deve inoltre dalla data della prestazione effettiva e secondo la prestazione: il rischio è a carico del locatore nella *locatio rei* e, salvo equi temperamenti, quando dall'operaio non dipenda assolutamente il prestarla, nella *locatio operarum*; a carico del conduttore nella *locatio operis*. Delle cause di scioglimento alcune (abuso, urgente bisogno della cosa) devono probabilmente l'origine loro a Giustiniano: equivoca, se non assolutamente fallace, è la massima *emptio tollit locatum*.

Controversa è anche l'origine del contratto di *società*. Mentre v'ha chi ritiene che le sue varie forme non sieno state fuse a unità di tipo e di regola che da Giustiniano, d'altra parte v'ha chi, sulle regole appunto del contratto e dell'azione *pro socio* (condanna infamante, ma *in id quod facere potest*, fraternità tra i soci e limitazione della colpa, acquisto dei beni senza tradizione nella società *omnium bonorum* ed estinzione per morte o *capitis deminutio*), ricostruisce l'origine dal vetusto consorzio familiare agnatizio. È affar delicato distinguere la società, che vuole *affectio societatis*, dalla semplice comunanza d'interessi, per es., tra acquirenti di un oggetto in comune, regolata dall'*actio communi dividundo*, e dalla persona giuridica, che alcune società possono rappresentare.

Il *mandato* si stacca dagli altri contratti consensuali: è forse il più antico, certo il solo attestato da testimonianze anteriori all'epoca di Mucio Scevola (a. 123, 120, 115 a. C.); ma, quel che più importa, esso presenta di nuovo,

come i tre ultimi contratti reali, il tipo della così detta obbligazione bilaterale imperfetta, e come quelli ebbe sanzione prima *in factum* dal Pretore (per lo meno quanto all'azione contraria), poi *in ius*. La gratuità è dell'essenza del mandato, il quale altrimenti si verrebbe a toccare con la locazione d'opere: pur nondimeno le necessità sociali hanno indotto la retribuzione (*honos, honorarium, salarium*) di alcuni mandati, che si fece valere nella *cognitio extra ordinem*. Col mandatario (*is qui mandatum accepit*) si è fuso via via il *procurator* o stabile amministratore, persona dipendente, di solito un liberto, il cui rapporto col *dominus*, in origine meramente familiare, venne riassunto nel mandato (forse il mandato generale è stato inventato per il procuratore) e la cui attività stessa rispetto al patrimonio fu fatta nell'ultima epoca o per opera di Giustiniano più rigorosamente dipendere dal mandato speciale o dalla ratifica.

\*  
\*\*

9. Il sistema classico dei contratti materiali, quale ci è rappresentato nelle Istituzioni del sabiniano Gaio e quindi anche nelle Istituzioni di Giustiniano, si chiude con gli otto tipi esaminati. Ma già la scuola dei Proculeiani aspira nel corso dell'età imperiale a oltrepassarne il confine, dando impulso alla formazione di quella vasta e indeterminata categoria, che in difetto di meglio i moderni chiamano dei *contratti innominati*, e che venne definitivamente costituita e sistemata da Giustiniano. Questa categoria presenta, se così si vuole, una generalizzazione dei contratti reali, e nel diritto giustiniano si raggruppa nelle quattro classi, che, secondo la duplice natura della prestazione (*dare o facere*), rappresentano tutte le com-

binazioni possibili delle cause realistiche in rapporto all'oggetto dell'obbligazione: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Nei molteplici negozi che si richiamano all'una o all'altra delle figure enunciate, lo stato originario era anch'esso quello dei contratti reali prima del riconoscimento: una *condictio* basata sull'ingiusto arricchimento per ripetere il dato, che troviamo denominata nelle fonti più tarde *ob rem dati, ob causam datorum, causa data causa non secuta*. Il riconoscimento del contratto peraltro doveva recare qui una più profonda trasformazione che non nei contratti reali, giacchè non è l'oggetto stesso, come in fondo nei contratti reali, che si reclama più vantaggiosamente con l'azione contrattuale, bensì, come nei contratti consensuali, un'altra prestazione, in alcune combinazioni assolutamente dissimile: laonde può esser dubbio se i Romani avrebbero mai ricompreso questi negozi nella categoria dei *contractus, qui re contrahuntur*. Anche qui, come in ognuno dei contratti, di cui si segue con più sicurezza lo svolgimento, si comincia col proporre o consigliare al Pretore delle azioni *in factum*, senza preoccuparsi della natura contrattuale: tale è il pensiero dei più antichi giureconsulti, quali Alfenio Varo, dei giureconsulti di scuola sabiniana, Giavoleno, Giuliano, Gaio, dello stesso Proculo, a quel che sembra; affermato ancora in alcune decisioni di Papiniano e Ulpiano. Senonchè sin dal tempo di Labeone si viene insinuando un pensiero nuovo. Dapprima nell'ipotesi in cui era dubbio se esistesse l'uno o l'altro dei contratti riconosciuti, dipoi anche in rapporti affatto nuovi, avvisando nel *negotium* o nella causa la base sufficiente di un vincolo obbligatorio convenzionale, di un *contractus*, si ammise che si potesse civilmente agire. Si esponeva in più parole colla *demonstratio* il negozio concluso, soggiungendo l'*intentio*

incerta (*quidquid... dare facere oportet ex fide bona*) dei contratti di buona fede: donde l'espressione *agere praescriptis verbis* e il nome dell'*actio civilis incerti*. Peraltro i nuovi contratti non vennero a costituire nella giurisprudenza classica una categoria organica e molto meno si ebbe quel completo riconoscimento delle quattro combinazioni, che ci è rappresentato nei testi rimaneggiati da Giustiniano. Il nome stesso di *actio praescriptis verbis*, che vuol raggruppare a unità le varie categorie sembra invenzione di Giustiniano o della giurisprudenza ellenoromana degli ἤρωες; certo è opera dell'imperatore bizantino la fusione dell'*actio in factum* pretoria e dell'azione civile nella bizzarra locuzione *actio civilis in factum*.

Il riconoscimento dei contratti innominati ha fatto che nell'ipotesi del contratto il diritto di esperire la *condictio causa data causa non secuta* si restringesse (sia ciò opera dei giureconsulti classici o di Giustiniano, come sembra), all'ipotesi che la controprestazione non sia stata eseguita per colpa dell'obligato: e in questi limiti il principio è abbastanza equo, tantochè una simile scelta tra l'esecuzione e la risoluzione del contratto è stata estesa nel diritto moderno a tutti i negozi bilaterali (Cod. civ. art. 1165), al che giunse la pratica francese, fondendo con la *condictio* la *lex commissoria*, resa conseguenza naturale della vendita. Ma se ai nuovi negozi che hanno un'intrinseca analogia coi contratti consensuali, massime colle tre figure più schiette, compravendita, locazione-conduzione, società, si poteva estender la regola della dissoluzione del contratto per mutuo consenso, è veramente eccessivo il diritto generale di pentirsi e ripetere la prestazione *re adhuc integra* mediante la così detta *condictio ex poenitentia*, sancita da Giustiniano, estendendo, come pare innegabile, a ogni contratto innominato una decisione,

che il diritto classico aveva emesso per il caso specialissimo di alienazioni fiduciarie di schiavi *manumissionis causa*.

Dei tipi più distinti di contratti innominati si richiamano alla dottrina classica il contratto di commissione (*aestimatum*) e la *permuta*: circa l'uno si disputò per un certo periodo se si dovesse ritenere valido quale vendita sotto condizione o locazione o mandato, dell'altro se non fosse addirittura una vendita, al che peraltro ripugnava la necessità di distinguere tra merce e prezzo per le regole singolari della compravendita romana, e il risultato ultimo nello stesso Paolo sembra che fosse di concedere un'*actio in factum*. La costruzione del contratto mercè la consueta riassunzione sotto l'*actio praescriptis verbis* è forse interamente opera di Giustiniano. Certo è opera sua la concessione della medesima difesa nella *transazione*, nel patto di *divisione*, avvenuta sempre l'esecuzione dell'una delle parti, nella restituzione pattuita della *dote*, nel *precario*, e per lo meno la designazione con questo nome dell'*actio incerti* attribuita al donante per l'adempimento dell'onere imposto nella *donatio sub modo*.

In virtù della giurisdizione pretoria altri rapporti obbligatori dipendenti dalla convenzione vennero a stabilirsi: il *constituto*, il *receptum argentariorum*, fuso da Giustiniano col costituito, l'*assunzione d'un arbitrato* (*receptum arbitrii*): dubbia è la natura convenzionale del celebre *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. Son questi i così detti *patti pretori*: non chiamati però nelle fonti con questo nome, e garantiti con diverse azioni (*actio pecuniae constitutae, actiones in factum*) o anche, come il *receptum arbitrii*, in via amministrativa mediante la comminazione di una multa. Anzi nello stesso costituito

la sanzione del rapporto e l'azione, che nel diritto classico era in certi casi annale e non sempre passava agli eredi, ha piuttosto carattere penale: su di che del resto si discuteva ancora nella tarda giurisprudenza classica. Teodosio II rese obbligatoria la *promessa di dote*, indipendentemente dalla *stipulatio* o dalla *dictio* (a. 428), Giustiniano la *promessa di donare*, a torto ritenuta valida per una costituzione di Antonino tra ascendenti e discendenti. Sono questi alla loro volta i così detti *patti legittimi*; ma di nuovo si avverta che la parola patto non è pronunciata al riguardo nelle nostre fonti.

\*  
\* \*

10. Senonchè l'ampio sviluppo dei rapporti obbligatori, in cui la legge dà sanzione alla volontà delle parti, sviluppo tale che nei contratti innominati o, se si vuole, nella categoria dei contratti reali rompe la barriera di tipi determinati, ha oscurato nel diritto giustiniano l'idea che il *contractus* è una eccezione. Per quanto i testi affermino ancora che l'accordo mero non basta a costituire l'obbligazione (*cum nulla subest causa, propter conventionem hic (iure civili?) constat non posse constitui obligationem*), ammessi i contratti innominati e financo la convenzione di donare, il senso e il valore della causa è ribassato, se non esaurito. E se aggiungiamo a questo il fatto che la stipulazione, smarrita interamente la sua forma tipica di una domanda e di una risposta, si è ridotta alla pura e semplice convenzione tra presenti con *animus stipulandi*, si comprenderà facilmente come anche la nozione del *contractus* si dovesse alterare, avviandosi a diventar la parola un mero sinonimo di *conventio* o

accordo. D'altra parte l'incremento dei patti a modificare e determinare gli effetti del negozio (i così detti *pacta adiecta*) non solo nei contratti di buona fede, ma in quelli stessi di stretto giudizio, non solo in senso limitativo, a favore del convenuto, come in origine, ma in senso accrescitivo, per lo meno se aggiunti all'atto stesso di concludere un contratto di buona fede, ha fatto sì che la parola *patto* significhi il contenuto stesso del contratto (forse è tale il senso della vessata formola *pactio et stipulatio*) e diventi per altra via un succedaneo, se non un sinonimo, di contratto: le espressioni *patti pretori*, *patti legittimi*, se non testuali, sono autorizzate per diritto giustiniano. Lo sviluppo medioevale, riducendo l'ombra della stipulazione, ultimo vestigio del vieto diritto quiritario, a termine tecnico per significare la convenzione giuridica, ha portato nel diritto moderno al riconoscimento generale dell'accordo delle parti sulla base di qualunque causa, salvochè il legislatore espressamente non la riprovi e alla nozione odierna del *contratto* o della *convenzione* « accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere tra loro un vincolo giuridico » (Cod. civ. art. 1098). Il risultato teorico è che il distinguere i tipi contrattuali non importa in guisa essenziale, come nel diritto romano, pel riconoscimento giuridico, ma solo in via accidentale per le regole speciali o la speciale importanza di certi negozi; il risultato pratico, d'altra parte, che mentre nel diritto romano il creditore doveva provare così l'esistenza della volontà come l'esistenza della causa, e nel diritto classico assai più questa che non quella, nel diritto moderno, provata la volontà, la causa si presume sino a che non si prova il contrario, s'intende, dal debitore (Cod. civ. art. 1121); il risultato sintetico che il contratto è uscito fuori dello stesso territorio delle obbligazioni. Il Maine

chiama la società moderna l'era del contratto (1) per la vasta applicazione e l'ampia libertà contrattuale; si potrebbe financo dire che l'invenzione stessa del contratto è moderna.

---

(1) Come in altri miei scritti, così in questo (pag. 110) io credo di avere assegnato il giusto posto all'autore che cito, il SUMNER MAINE. Come inglese, egli non fu romanista nel vero senso; fu però « qualcosa più che un dilettante » e influi potentemente al rinnovamento della scienza nostra. Se non che la frase riferita mi fu avidamente appuntata da un giovinetto, il quale mi accusa che io abbia lanciato « un proprio insulto alla memoria del grande filosofo », soggiungendo che il contrario « può desumersi dallo splendido studio del Vanni » (BAVIERA, *Importanza odierna del diritto romano*, Palermo, 1900). Questa ricercata e ingiustificata accusa costituisce piuttosto un insulto per me: ed è strano che questo giovinetto si procuri costantemente la squisita voluttà di ferirmi. Dico strano e *pour cause*: per ragion d'indirizzo o per caso nessun romanista mi pare sia stato dal Baviera più largamente studiato e sfruttato di me. Ciò non potrebbe che farmi vero e sommo piacere, giacchè non è serbata ad un uomo di studio soddisfazione maggiore che il fecondare giovani menti; nè il Baviera dà per sue le vedute che desume da me o le attribuisce ad altri. Ma che di volta in volta dal primo momento in cui lanciò una trista recensione a carico delle mie Istituzioni, quando le metteva a profitto financo nello stesso fascicolo dell'*Archivio giuridico*, egli mi voglia esternare la gratitudine scientifica, che bene o male mi deve, poichè spiritualmente s'è fatto mio discepolo, in guisa così irriverente, è cosa che fa ben poco onore per lo meno alla sua coscienza: poichè l'ingegno è abbastanza svegliato. Vorrà egli sostenere cogli argomenti dei sofisti che ciò è giusto, a usanza di Fidippide educato a quella scuola, che manda a impiccarsi il maestro e batte il padre?

La mania poi di accarezzare i colleghi per meglio batterne uno fa dire al Baviera delle cose insulse. Il Vanni non ha sognato mai di presentare il Maine come romanista, nè potrebbe farlo. Direi di più, e su ciò veramente l'illustre filosofo di Roma potrebbe darmi sulla voce, ma l'affermo con remissione e mi pare che in fondo tale sia pure il suo avviso: che lo stesso giudizio si potrebbe dare del Maine come filosofo. Anche come filosofo egli mi sembra qualche cosa più che un dilettante; ma questo geniale dilettante colle sue indagini positive sulle razze ariane e le sue acute osservazioni ha giovato largamente ai filosofi, come ai romanisti.

\*  
\* \*

11. Hanno importanza per la materia contrattuale i requisiti dell'oggetto dell'obbligazione: che sia *possibile*, *lecito*, *determinato*, e abbia *interesse patrimoniale* pel creditore. Nei negozi di stretto giudizio la buona fede delusa per *impossibilità della prestazione* ebbe soccorso con l'*actio doli*; ma meglio ancora si soccorreva da sè con la speciale *stipulatio de dolo* perpetua e trasmissibile agli eredi. Nella vendita, e quindi nei negozi di buona fede, si ebbe uno svolgimento più largo: la stessa azione del contratto (*actio empti*) fu concessa per ottenere indennizzo, dapprima per la vendita d'uomo libero (qui peraltro soccorreva il precedente dell'*actio auctoritatis*, concessa così per la *vindicatio libertatis*, come per l'evizione dello schiavo venduto), dipoi per ogni altro caso d'*impossibilità giuridica*, vendita di cose sacre o religiose, in cui si era già fatto ricorso a un'*actio in factum*; e anche per la *fisica impossibilità*, che in via di principio, a nostro avviso, esclude ogni rimedio, alcune derogazioni furono introdotte da Giustiniano (edificio per metà distrutto e, crediamo di poter aggiungere, eredità inesistenti affatto). La dottrina odierna inclina giustamente a ritenere la responsabilità del venditore indipendente dalla sua colpa, ma limitata al così detto interesse positivo.

Lo svolgimento delle obbligazioni ha condotto a rimettere molto dell'assoluta *determinatezza* primitiva dell'oggetto, sicchè si dovrebbe piuttosto dire oggetto determinabile che non determinato; ma che un tale sviluppo si sia effettuato circa la *patrimonialità dell'interesse* (salvo alcune sanzioni *extra ordinem*, non contrattuali e a mala pena private) non è probabilmente che un equivoco, e

par contrario anche alla natura dell'obbligazione. L'apprezzamento sociale importa, ma precisamente per stabilire se in determinate condizioni sociali la prestazione abbia valore pecuniario: non importa invece che il creditore per sè intenda raggiungere un fine economico, ovvero soddisfare direttamente una ragione di affezione e di diletto.

\* \* \*

12. La *rappresentanza* attiva e passiva per mezzo di persone estranee, cioè libere e *sui iuris*, non riconosciuta in progresso se non in casi eccezionali (pupilli e minori, militi, persone giuridiche, mutui e *condictio indebiti*), misuratamente si afferma fuori di quelle ipotesi, almeno quanto ai rapporti passivi, dapprima nell'ambito dell'*actio institoria* ed *exercitoria*, concessa forse *ab origine* dall'Editto stesso anche se il preposto era estraneo, cioè *sui iuris*, poi genericamente mediante un'azione utile modellata sull'*institoria*, ma sempre, se avvisiamo rettamente, solo trattandosi di stabile amministratore, tutore e procuratore. Essa venne pienamente stabilita solo nel diritto intermedio. Il principio *Per liberam (extraneam) personam nihil adquiri potest*, insostenibile allorchè, spenta la famiglia romana e abolita la schiavitù, cessava lo strumento della persona *alieni iuris*, fu abolito dalle consuetudini e dagli istituti di tutti i paesi.

Senonchè, oltre i confini della rappresentanza, spunta nella dottrina odierna il concetto del *contratto a favore di terzi*, senza veste alcuna di rappresentante, senza saputa del terzo. L'efficacia di questo contratto si può concepire sotto due riguardi: direttamente in capo al terzo e tra le parti contraenti. Si domanda, vale a dire, in primo luogo, se il terzo ha diritto di esigere la presta-

zione e l'azione *ad hoc* in base a un contratto, al quale è rimasto completamente estraneo: in secondo luogo, se il contratto è valido almeno tra le parti, cioè se l'uno dei contraenti ha azione, perchè la prestazione sia fatta al terzo. È manifesto che il principio *Per liberam personam*, etc., se nega l'acquisto diretto per mezzo di rappresentante, *a fortiori* nega l'acquisto mediante un terzo qualunque: la regola è generalissima, e non nata o formulata contro la rappresentanza diretta. Al contratto a favore di terzi, indipendente dalla rappresentanza, l'idea genuina dell'obbligazione pure si ribella: non si può costituire sulla base del contratto un *vincolo* tra persone, che non hanno nè volontà nè ragione di vincolarsi.

Ma anche tra le parti il contratto è nullo. La ragione intima è sempre la stessa, che il contratto non può concernere se non le persone che hanno ragione e proposito di vincolarsi; l'espressione più appariscente è che la prestazione è priva d'interesse, pel creditore. È questo dei contratti a favore di un terzo il tema in cui più emerge la teoria dell'interesse, quale requisito della prestazione. Laonde la giurisprudenza classica mirò a render tra le parti validi simili contratti, valendosi dell'interesse quale motivo. Se ciò sia spuntato in origine come decisione singolare e per casi in cui l'interesse era tale che la stessa prestazione avrebbe dovuto eseguirsi altrimenti dal creditore verso il terzo, se tali decisioni sieno state generalizzate, e ammesso un qualsiasi interesse, solo nel periodo post-classico, se al periodo post-classico appartenga il largo uso delle stipulazioni penali e il consiglio perpetuo di creare artificialmente l'interesse per questa via, se l'interesse debba rigorosamente esser di natura patrimoniale (il che, a parte le ragioni generali, è difficile negare in massima, perchè altrimenti, ammesso l'interesse

filantropico, qualunque contratto a favore di terzi sarebbe valido tra le parti) sono tutti punti discutibili.

Al principio dell'assoluta inefficacia del contratto per il terzo direttamente si sogliono annoverare delle eccezioni, che sarebbero state riconosciute dalla giurisprudenza romana. Senonchè in primo luogo tali eccezioni, quando non sono apertamente giustiniane, paiono interpolate da Giustiniano nei testi classici; in secondo luogo, ciò che più importa, o non sono affatto contratti a favore di terzi o quando pure n'hanno l'apparenza — come il patto di restituzione della dote a favore della propria figlia o nepote, della cosa comodata o depositata a favore del primo comodante o deponente, il patto di riscatto concluso dal creditore a favore del debitore pignoratizio, e simili — l'azione utile concessa al terzo, chi ben guardi, non deriva dalla volontà delle parti e dal contratto stretto tra di esse, bensì dalla legge, la quale giudica equo, in base al rapporto obbiettivo del terzo coi due contraenti, di non lasciare indifese le sue ragioni.

Se nello stesso diritto giustiniano non si ha tuttavia l'aurora della teoria moderna, in parte le tendenze logiche e costruttive della giurisprudenza moderna e in parte il sorgere di alcuni potenti istituti, quali le costituzioni di rendite, le casse pensioni, le assicurazioni, i trasporti, a un normale e sano funzionamento de' quali la dottrina del contratto, anche nella sua più larga esplicazione, che ha svincolato la volontà da tutti i ceppi delle cause contrattuali e delle figure tipiche, non è sufficiente, hanno portato a dare vita e corpo alla dottrina del contratto a favore dei terzi in generale e imporre la nuova conquista al recente codice civile germanico. Si può dubitare tuttavia se una simile generalizzazione sulla base di istituti eccezionali, che trascendono i fini del contratto, di tipi tra

loro diversi, che hanno ciascuno un concetto proprio e richiedono piuttosto un regime specifico, non importi una vana e infeconda figura teorica nel movimento legislativo e non sacrifichi sotto le strettoie di principî generali le esigenze proprie di istituti pratici e vitali. Il nostro Codice all'art. 1128 afferma il principio generale della nullità, soggiungendo due vaste eccezioni: alle quali peraltro bisogna aggiungere, e sono figure anche più genuine, la costituzione di rendita (Cod. civ. art. 1794), il contratto di trasporto (Cod. comm. art. 396, 407, 408) e il contratto di assicurazione (Cod. comm. art. 449-453). E forse il sistema del nostro codice, meno elegante in apparenza, meno attraente per essere in disarmonia con le aspirazioni di un malinteso altruismo o con le vaghe idee di un'evoluzione, il cui termine ultimo dovrebbe esser giunto, è ancora il più sano e sicuro.

## CAPITOLO XII.

### Le obbligazioni extra-contrattuali.

1. Seguendo l'antica tradizione dottrinale, il legislatore odierno accanto al contratto colloca il delitto: le due fonti principali di obbligazione, le due sole al primo apparire della teorica speculazione sulle cause o fonti dell'obbligazione.

Nondimeno questa dichiarazione non ha più il senso antico e si potrebbe quasi considerare come esaurita. Il delitto e l'obbligazione *ex delicto* avevano un'individualità nel diritto privato romano, in quanto il diritto romano accanto ai delitti pubblici e alle pene pubbliche conosceva ancora delitti privati e pene private, e l'avevano appunto in ordine alle varie specie di delitti privati e di pene pri-

vate: il risarcimento del danno è un concetto indipendente, che trascende la sfera del delitto privato e quella del delitto in generale. Oggi invece delitti privati non esistono più: la pena è sempre pubblica e l'obbligazione nascente dal delitto significa precisamente il risarcimento del danno (Cod. civ. art. 1151 e segg.), che non è speciale al delitto e per il quale la nozione e l'individualità del delitto, il grado d'imputabilità importano poco.

Il diritto romano classico e post-classico segnano una vera crisi nel delitto privato, che intorbida non poco la dottrina relativa. Da un lato gli ultimi veri delitti privati, il furto e l'ingiuria, tendono ad acquistare carattere pubblico, costituendosi elettivamente una pena pubblica, dall'altro lato in molte figure, l'*actio Paulliana*, le stesse *actio metus* o *doli* e fin l'*actio legis Aquiliae* per il *damnum iniuria datum*, il carattere penale del fatto e dell'azione si attenua e si oscura, in altre si rinnega assolutamente, creando la indefinibile categoria dei quasi-delitti.

Ma se invece dal diritto classico si risale in antico, non solo il delitto pubblico cede interamente il posto al privato, ma il delitto privato usurpa il campo del contratto: tutte le antiche obbligazioni contrattuali o legali, di cui non ci sfugge la prima forma, il deposito (*actio in duplum ex l. XII Tab.*), la tutela (*actio de rationibus distrahendis*), la responsabilità per l'evizione (*actio auctoritatis, de modo agri*) e per i vizi occulti (azioni edilizie), la responsabilità dell'*adstipulator* sancita in origine esclusivamente dalla legge Aquilia, la prima sanzione mediante *actiones in factum* del deposito di nuovo, del commodato, del pegno, della fiducia, del mandato, della gestione d'affari, la sanzione stessa dei così detti patti pretori, forse l'azione *rei uxoriae* hanno in origine carattere penale.

E se ricordiamo ora che mentre, contro l'opinione co-

mune; la separazione tra realtà e obbligazione è primitiva, non è niente primitivo il contratto; se ponderiamo un curioso fenomeno, che alle più basse tribù pare affatto straniera l'idea dello scambio e familiare in quella vece la donazione, punto messo in luce dallo Spencer, il quale ritiene che lo scambio si sia svolto dall'uso posteriormente invalso di corrispondere una contro donazione (1); se poniam mente che, come ora si confondono obbligazione e contratto per la preminenza di questa fonte, così nell'età primitiva paion confondersi invece obbligazione e delitto, che nel più antico popolo ariano una stessa parola designa il debito e la colpa (*na*), è trattato alla pari il ladro e il mutuatario che non paga, e i santi Dei (*Aditya*) son detti con una stessa parola riscuotitori dei debiti e punitori della colpa (*ṛnayā*), che nello stesso diritto romano *reus* significa tanto il debitore quanto il colpevole e il processo di esecuzione ha uno schietto carattere penale che dura integro fino alla *Lex Poetelia* e in parte sopravvive alle sanzioni di questa legge; se avvisiamo che in simile stato di cose, per esser così vivace l'idea del delitto e separati i due momenti nello scambio, era quasi fatale concepire la obbligazione come nascente per la non eseguita prestazione al momento della lesione, riassumendola sotto il concetto del delitto — parrà chiaro che anche questa volta la *tendenza dell'evoluzione* non è una guida fallace. Tutto porterebbe a credere che l'obbligazione primitiva non solo riassume il diritto penale, ma non sia, per dir così, che

---

(1) Dalla pratica delle donazioni possono svolgersi talora le stesse obbligazioni legali; tipo quella precisa obbligazione di pagar le tasse, di cui Spencer descrive largamente l'evoluzione dai donativi propiziatori. Anche nell'antico diritto romano non siam troppo lontani da questa concezione.

il diritto penale delle genti e delle famiglie. È una funzione che si concilia con l'organizzazione più vetusta della società e la struttura primitiva del vincolo obbligatorio, via via alterato dalla nuova funzione patrimoniale, che ne ha fatto lo strumento dello scambio, l'organo delle relazioni patrimoniali tra le persone: si concilia altresì collo svolgimento stesso del contratto, il quale, se spunta come atto essenzialmente formale, in cui si giura e s'invoca sul proprio capo la divinità, egli è perchè s'intende non di creare colla volontà, cui non si dà peso, una obbligazione convenzionale, ma di rendere a suo tempo più grave e potente la responsabilità dell'inadempimento, la colpa.

\*  
\* \*

2. Nei delitti assunti in seguito dallo Stato e divenuti quindi pubblici, il diritto romano ci rappresenta le varie fasi e la crescente azione dello Stato: la pena corporale, poi la composizione o pena privata pecuniaria, e questa dapprima libera e volontaria, poi legalmente imposta, fino alla pena pubblica, e questa pure prima elettiva, poi assoluta. Il diritto classico non conosce più nei delitti privati se non composizioni legali.

L'azione penale, e quindi l'obbligazione della pena da essa sancita, serba nella sua tipica essenza una serie di caratteri singolari inerenti alla sua funzione: la responsabilità di più coautori o complici è indipendente, e quindi nè l'azione intentata contro uno nè il pagamento fatto dall'uno libera gli altri, gli eredi del colpevole non sono tenuti (salvo dal principio dell'impero nella misura dell'arricchimento), ma ciascuno è tenuto a consegnare il colpevole, uomo o animale, che è sotto la sua potestà e nella sua signoria (*actio noxalis, actio de pauperie*), se

non vuol subire personalmente la pena, nè la *capitis deminutio* estingue, come la morte, l'azione penale. Se poi simili azioni nel sistema genuino fossero intrasmissibili agli eredi a causa appunto del principio nossale o se tali sieno divenute coll'assorgere del contratto e del principio patrimoniale si può forse discutere. Nel diritto classico sono tali solamente le così dette *actiones vindictam spirantes* e alcune azioni *in factum*; quanto all'annalità deriva dall'origine pretoria dalla maggior parte di esse.

Le azioni dirette a conseguire il risarcimento del danno subito diconsi, in confronto delle azioni penali, *rei persecutoriae*. Esse sono o azioni contrattuali o *condictiones* indipendenti, o la stessa *rei vindictio*: per una sola ipotesi, il furto, è stata creata dai Romani un'originalissima azione *rei persecutoria*, la *condictio furtiva*. Le azioni *rei persecutoriae* si eliminano l'una con l'altra, sicchè, ottenuto lo scopo mediante la *condictio furtiva*, non si può più intentare la *rei vindictio* o, per avventura, l'*actio depositi* o *commodati* contro il ladro: si cumulano invece con le azioni penali, che hanno scopo diverso. È questo il campo vero del così detto *concursus actionum*.

Ma qui appunto la crisi del sistema dei delitti privati ha fatto maggiormente sentire i suoi effetti nelle teorie classiche. Molte azioni, anzi la maggior parte, dacchè i delitti veramente gravi erano stati assunti dallo Stato, in veste di azioni penali, *ex delicto*, sancivano in sostanza un vero diritto al risarcimento. Ciò è stato riconosciuto nel modo più semplice e naturale per quelle azioni che hanno dato luogo allo svolgimento dei contratti o che in altra guisa, assumendo carattere di obbligazioni *ex lege*, sono uscite dal novero delle azioni penali, pur serbandone come, ad esempio, l'*actio rei uxoriae* o l'*actio auctoritatis*, evidenti caratteri. Ma in altre, come l'*actio legis Aquiliae*

per i danni, tale risultato non è stato così nettamente riconosciuto, non sono state escluse dal novero delle azioni penali: tuttavia, sentendo come non fosse equo ottenere il risarcimento anche per altra via, si è detto che queste azioni *continent etiam rei persecutionem*, che sono azioni miste, come dicono Gaio e Giustiniano, penali e *rei persecutoriae* insieme. Con ciò si ammette principalmente il *concursum* o l'eliminazione per l'esperimento di altre azioni *rei persecutoriae*, salva l'eccedenza, (la quale mitigazione sembra inoltre definitivamente riconosciuta da Giustiniano), cioè si esclude il cumulo: talora con questo motivo si esclude il cumulo anche tra più coautori, ammettendo che la soddisfazione ottenuta dall'uno liberi anche gli altri (*actio de dolo, actio quod metus causa*), e finalmente con questo motivo si vuol giustificare talora anche la trasmissibilità agli eredi, come nell'*alienatio iudicii mutandi causa*. Come il concetto, così oscilla il catalogo delle azioni miste: si discuteva circa l'*actio vi bonorum raptorum*, che è stata definitivamente riconosciuta quale azione mista solo da Giustiniano; è opera di Giustiniano anche il carattere misto dell'*actio de tigno iuncto*, e controverso pare fosse nel diritto classico anche il carattere misto dell'*actio quod metus causa*.

\*  
\* \*

3. Le Istituzioni di Gaio e di Giustiniano noverano solamente le quattro figure più spiccate e pure di delitti privati: il furto, la rapina, l'ingiuria, i danneggiamenti alle cose.

Il *furto* è la più tipica per la struttura e per lo svolgimento. Concetto assai più largo nel diritto romano che non nel diritto odierno, esso ricomprende sotto il termine abbastanza elastico di *contractatio* tanto la vera e propria

sottrazione della cosa (*furtum rei*), quanto l'uso illecito (*furtum usus*) o la indebita appropriazione della medesima (*furtum possessionis*, secondo la nozione che noi crediamo più giusta) da parte di chi n'era già detentore. L'animo del derubato e del ladro entrano parimenti in questione: occorre che la *contrectatio* avvenga senza il consenso del proprietario, *invito domino*, e che sia *fraudulosa*, cioè siavi in pari tempo l'intenzione di trarre lucro dall'oggetto rubato (*animus lucri faciendi*) e di rubare (*affectio furandi*). Dall'altra parte il concetto era più materialistico e nelle cose dove non accadeva lesione di un *dominus*, come nelle *res divini iuris*, o di un possessore, come nelle *res hereditariae* anche dopo l'adizione, ma prima che l'erede ne acquistasse il possesso, non si scorgeva furto. Una ulteriore differenza, quasi di tecnica giuridica, è il concetto della permanenza di questo delitto, finchè perdura la violazione (*continuatio furti*): in altri termini, escluse naturalmente le ipotesi della specificazione o della percezione dei frutti da parte del ladro, unico è il furto (*unum furtum est*) che si commette circa lo schiavo fanciullo e circa lo stesso schiavo adolescente, quando questo sia pur sempre nelle mani del ladro.

Sin dalle XII Tavole si distingueva tra il furto *manifesto* o *flagrante* e *non manifesto*. La determinazione delle due categorie nella giurisprudenza romana era controversa, per volervi alcuni applicare il principio della permanenza del furto: pensiero nel caso eccessivo, ma che ha lasciato pur traccia di sè nell'opinione prevalsa, che il furto si consideri manifesto, qualora il ladro sia colto prima di portare la cosa dove aveva destinato di portarla. Il furto manifesto metteva il ladro in potere del derubato, si disputava se come schiavo o come aggiudicato: qualora il furto inoltre venisse perpetrato a mano armata o di

notte, era lecito uccidere sul fatto il ladro, e lo schiavo era precipitato dalla Rupe Tarpea. Il derubato poteva appagarsi di un riscatto, ma la composizione era libera. Quanto al furto non manifesto, esso aveva già la sua composizione legale nella misura del doppio del danno. Assimilato al furto manifesto, era il ritrovamento dell'oggetto mediante la perquisizione *lance et lincio*, strana e primitiva solennità (*lex ridicula*, dice Gaio) (1), mentre colui presso il quale la cosa era trovata in presenza di testimoni, ma senza quella solennità subiva la pena del triplo (*actio furti concepti*), della quale alla sua volta poteva rifarsi su chi gli aveva rimesso l'oggetto (*actio furti oblati*). Il Pretore ha generalizzato il sistema della composizione legale, stabilendo la pena del quadruplo pel furto manifesto (*actio furti manifesti*), pel ritrovamento *lance et lincio* (*actio furti nec exhibiti*), pel rifiuto alla perquisizione (*actio furti prohibiti*).

L'epoca romano-ellenica ha lasciato cadere questa macchina di azioni, *concepti, oblati, nec exhibiti, prohibiti*, serbando le due sole fondamentali, *manifesti e nec manifesti*: ma già sin dal periodo classico si era introdotta un'azione e una pena pubblica a scelta della parte, la quale con ciò rinunciava all'esercizio dell'azione privata.

L'azione di furto ha tutti i caratteri schietti delle azioni penali, ed è inoltre infamante e perpetua: è data contro i complici e manutengoli, e non solo al proprietario (e s'intende al proprietario attuale, se la cosa è stata alienata o legata), ma a chiunque abbia legittimo interesse che la cosa non venga rubata, perchè ne deve ri-

---

(1) Pure vige in sostanza nel diritto attico dei tempi di Socrate. Invitato a spogliarsi, Strepziade nelle Nubi dice di non esser venuto alla ricerca di un oggetto rubato.

spondere: sua base è il maggior valore della cosa durante tutto il processo criminoso (*quanti unquam plurimi fuerit*), cioè in sostanza il danno subito, giacchè il ladro è sempre in mora e le deteriorazioni dell'oggetto debbono essere a danno suo.

Per riottenere la cosa o il risarcimento è stabilita contro il ladro, oltre la *rei vindicatio* e le altre azioni, una singolarissima azione, concessa esclusivamente al proprietario, in cui il ladro figura verso di questo come debitore della cosa che pure non ha cessato di appartenere al proprietario, la *condictio furtiva*.

La *rapina*, sottrazione violenta o pregiudizio arrecato a mano armata o in bande, è stata costituita come delitto speciale nell'anno 76 a. C. dal Pretore Marco Terenzio Lucullo. L'*actio vi bonorum raptorum* nel quadruplo, infamante, annale (dopo l'anno *in simplum*), è legislativamente riconosciuta come azione mista da Giustiniano. Del resto, contro il rapitore si può anche agire per furto.



4. Come nel furto, l'evoluzione dal diritto privato al diritto pubblico è quasi completa anche nell'ingiuria: concetto anch'esso abbastanza lato, che ricomprende ogni lesione, fisica o morale, alla persona, salvo l'omicidio, la cui pena era stata assunta dallo Stato sin dalla prima epoca. Le XII Tavole punivano, sempre come delitto privato, certe specifiche lesioni: libelli infamanti, rotture di membra o d'ossa e altre violenze meno gravi. La composizione era ancora volontaria per la rottura d'un membro, in cui la vittima può, volendo, esigere la pena del taglione, e i libelli infamanti puniti di morte o verghe; era legale negli altri casi (300 assi per le rotture d'ossa, 150 al padrone, trattandosi di schiavi, 25 per le violenze minori).

Il delitto d'ingiuria fu completamente riordinato dal Pretore, il quale ne crebbe l'ambito con una serie di Editti (sulle parole o scritti infamanti, sugli attentati anche remoti al pudore, su di ogni atto infamante, sulle ingiurie fatte al padrone per via dello schiavo), e in un Editto generale sostituiva alle pene delle XII Tavole la composizione legale per ogni ingiuria, valutata caso per caso su domanda dell'attore (*actio iniuriarum aestimatoria*) o anche direttamente fissata dal giudice nei casi di ingiuria atroce. L'azione era infamante e inoltre di quelle azioni penali *vindictam spirantes*, che non competono agli eredi. La legge Cornelia *de iniuriis* costituì anche una pena pubblica, a scelta però dell'offeso, per i libelli, le violazioni di domicilio, le percosse: il diritto imperiale concesse in ogni caso la scelta tra le pene private e la pubblica *extra ordinem*, che diventa nell'epoca romano-ellenica la sanzione ordinaria dell'ingiuria.

\*  
\*\*

5. Le XII Tavole e le leggi posteriori contemplavano diverse specie particolari di danni recati alla cosa. Il concetto fu allargato alquanto dalla legge Aquilia, plebiscito, probabilmente del II secolo avanti Cristo (è nota al giureconsulto Bruto), la qual legge nei successivi ampliamenti divenne la base del sistema del *danno e risarcimento extracontrattuale*, vale a dire indipendente da qualunque rapporto anteriore col danneggiato.

La legge Aquilia contemplava nel primo capitolo l'uccisione di schiavi e animali di un gregge, valutando la composizione nel maggior valore dell'oggetto nell'anno precedente: nel secondo capitolo l'*acceptilatio* fatta da un *adstipulator*; nel terzo le ferite di schiavi e d'animali di un gregge e i danni recati a qualunque altro oggetto, pel

maggior valore dell'oggetto nel mese precedente. L'azione per gli oggetti (I e III capitolo) competeva al proprietario ed esigeva l'assoluta materialità del danno, che doveva esser recato *corpore*, cioè direttamente cagionato dall'agente, e *corpori*, cioè colpire direttamente l'oggetto. Il Pretore e la giurisprudenza hanno esteso questo angusto ordinamento, riconoscendo azioni utili o *in factum* per i danni indirettamente recati non *corpore* nè *corpori*, e concedendo pure azioni utili o *in factum* ai titolari di signorie generali sulla cosa, possessori di buona fede, usufruisti, usufruttuari, e inoltre al creditore pignoratizio: pare che Giustiniano abbia concesso tale azione anche al locatario.

La responsabilità aquiliana esige bensì la colpa, ma basta una colpa lievissima, che si riduce alla mera coscienza del fatto: e in generale l'*actio legis Aquiliae* rivela il senso ambiguo del delitto e della pena privata. Il *damnum iniuria datum* non può rivestire sempre tal carattere, per cui si abbia a reputar giusto di caricare sul risarcimento anche una pena: e il tasso della composizione mostra che intento del legislatore era di fornire appunto al danneggiato non altro che un risarcimento pieno. Era il pensiero antico, che non concepiva un'obbligazione estracontrattuale, e forse anche in origine una qualunque obbligazione, se non costruendo un delitto; ma quando lo svolgimento del sistema contrattuale ebbe reso esperibili svariate azioni per i danni recati agli oggetti nelle più pratiche e frequenti ipotesi si ammise tra queste e l'azione *legis Aquiliae* la consumazione processuale, riconoscendo che l'azione *legis Aquiliae* contiene una *rei persecutio*, è azione mista (spiegazioni diverse del perchè si danno in Gaio e in Giustiniano), nè l'azione aquiliana è infamante. La tradizione peraltro serbò sempre il danno come un delitto, e tutti gli altri caratteri dell'azione penale, com-

preso il cumulo tra più coautori, non vennero rinnegati nell'*actio legis Aquiliae*.

\*  
\* \*

6. Ma le figure di delitti che si ritrovano fuori delle Istituzioni sono anche meno nette del *damnum iniuria datum*. Così l'origine penale dell'*actio doli*, che pure è infamante, dell'*actio quod metus causa*, ch'ebbe probabilmente a suo modello l'azione *repetundarum* contro le concussioni pubbliche, è oscurata dalla pratica funzione rescissoria e rinnegata non solo vietando il cumulo con altre azioni d'indennizzo (anzi l'azione di dolo non è affatto accordata se non in casi estremi, quando non esiste altro mezzo giuridico), ma vietando il cumulo contro più coautori.

Origine penale ebbero pure i rimedi contro le frodi dei debitori, stabiliti dal Pretore negli ultimi tempi della repubblica, allorchè la fede rilassata, il crescere dei commerci e l'esecuzione meno fiera, introdotta già la *missio in possessionem* e la *venditio bonorum*, ebbero lasciato alquanto scoperta la posizione dei creditori: l'*interdictum fraudatorium* e l'*actio Pauliana* del Pretore Paolo, anteriore a Cicerone, fusi da Giustiniano in un solo istituto. La massa dei creditori, rappresentata dal curatore, ha diritto di rivolgersi anche contro i terzi per rescindere un atto del debitore dannoso ai loro interessi, in cui sia intervenuta frode. L'*eventus damni* è attestato dalla *missio in possessionem*, e il danno anche inteso rigorosamente (occorre vera diminuzione del patrimonio attuale e altresì alcuni atti, adizione, pagamento di debiti scaduti, sono eccettuati, e così pure le manumissioni, colpite peraltro dalla *lex Aelia Sentia*); ma il *consilium fraudis*, conforme all'ufficio reale dell'azione, venne interpretato largamente

dalla giurisprudenza come la mera consapevolezza della futura insolvibilità, anzi la giurisprudenza andò più in là, e, trattandosi di atti gratuiti, ammise l'azione nella misura dell'arricchimento contro i terzi di buona fede. L'azione arbitraria, *in factum* e temporale, è ancora nel diritto giustiniano, come le azioni penali, intrasmissibile contro gli eredi oltre la misura dell'arricchimento: ma non è più nossale nè si cumula con altri mezzi (per es., con l'*in integrum restitutio*, cioè la pretesa azione Pauliana reale), nè tra più coautori.

La serie delle obbligazioni *ex delicto* (*actio de arboribus succisis, de pauperie, de pastu, de calumnia, alienatio iudicii mutandi causa facta etc.*), più o meno alterata dallo svolgimento successivo e ridotta dai romanisti sotto la vaga denominazione di atti illeciti, potrebbe continuare lungamente e sempre si avvertirebbe lo stesso risultato: un esaurimento del carattere delittuoso, una tendenza delle pene a costituire risarcimento.

Nel diritto romano evoluto, come nel diritto odierno (art. 1151), si può asserire in generale che qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno; ma il calcolo del risarcimento è assai spesso complicato e sovrappeso dal carattere di pena privata dell'indennizzo.

Nondimeno, a nostro avviso, lo sviluppo odierno ha ecceduto nella legislazione, e minaccia di eccedere per un'altra via nella dottrina, e di nuovo nella legislazione sotto l'influenza dottrinale. La pena privata poteva in alcune figure esser utilmente mantenuta e dall'altra parte la tendenza odierna di costruire in generale l'obbligazione del risarcimento sulla base del danno, indipendentemente dalla colpa, può ben condurre al risultato di attutire completamente il senso della responsabilità e il dovere della

diligenza. Meglio sempre in simili casi procedere, come i Romani, costruendo via via eque e opportune eccezioni, massime nelle grandi industrie e nelle vaste imprese, ma serbare il principio della colpa come base della responsabilità.

\*  
\* \*

7. Si presenta, in seguito al contratto e al delitto, una serie sporadica di obbligazioni nascenti da fatti giuridici disparati; o meri fatti, in cui non occorre la volontà nè dell'una nè dell'altra delle parti, o fatti volontari per una sola delle parti, sia il debitore, che vuole obbligarsi, come nella promessa in via eccezionale riconosciuta, sia il creditore, come forse nella *negotiorum gestio*, che intende o ha coscienza di obbligare. *Variae causarum figurae*, si trovano denominate in Gaio queste fonti diverse; ma lo stesso Gaio, la fonte dei nostri schemi dottrinali, ci offre il celebre tentativo di riavvicinare singolarmente queste figure, o al contratto o al delitto: le Istituzioni di Giustiniano, andando, pare, più in là, fanno nascere in genere l'obbligazione o dal contratto o dal delitto o *quasi ex contractu* o *quasi ex maleficio*: i romanisti, andando ancora più in là, hanno creato la figura del quasi contratto e del quasi-delitto. L'obbligazione nasce *quasi ex contractu*, secondo le Istituzioni, nella gestione degli affari altrui senza mandato, nella tutela, nella comunione e nella coeredità, nell'obbligo ereditario di pagare i legati, nella ripetizione dell'indebito; nasce *quasi ex delicto* in altre quattro ipotesi. Senonchè l'analogia intrinseca e la ragione del riavvicinamento non è, come i moderni hanno supposto, nella *presunzione di consenso o di colpa*, bensì nel fondamento obbiettivo, la *causa* (il *negotium*, che si *contrae*, dice Giuliano in proposito, evidentemente non

alludendo a un accordo) o il *danno*, e dall'altra parte, anche a voler crescere quel catalogo con altre obbligazioni analoghe, numerose e vaste categorie ne restano fuori. Il quasi-contratto e il quasi-delitto non rappresentano un concetto organico, e sopra tutto non rappresentano il concetto della dottrina tradizionale, nè giova dar gran peso a una classificazione, che non porge se non un tentativo teorico di far rientrare nei concetti e negli schemi tradizionali le prime obbligazioni non ordinate dalla legge come delitti con vera e propria azione penale, nè costituite dalle parti in guisa da poter assumere figura di contratto.

Fuori della materia contrattuale l'obbligazione tende in generale a reintegrare la diminuzione patrimoniale, risarcire il danno subito. Lo svolgimento classico ha rivelato e perfezionato questa funzione nel sistema dei delitti, che, quando non si sviluppano in veri contratti, divengono mere obbligazioni legali pel risarcimento del danno; ma già *ab antiquo* era stata riconosciuta nell'ipotesi più essenziale, e si avviava a esser generalmente riconosciuta l'obbligazione di risarcire le diminuzioni patrimoniali, aventi base apparente in un preteso rapporto giuridico. Tale obbligazione o piuttosto questa serie di obbligazioni hanno il nome complessivo di *condictiones sine causa*, desunto dall'azione specifica, la *condictio*: tipo generico di azione, la cui caratteristica sembra la sua natura astratta, perchè l'attore, nell'intentar la lite, esprime soltanto la pretesa e non è tenuto a esprimer la causa: tipo applicabile nel diritto romano genuino alle antichissime obbligazioni civili, al quale peraltro Giustiniano ha dato un ambito larghissimo e arbitrario con la sua invenzione della *condictio ex lege* e della così detta *condictio generalis*. La misura della reintegrazione patrimoniale, quando la nullità del preteso rapporto giuridico non abbia una

ragione d'immoralità o d'illegalità, è stabilita non sulla base della diminuzione effettivamente subita, bensì dell'arricchimento dell'altra parte, che al momento in cui s'intenta l'azione può essere eguale o superiore al danno, ma può essere anche inferiore. Da questa misura trae origine la terminologia moderna « arricchimento ingiustificato »; denominazione troppo vaga e generica, perchè arricchimenti ingiustificati sono anche quelli che hanno sanzione o in un'azione *ex delicto* o in una diversa azione o eccezione: qui si comprendono solo quei casi in cui l'arricchimento è ingiustificato, perchè è ingiustificato il rapporto giuridico, sul quale però a prima vista si fonda. Quanto alla natura di questa reintegrazione, all'obbietto in breve di siffatte obbligazioni, esso consisteva *ab antiquo* o in una somma di denaro (*certa pecunia*), indebitamente lucrata dall'una delle parti, e l'azione dicevasi allora al tempo della procedura formulare *condictio certae pecuniae*, o in un determinato oggetto (*certa res*), nel qual caso dall'oggetto più frequente la *condictio* dicevasi *triticaria*. Nel fiore della giurisprudenza classica si ammise la *condictio* anche per obbietti più svariati, quali la revocazione di un diritto reale indebitamente costituito a favore dell'altra parte, la remissione di un obbligo indebitamente assunto, la restituzione del possesso: è la *condictio incerti*, la cui sfera peraltro è stata estesa indefinitamente dai compilatori.

L'analogia delle *condictiones sine causa* è coi contratti reali, in quanto la causa dell'obbligazione è appunto nella diminuzione di un elemento patrimoniale, in origine una *res*, subita dall'una delle parti, e l'obbietto suo consiste nella reintegrazione di questo stesso elemento patrimoniale; e sono infatti annoverate dai Romani tra le obbligazioni *quae re contrahuntur*; ma esse hanno preceduto proba-

bilmente di molto i contratti reali e certamente i contratti innominati, la cui formazione ha reagito sulla loro struttura.

Il tipo più schietto, che si paragona al mutuo, è la *condictio indebiti*, strumento in origine della ripetizione di una somma indebitamente pagata e poi (conforme all'estensione oggettiva della *condictio* in generale) della revocazione in generale di qualunque diritto reale o di credito indebitamente costituito. La *condictio indebiti* (esclusa dall'errore inescusabile e dall'errore di diritto, dalle obbligazioni naturali, dai debiti crescenti nel doppio in caso di negativa e anche nell'ipotesi che siasi pagato un debito altrui, non in proprio nome, cioè credendosi falsamente il debitore, ma tuttavia credendosi obbligato a pagare per conto altrui) è stata regolata da Giustiniano in modo particolare, quando si nega dalla parte del convenuto il pagamento fatto o quando l'attore sia persona inesperta, presumendo in simil caso l'indebito in base alla mera prova del pagamento.

Oltre alla *condictio ob causam datorum* (*causa data causa non secuta* nelle fonti giustinianee) per inadempimento della controprestazione promessa — limitata però logicamente, dopo riconosciuti i contratti innominati, all'inadempimento colposo — Giustiniano ha costituito la singolare *condictio ex poenitentia*. La *condictio ob turpem vel iniustam causam*, in ragione della immoralità dell'accipiente (se v'è immoralità anche dalla parte di chi ha fatto la prestazione o subito la diminuzione, la *condictio* non è concessa), ha per oggetto non la semplice restituzione dell'arricchimento, ma i danni interessi e, come nella *condictio furtiva*, il debitore non è liberato nemmeno dalla perdita dell'oggetto per caso fortuito: uno speciale regolamento ha tuttavia la *condictio* per ripetere le donazioni tra coniugi,

in quanto qui la ragione del debito non è tanto l'impe-  
dire la donazione in sè, quanto appunto l'arricchimento  
dell'un coniuge a danno dell'altro. La *condictio ob cau-  
sam finitam* e la *condictio sine causa* in senso stretto  
esauriscono l'ambito delle ipotesi possibili di apparente  
giustificazione e reale iniquità dell'acquisto e della per-  
dita correlativa.

\* \* \*

8. La *gestione degli affari altrui* ha come termine ana-  
logo nel sistema dei contratti il mandato. Riconosciuta  
probabilmente in origine dal Pretore e assunta poi nel  
*ius civile*, essa è stata ampliata oltre i suoi confini da  
Giustiniano, il quale, inteso a colpire, per quanto era pos-  
sibile, ogni ingiusto arricchimento, concesse al gestore  
la *contraria negotiorum gestorum actio* pel risarcimento  
delle spese, anche indipendentemente dalla sua buona fede,  
dall'*animus negotia aliena gerendi*; solo mantenendo l'esi-  
genza che l'affare sia stato utilmente gerito, e non fosse  
fatto espressamente divieto di gerirlo dal principale. Alla  
gestione degli affari altrui si accostano, oltre la tutela  
e la cura, l'*actio funeraria* per le spese di sepoltura,  
concessa anche contro la volontà dell'erede e con privi-  
legio sull'eredità, perchè si è gerito un affare del defunto,  
e l'*actio in factum*, diretta e contraria, nel caso di pos-  
sesso dei beni di un debitore.

Gli obblighi nascenti dalla comunione incidentale, rap-  
porto analogo alla società, hanno sanzione nell'*actio fa-  
miliae erciscundae*, che risale alle XII Tavole, e nell'*actio  
communi dividundo* di data più recente: entrambe di buona  
fede dal tempo dei Severi. Ad esse si accosta la singola-  
rissima *actio finium regundorum*.

Dell'originale categoria dei quasi-delitti l'obbligazione che forse più si avvicina alla concezione moderna del quasi-delitto è l'azione pretoria contro i *nautae, caupones, stabularii* per i furti e i danni recati dai loro dipendenti: obbligazione però nel doppio del danno recato e non esperibile contro gli eredi, come le vere azioni penali.

Se l'obbligazione di rispondere per ogni perdita o deterioramento, salvo il caso di assoluta forza maggiore, imposta alle stesse persone dall'Editto non esige il patto concluso dal viaggiatore di volta in volta — il che è poco probabile — anch'essa è obbligazione extracontrattuale, che ha sua base nel semplice fatto di ricevere in deposito (*receptum*) le merci o i bagagli.

Schiettamente indipendenti dal contratto e dal delitto, irriducibili con qualunque forzata analogia, sono le obbligazioni nascenti da rapporti di vicinanza, di parentela, di patronato, e l'*actio ad exhibendum* concessa a chiunque, volendo intentare un'azione relativa a un dato oggetto, ha interesse di chiederne la esibizione (per es., al fine di assicurarsi che l'oggetto è effettivamente posseduto da Tizio o poter esercitare la scelta in un *legatum optionis*); azione arbitraria e, a quel che sembra, *in rem concepta*.

\*  
\* \* \*

9. Il risarcimento del danno, oltre al costituire l'obbietto di una serie di obbligazioni indipendenti, *'ex delicto*, nelle quali esso si confonde in origine e poi si duplica con la pena, finchè la pena o è assunta dal diritto pubblico o cade, diviene anche in seguito una prestazione, che s'aggiunge o si sostituisce eventualmente alla prestazione, cui può vincolare la legge o il contratto, e

costituisce la principale categoria di obbligazioni accessorie. Si oppone pertanto il *danno contrattuale* al danno *estračontrattuale* o *aquiliano*: termini entrambi troppo angusti, poichè la responsabilità eventuale pel danno non accede solamente all'obbligazione contrattuale e il *damnum iniuria datum* della *Lex Aquilia* non è che una figura specifica nel concetto generale del danno quale diminuzione patrimoniale ingiustificata, sia pure la più spiccata ed evidente figura e quella donde deriva il nome. Meglio sarebbe forse adoperar le formule danno indipendente o principale, danno dipendente o accessorio. Serbando le espressioni tradizionali, giova insistere ch'esse hanno un senso puramente convenzionale, che trascende rispettivamente i confini del contratto e della legge Aquilia.

Il risarcimento del danno come obbligazione accessoria, la specializzazione e graduazione della colpa e la misura dell'indennizzo, in breve tutta la teoria del danno contrattuale, ebbe per principio e punto di partenza i negozi di buona fede. Prima del sorgere dei negozi di buona fede, nelle obbligazioni contrattuali o estračontrattuali la condizione delle cose era molto semplice: il debitore è tenuto ad adempiere la prestazione, salvo l'impossibilità obbiettiva, che è causa di estinzione; ma se l'impossibilità deriva da *fatto del debitore stesso* (per es., egli ha distrutto o sottratto al commercio la cosa dovuta), o se, debitamente interpellato, non ha adempiuto la prestazione (*mora*), l'obbligazione diventa perpetua; con questo che il debitore, non potendo soddisfare l'oggetto, pagherà la somma, in cui si valuta ogni condanna sotto la procedura formulare. Ma in simil guisa il debitore non è responsabile, se non dell'inadempimento assoluto dell'obbligazione, non dare la cosa promessa; e anche, conseguente da un suo fatto doloso e positivo. L'adempimento inadeguato, per esempio,

dare oggetti in condizione deteriorata dal tempo della promessa, dare persino, dice Ulpiano, uno schiavo avvelenato, o anche l'inadempimento assoluto, che non deriva da proprio fatto positivo, ma dalla propria inerzia, da negligenza od omissione, dalla così detta *culpa in non faciendo* — lo schiavo promesso è perito, ad esempio, per difetto di cure — non fa responsabile: soltanto si potrà agire indipendentemente con l'*actio doli*. Ma nei contratti di buona fede, l'ambito lasciato al giudice permise alla giurisprudenza di svolgere una più perfetta teoria circa la responsabilità contrattuale, le cui linee fondamentali divennero le seguenti: il contraente è tenuto di adoperar *bona fides* in qualunque obbligazione, ed è responsabile quindi per dolo nei contratti da cui non ritrae vantaggio, e al dolo si assimila la *culpa lata* (concetto che insieme col dolo, pel quale interviene a turbar l'indagine anche la dubbia affinità col dolo penale, dà notevole travaglio per la sua precisa determinazione), sia *in faciendo*, sia *in non faciendo*: è tenuto inoltre ad adoperare anche *diligentia* o *exacta diligentia* o *custodia*, ed è responsabile quindi della colpa lieve (la così detta colpa *in abstracto* pel termine di misura) nei negozi da cui ritrae vantaggio. Occorre però una attenuazione, che riduce la responsabilità alla *diligentia quam suis*, alla così detta colpa *in concreto*, quando si gerisce un affare di comune interesse (società, comunione incidentale, amministrazione dotale) e nella tutela; e viceversa nel mandato e nella gestione di affari, nel deposito necessario, nonostante la gratuità, si risponde, in ragione della speciale fiducia, fino alla colpa lieve. L'obbligo eccezionale della *custodia* in senso specifico, per cui s'incorre anche la responsabilità del caso fortuito, salvo solo i casi tipici di forza maggiore, non incombe per diritto giustiniano se non nel *receptum* e nella locazione

conchiusa con gli *horrearii* o padroni di magazzini di deposito. La misura del risarcimento, in cui si oscilla, secondo i casi, dalla vera *rei aestimatio* al *quanti interest*, cioè danni diretti e indiretti, danno emergente e lucro cessante, è stata limitata a un *maximum* del doppio da Giustiniano nei contratti aventi un oggetto certo.

L'ampliamento e la graduazione della responsabilità per la colpa, cioè l'obbligazione accessoria del risarcimento, tenuto conto della colpa *in faciendo* e *in non faciendo*, e delle varie specie di colpa, principio fondamentale il *commodum* o *lucrum*, fu estesa dai Romani stessi ai legati e fedecommissi, nel diritto intermedio, svanito già nello stesso diritto giustiniano il concetto del negozio di stretto giudizio (di stretto diritto, secondo Giustiniano), a qualunque rapporto obbligatorio. Le note eccezioni relative al precario e all'agrimensore, derivanti dal non essere negozi di buona fede, anzi nemmeno contratti, salvo il precario nel diritto giustiniano, non turbavano l'armonia, perchè trattavasi d'istituti schiettamente romani. Così, mentre la fonte primitiva dell'obbligazione, il delitto, si esaurisce, riducendosi quanto ai rapporti privati all'obbligazione di risarcire il danno di cui si è convinti autori, dall'altra parte il contratto allarga la sua sfera, riassorbendo come obbligazione accessoria il risarcimento eventuale per i danni recati nei rapporti reciproci e concorrendo spesso elettivamente l'azione del contratto coll'azione nascente dall'atto lesivo. In realtà, le fonti delle obbligazioni si riducono oggi a queste due supreme: il contratto e la legge; ma il contratto tiene il campo, e la legge o ne limita i confini o qua e là ne intacca il territorio.

## CAPITOLO XIII.

## Garentia delle obbligazioni.

1. Uno degli argomenti, in cui più si riflette l'essenza dell'obbligazione e il passaggio lento dal vincolo personale al rapporto patrimoniale, è la garentia delle obbligazioni. Oggi nelle obbligazioni è insita e chiara la tendenza verso il patrimonio del debitore, e nel Codice stesso è sancito espressamente non solo che il debitore « è tenuto ad adempiere le contratte obbligazioni con tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri » (Cod. civ. art. 1948), ma altresì « i beni del debitore sono la garentia comune dei suoi creditori. Questi vi hanno tutti un uguale diritto, quando tra essi non vi sono cause legittime di prelazione » (art. 1949). L'ipoteca, il pegno e i privilegi in genere non rappresentano oggidì se non titoli di prelazione in questa generale tendenza dell'obbligazione verso il patrimonio del debitore.

Se non che la prima forma in cui la garentia delle obbligazioni si affaccia nella storia del diritto romano e la più popolare nella genuina società romana non è la garentia patrimoniale, bensì la garentia personale e obbligatoria nel modo più schietto e semplice. Al vincolo stretto dal debitore effettivo accede un'altra persona che si vincola essa pure, nella stessa misura e sulla stessa linea: la forma è l'antica stipulazione che dicesi *sponsio*, alla quale si aggiunge pure la *fideipromissio* accessibile ai peregrini. Garantire pel proprio cliente è un debito di onore pel patrizio, è un *officium* personale; nel divieto fatto alle donne dal senato-consulto velleiano d'intercedere è insito il motivo che esse non debbano *muneribus virilibus fungi*, sicchè il divieto rappresenta in parte un momento di

quella graduale diminuzione dell'attività delle donne nel progressivo svolgimento dalla società patriarcale allo Stato, alla società civile, il che è contro l'opinione comune e la tendenza radicata nel nostro pensiero. Così generale era il costume e tale il peso della garentia di obbligazioni altrui nell'antica società romana, che questa materia ci presenta sin da tempo remoto la più ricca legislazione e la più impregnata di preoccupazioni politiche e sociali. La legge *Furia* dichiarò liberi dopo due anni gli sponsor e i fidepromissori, introdusse l'obbligo della divisione tra i vari sponsor e fidepromissori, che fossero viventi alla scadenza dell'obbligazione, senza riguardo alla solvibilità o meno di ciascuno, e la *Cicereia* fece in conformità obbligo ai creditori di dichiarare pubblicamente gli sponsor e fidepromissori ricevuti, sotto pena di perdere la cauzione, qualora dopo i trenta giorni risultasse non avere ottemperato a tale obbligo. La pratica introdusse una forma più larga di garentia, la *fideiussio*, non soggetta alle limitazioni anteriori della *lex Furia* e della *lex Cicereia*. Per altro la legge *Cornelia*, probabilmente rogata dal dittatore Silla, limitò l'obbligo dei fideiussori alla somma di 20,000 sesterzi; solo l'imperatore Adriano introdusse anche a favore dei fideiussori il *beneficium divisionis*, più equamente regolato che non quello della legge *Furia*, in quanto la divisione opera tra i fideiussori solvibili e al momento della lite: che debbano essere anche presenti è probabilmente un'innovazione di Giustiniano.

Ciò che rende particolarmente grave la posizione del fideiussore, per tenerci a questo solo istituto, che divenne ben presto prevalente nella vita ed è l'unico superstite nel diritto giustiniano, era essere obbligato in linea perfettamente uguale col debitore principale, sicchè il creditore poteva indifferentemente rivolgersi contro il cre-

ditore principale, e contro il garante, anzi il rigoroso principio della consumazione processuale (*bis de eadem re agi non potest*) faceva sì, che si rivolgesse più facilmente contro il garante come quello che doveva essere di più sicura solvibilità. Dall'epoca della giurisprudenza classica la tendenza è appunto di rimediare alla libertà di scelta e alla consumazione processuale. A questo pensiero deve la sua origine il *fideiussor indemnitatis*, il quale non essendo obbligato all'identica prestazione, faceva che si schivasse la consumazione, e in questa forma la consuetudine fece obbligo al creditore di escutere prima il debitore principale. Uno spediente pratico di efficacia più generale circa l'escussione fu il seguente: il *fideiussor* dava egli stesso mandato al creditore di escutere il debitore principale, onde se il creditore non veniva soddisfatto da questo, consumava bensì l'azione del credito, ma aveva diritto di regresso in base al mandato. Nell'epoca romano-ellenica, svanito il sentimento della consumazione assoluta *iuris publici* per effetto della *litis contestatio*, si usò di pattuirne la rinuncia, finchè Giustiniano (a. 531) non ebbe cancellato quest'effetto consuntivo rispetto ai fideiussori, come in tanti altri e non sempre evidenti rispetti. Da questo momento la libera scelta del fideiussore o del debitore principale non ha più ragione di essere, come non aveva ragione di essere nel diritto classico rispetto al *fideiussor indemnitatis*, e Giustiniano l'abolì in una delle sue Novelle, introducendo il *beneficium excussionis*, divenuto nel diritto odierno elemento naturale della fideiussione, indice del suo carattere accessorio. È tuttavia escluso il beneficio dell'escussione nel caso di cessazione dei pagamenti, insolubilità notoria del debitore, difetto di azione (obbligo naturale), negativa del debito da parte del fideiussore, e può essere eliminato anche dalla volontaria rinuncia, il

che, forse non troppo opportunamente, è tuttavia sancito dal nostro Codice (Cod. civ. art. 1907).

Anche il diritto di regresso, ora elemento naturale della fideiussione, non era affatto connaturale nell'antica organizzazione dell'istituto. Nella vita cittadina fu bensì provveduto con sanzione speciale allo *sponsor*. Già in tempo remoto, la legge *Publilia* aveva introdotto un'*actio in duplum (actio depensi)* contro il debitore che non avesse entro sei mesi risarcito il suo garante, azione che si faceva valere col procedimento più rigoroso della *manus iniectio*, cioè *pro iudicato* (anche dopo che la legge Vallia aveva rimosso questa rigorosa *manus iniectio* in ogni altro rapporto), senza diritto di respingere la *manus iniectio* nel debitore, il quale doveva o dare un vindice o seguire nella sua casa il creditore: il cadere delle *legis actiones* non fece che sostituire, coerentemente, alla *manus iniectio* la *satisfactio iudicatum solvi*. Ma quanto al fideiussore egli restò per lungo tempo abbandonato nel regresso all'*actio mandati contraria* o all'*actio negotiorum gestorum* qualora, s'intende, avesse prestato garentia per mandato o concorressero i requisiti di una *negotiorum gestio*. Il riconoscimento della cessione delle azioni indusse ad approfittarne anche per favorire il fideiussore, al quale fu concesso di ottenerla dal creditore mediante una finta vendita, opponendo l'*exceptio doli*, e in un testo di Paolo viene pur concesso in guisa abbastanza strana codesto *beneficium cedendarum actionum*, anche dopo il pagamento, cioè dopochè, secondo i principi, il debitore è liberato e l'azione consumata, nè quindi potrebbe aver più luogo una cessione di ciò che non esiste. Nel diritto comune, la cessione divenne regola. Lo stesso *beneficium cedendarum actionum*, oltre al beneficio *divisionis*, provvedeva nei rapporti tra più fideiussori, nel qual riguardo già in antico aveva prov-

veduto a stabilire un'azione di regresso tra gli sponsor e i fidepromissori un'altra delle tante leggi politiche in materia di garentia personale, la legge *Appuleia*.

\* \* \*

2. Il riconoscimento del mandato rese possibile di adoperare anche questa figura di contratto in funzione di malleveria, la qual forma ha i pregi ed i difetti dell'istituto che allo scopo viene adibito, e mentre, giusta la natura del mandato, si contrae senza forme ed anche tra assenti, d'altra parte si corre il rischio della revoca per morte del mandante o del mandatario prima dell'esecuzione. Il *beneficium divisionis* fu concesso *ab origine* o esteso anche al mandatario: dai testi non risulta che ci fosse consumazione processuale, ma potrebbero anche essere interpolati. Il mandato in tale uso è distinto dai commentatori coll'epiteto di *qualificato*, il mandante nelle fonti stesse è detto *mandator*.

Il Pretore ha introdotto anche un altro libero mezzo giuridico, il *constitutum debiti*, che non è se non la promessa di adempiere un'obbligazione propria o altrui già esistente. Per vero in funzione di garentia di un'obbligazione altrui il costituito era di raro impiego nel diritto classico, e quest'ufficio gli viene in larga misura attribuito soltanto nella legislazione giustiniana, per effetto della fusione col *receptum argentariorum*. Era nel concetto classico un mezzo per fissare un termine all'obbligazione di generi o cose fungibili, e giovava altresì a munire di azione un'obbligazione naturale, ma l'*actio de constituta pecunia* non aveva sua base tanto nella convenzione, quanto nella ragione penale di reprimere la mancanza di fede del costituente. Giustiniano estese il costituito a

ogni oggetto e concesse un termine di grazia di 10 giorni pei costituiti, in cui il termine non era fissato. Egli ha esteso altresì al costituito il beneficio della divisione. Del resto, l'essenza indipendente del costituito, adibito anch'esso contro le sue origini a scopo di garentia, si rivela forse più chiaramente che non nel così detto mandato qualificato: la prestazione del costituente di un'obbligazione altrui può essere diversa non solo nelle modalità, ma anche nell'obbietto stesso, i mutamenti dell'obbligazione principale non si riflettono punto sull'obbligazione del costituente, anzi l'estinzione stessa dell'obbligazione principale non importa. Nel diritto comune i nostri pratici, e d'accordo coi pratici sono i migliori pandettisti tedeschi, ritengono estinto il costituito.

Il *costituito* in una delle sue forme giova a garantire anche un'obbligazione propria, è in altri termini una garentia obbligatoria derivante dallo stesso debitore. Tale carattere hanno nel diritto giustiniano anche altri istituti, la cui funzione originaria era pure, come quella del costituito, un'altra: la *caparra*, che non ebbe nel diritto romano genuino se non carattere probatorio per la conclusione del contratto, e la *clausola penale*, nata come un mezzo per garantire dei rapporti imperfettamente tutelati dal diritto, e forse in origine il solo mezzo per obbligarsi ad altro che a danaro.

Il *giuramento* come modo di garantire la propria obbligazione venne riconosciuto nel diritto romano solo da un rescritto di Alessandro Severo, e solo quale mezzo di convalidare, eliminando il beneficio della restituzione in intero, l'obbligazione del minore. Quel liberale e audace interprete del diritto romano che fu il glossatore Martino fece prevalere contro Bulgaro nel diritto medioevale la opinione, che l'atto del giuramento confermasse anche

l'obbligazione non validamente contratta dal minore; il diritto canonico, allargando una costituzione di Federico I, portò all'estremo l'efficacia del giuramento, facendone la generale sanatoria di tutti gli atti nulli.

\*  
\* \*

3. Negli ordinamenti odierni le garentie reali rappresentano precisamente nell'essenza loro il diritto condizionato di alienare i beni del debitore per soddisfersi di un credito. Oggidì l'obbligazione ha una tendenza spiccata verso il patrimonio del debitore, verso la sua personalità patrimoniale, se così si vuol dire, e non soltanto l'esecuzione si fa direttamente sul patrimonio, ma già prima della sentenza e dell'esecuzione i beni del debitore sono quasi vincolati al creditore, il qual vincolo si rivela in più istituti legislativi. Laonde le garentie reali non rappresentano se non cause di prelazione a favore del creditore, che in questa generale direzione si vuol assicurare un posto migliore. Diversa è la struttura e diversa la funzione della garentia reale nell'ordinamento primitivo: un trasferimento fiduciario di proprietà o un trasferimento di possesso di oggetti al fine di esercitare sul debitore una specie di coazione morale, cioè indurlo a soddisfare l'obbligazione per riavere la cosa sua. Tale è la figura originaria della *fiducia*, dei *pignus*, delle *missiones in possessionem*.

L'evoluzione del diritto romano nell'epoca classica ha perfezionato questi primitivi istituti, e ne ha mutato l'essenza genuina; ma circa il pegno almeno questo svolgimento è più tardo assai di quello che non si creda in quanto concerne l'elemento più naturale, secondo la nostra coscienza, cioè il diritto di vendere.

La *fiducia* è un vasto istituto non destinato esclusivamente a scopo di garentia, sebbene questa fosse la sua principale applicazione. Oscura è l'origine dell'*actio fiduciae*, colla quale il debitore ripeteva la cosa sua una volta soddisfatta l'obbligazione; probabilmente fu prima azione pretoria *in factum*, poi azione civile e di buona fede. Col trasferimento della proprietà, per lo meno nell'epoca del diritto classico, non soleva andare congiunto il trasferimento del possesso, e l'ambito dell'*actio fiduciae*, come era la sua natura di buona fede, fu ampliato in guisa da reprimere ogni abuso del creditore, compreso l'esercizio del diritto di vendere, che qui spettava bene al creditore, ma in forza della proprietà che formalmente egli serbava sull'oggetto. Così ordinata la fiducia, era abbastanza rispondente al suo fine, e rimase per tutta l'epoca del diritto classico il mezzo più in voga di garentia reale. Dell'origine, impressa nella sua forma, serbò soltanto un difetto per vero assai grave: il non poter l'oggetto servire di garentia, se non per un solo creditore.

\* \* \*

4. Il *pignus*, mero trasferimento del possesso, fu lentamente perfezionato dal Pretore e dalla pratica stessa. Il Pretore concesse anzitutto al creditore gl'interdetti possessori; ma l'ulteriore perfezionamento del pegno rappresenta l'origine dell'ipoteca, che presso i Romani non fu mai nettamente distinta dal pegno. La prima applicazione fu in ordine agli strumenti di coltura introdotti dal colono nel fondo preso in affitto (*invecta et illata*). Alla pratica che tali strumenti dovessero costituire la garentia del prezzo di fitto diede sanzione il Pretore sulla fine della repubblica coll'interdetto Salviano, più tardi col-

L'*actio serviana* dirigibile anche contro i terzi, e dagl'*in-vecta et illata* il rapporto venne esteso ad ogni altro oggetto, foggiano l'*actio serviana utilis* o *quasi serviana*, che è l'azione ipotecaria. L'interdetto e l'azione non mirano se non alla presa di possesso, quando il creditore alla scadenza non sia soddisfatto, e nel complesso l'ipoteca non differisce essenzialmente dalla fiducia, la quale nell'epoca storica non spogliava punto il debitore del possesso e del godimento dell'oggetto. Essa è bene indipendente dalla *mancipatio* e dall'*in iure cessio*, ma questo è tutt'altro che un vantaggio, e, data la segretezza dell'accordo e l'assoluta assenza di pubblicità, non è nemmeno un vantaggio il fatto che la cosa possa essere ipotecata successivamente a più creditori. Se la fiducia è caduta nel diritto giustiniano, ciò non fu se non per la desuetudine in cui caddero la *mancipatio* stessa e l'*in iure cessio* nell'epoca romano-ellenica, almeno in Oriente, dove d'altra parte non esistevano che fondi provinciali e i modi d'alienazione propri del diritto romano non attecchirono probabilmente mai. A maggior garanzia del creditore si introdusse l'uso di aggiungere all'atto di trasmissione o consegna dell'oggetto dei patti speciali: o il patto che la cosa rimanesse pure del creditore, non pagato alla scadenza (*lex commissoria*), o il patto di alienare la cosa, (*pactum distrahendi*). Solo nell'ultimo periodo della giurisprudenza classica con Ulpiano si nota uno svolgimento che rappresenta una delle tendenze più frequenti dell'evoluzione giuridica e di cui offre il diritto romano numerosissimi esempi: l'uso costante del *pactum distrahendi* fece sì che si intendesse sottinteso, qualora non fosse espressamente dichiarato il contrario. Così il *ius distrahendi* venne ad aggiungersi e a sovrapporsi al *ius possidendi*: così mutò l'antica natura delle garanzie reali. L'epoca ro-

mano-ellenica conferì una natura più recisa a questo risultato; Costantino abolì la *lex commissoria* e Giustiniano sancì che il patto di non vendere non avesse efficacia se non di obbligare il creditore a tre denuncie, prima di eseguire la vendita.

\*  
\* \* \*

L'essenza del pegno è uno dei problemi più tormentosi della scienza giuridica odierna; problema aggravato e complicato dalla varietà dell'oggetto del pegno. È un diritto reale o un diritto di obbligazione? La tendenza sempre dominante a spingere verso la realtà ha sua radice principalmente nell'azione *in rem* e nel significato intrinseco delle azioni *in rem*. Se non che nel pegno tornano in guisa caratteristica le espressioni e il linguaggio delle obbligazioni: *obligatio rei*, *pignus contrahitur*, *tacita obligatio*. In realtà, ciò che in ultima analisi trattiene dal conferire natura obbligatoria al pegno è la spiccata tendenza verso un elemento patrimoniale di fronte all'immanente carattere personale delle vere obbligazioni nel diritto romano; ma ora che questo carattere personale è stato sopraffatto si potrebbe vincere questa ripugnanza.

La conversione del pegno e dell'ipoteca in una facoltà di vendere amplia l'oggetto del pegno a ogni elemento patrimoniale. Qualunque oggetto alienabile divenne possibile oggetto di pegno e d'ipoteca, e i divieti di alienazione valsero anche divieti di costituzione di pegno. Ma quest'ampliamento pone davanti il problema, se oggetto del pegno sia la cosa o il diritto. Certo è ripugnante ammettere la costituzione di diritti su diritti, ma è forzato e contrario al pensiero ed al linguaggio comune, negli stessi diritti reali, il voler dichiarare che il pegno è sempre sulla cosa, nei limiti del diritto stesso. Il problema

si complica col pegno di crediti, del pegno stesso (*sub pignus*) e dell'intero patrimonio e in alcune figure travagliate, quale il pegno dell'*universitas*. Forse la natura obbligatoria del pegno facilita il compito; oggetto sarebbe la prestazione, come nelle obbligazioni.

Fra più pegni sullo stesso oggetto risorge lo stesso rapporto di prelazione, che stabilisce in genere il pegno rispetto alle obbligazioni non munite di garentia reale. Il criterio genuino per risolvere le collisioni è la precedenza in tempo: l'adagio *prior in tempore potior in iure* sorge e spicca principalmente in materia di pegno ed ipoteca. L'imperatore Leone nel 469 stabilì una preferenza a favore del pegno attestato da documento pubblico o da istrumento privato: è una fase della lotta contro la clandestinità, che aveva dato origine anche al crimine di stellionato. Una serie di pegni, i così detti pegni *taciti* o *legali*, vennero poi privilegiati su tutti. Lo spirito della nuova epoca ha reso necessaria l'autorizzazione pubblica per procedere alla vendita del pegno e Giustiniano ha interpolato all'uopo i testi classici, come risulta da ricordi letterari e altresì dall'Editto di Teodorico. Negli ordinamenti odierni, il sistema della pubblicità domina tutto il campo ipotecario ed è questo anzi il motivo storico che ha condotto a riordinare i modi pubblici di alienazione della proprietà.

## CAPITOLO XIV.

## L'eredità.

1. L'eredità romana è il più meraviglioso esempio di trasformazione delle funzioni nell'organismo del diritto: un vasto sistema giuridico, preordinato nella società primitiva in tutte le sue parti a una funzione politica essenziale, ma sopravvivente a quella costituzione sociale per adempiere nella sua storica vita a una funzione diversa, in origine meramente secondaria, pur mantenendo lungamente intatta ne' suoi principi la sua costruzione fondamentale, esaurita via via per una serie di eccezioni e adattamenti, ma solo col tramontare del mondo romano interamente abolita.

È il campo di battaglia e di studio dei principi generali e dei principi eccezionali, *ius commune* e *ius singulare*; diritto ed *aequitas*, logica e *utilitas*: è il territorio dei *beneficia legis*.

L'eredità in generale, a parte i residui estrapatrimoniali resistenti ancora nello stesso diritto giustiniano, si può dire che operi l'acquisto in blocco del patrimonio di persona defunta. Nel diritto romano, essa non è che una figura speciale nella serie delle vere e proprie successioni *per universitatem*; ma dalle successioni universali tra vivi, ora tutte andate in diletto, l'eredità si distingue per una sua propria caratteristica: l'erede acquista (e la stessa parola *acquistare* è inadeguata) il complesso dei rapporti giuridici quali erano in capo al defunto, subentrando nei debiti del defunto anche al di là dell'attivo, negli oneri di qualunque natura; succede insomma, come oggi usa dire, nella *posizione istessa* del defunto rispetto al patrimonio, compresa financo la *sua buona o mala fede*. Ciò

e non altrò si sforzavano di significare le formule tradizionali « continuazione della personalità, rappresentanza del defunto », mere immagini a buon diritto abbandonate come concetti giuridici, ma che, come metafore e modi di dire per scolpire al vivo la posizione dell'erede, non meritano di essere troppo censurate.

Per esprimere questo pensiero del subentrare nella posizione del defunto, i Romani usano le espressioni: *successio* o *succedere in ius* o *in locum (mortui, defuncti)* o anche, *successio in locum et ius*, e due volte forse *successio in omne* o *universum ius*, formula per mero equivoco preferita nella tradizione dottrinale. Convieni infatti por mente che elemento caratteristico non è l'*universum*, che generalmente nelle fonti non si rileva. I giureconsulti intendono mettere in luce (e ciò non è guari avvertito) che il chiamato succede nel carattere subbiettivo del defunto: *ius*, *locum et ius* alludono, come le analoghe espressioni *ius Latii* o *ius civitatis*, ad una posizione subbiettiva, non all'obbietto patrimoniale; e *locum et ius* in particolare è quasi, in figura di ἐν διὰ δυοῖν, la formula modernissima « posizione giuridica ». Ogni altra successione all'infuori dell'eredità non è mai detta dai Romani *in ius*, ma *in res*, sia essa in *res singulas*, sia *per universitatem*. Ciò che induce gli scrittori a dar rilievo all'*universum* è l'intender ch'essi fanno la locuzione « *successio in ius* » quale un equivalente della nostra « successione nei diritti o successione giuridica », come chi dicesse « *successio in omnia iura* », non avvertendo che i Romani del trapasso di diritti ragionano sempre come trapasso di cose corporali o incorporali, e *succedere in ius* o *in iura* usato in questo senso è una espressione antiromana. È certo nel linguaggio odierno e nella nostra coscienza una strana ironia che *succedere in ius* praticamente venga a significare appunto

successione nei debiti e negli oneri, non nei diritti; ma la cosa torna precisamente così.

\*  
\*  
\*

2. Senonchè, scendendo dalla funzione ad una intima organica analisi dell'istituto, il concetto dell'eredità romana, in altri termini il principio cardinale, cui tutti gli altri si riducono, è che la successione patrimoniale nella forma e nell'ampiezza descritta dipende dall'acquisto di una *qualifica*, d'un *titolo*.

L'eredità romana si può definire « l'acquisto di un titolo personale, di una *qualifica*, *in conseguenza della quale* si è chiamati a subentrare nella posizione patrimoniale del defunto ».

Tutta quanta la struttura dell'eredità romana si riassume dommaticamente nel concetto, che essa è un acquisto patrimoniale *indiretto, mediato*; che legalmente, formalmente essenziale è l'acquisto del titolo personale, il nome di erede, da cui dipende tanto necessariamente il subentrare nel patrimonio, che senza di esso non si acquista, *pur volendolo il defunto*, con esso si acquista tutto, anche se talora il defunto ciò non voleva.

Principi consequenziali e argomenti di questa struttura sono *tutte* le regole fondamentali dell'eredità romana, che giova richiamare nel loro genuino carattere:

I. « *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ». L'eredità è deferita o dal testamento o dalla legge, in base a un rapporto personale col defunto: ma le due delazioni sono tra di loro incompatibili. Se vi è un erede designato dal defunto, il presunto successore *ab intestato* non acquista il titolo di erede, nè quindi può subentrare nel patrimonio, anche se il defunto ne abbia assegnato solo una parte all'erede testamentario. Questi,

che solo ha il titolo di erede, in forza del titolo acquista tutto.

II. « Diritto di accrescimento ereditario ». Quando più persone sono chiamate a succedere, se alcune di esse rinunciano, o non possano, o non vogliano acquistare, le parti caduche sono acquisite ai coeredi. Ciò ha luogo anche se gli eredi sono testamentari ed esistono successibili *ab intestato*; ha luogo anche se il testatore l'abbia espressamente proibito: infine anche senza saputa e contro la volontà dell'erede stesso, il quale potrebbe esserne più pregiudicato che vantaggiato. I successori legittimi non possono esser chiamati nelle quote caduche, perchè, di nuovo, il titolo di erede essi non l'hanno.

III. « Intrasmisibilità della delazione ». L'eredità soltanto deferita non si trasmette all'erede del chiamato. La delazione non chiama direttamente al patrimonio, ma all'acquisto di un titolo personale, e, come è chiaro da questa stessa intrasmisibilità, *eminentemente* personale.

IV. « Istituzione di erede ». Il testamento contiene essenzialmente e necessariamente l'istituzione di erede. Se il testatore ha lasciato tutto il suo patrimonio senza conferire il titolo di erede, allora questo titolo lo acquistano i successibili *ab intestato*, e col titolo il patrimonio e gli oneri del defunto. Se l'erede non accetta, tutto il testamento cade (*testamentum destitutum* o *desertum*). L'assegnazione patrimoniale è invece tanto indifferente che il defunto può in principio elargire tutto il suo patrimonio a un terzo (legato), e lasciare che l'erede subentri in conseguenza del titolo nella sola posizione onerosa, nei debiti.

V. « Istituzione *ex re certa* ». Se il testatore ha dichiarato alcuno erede « di un oggetto determinato » o anche « salvo un oggetto determinato » (*excepta re certa*), questa

disposizione pei Romani è contraddittoria e assurda. Per tenere in piedi l'istituzione di erede e il testamento dovette la giurisprudenza prescindere dall'assegnazione di cosa determinata, fingere come non fosse stata scritta.

VI. « Revoca del testamento anteriore ». Il testamento posteriore, ossia la posteriore designazione di un nuovo erede, annulla totalmente il testamento anteriore, anche se le disposizioni patrimoniali non sieno punto incompatibili.

VII. « Prelegato o legato all'erede ». Il legato all'erede unico è nullo interamente e il prelegato a un coerede è nullo come tale per una parte proporzionale alla sua quota.

L'erede subentra nel patrimonio in conseguenza del titolo, inevitabilmente, per tale necessità giuridica che opera indipendentemente dalla volontà del defunto e anche contro: è logico quindi che il legato, gravando sopra un patrimonio già suo, si debba concepire come una sottrazione fatta all'erede, e il legato attribuito all'erede stesso si trovi in tutto o in parte annichilito dalla qualità di erede.

Tali principj sono incompatibili col carattere patrimoniale dell'eredità. La dimostrazione evidentemente logica è data in generale (a parte le iniquità e sovente le bizzarie, che a fil di logica ne derivavano) dal contrasto colla volontà del defunto, la dimostrazione storica dal fatto che il diritto romano li ha via via corretti coll'uso di espedienti e di rimedi, coll'introduzione di istituti singolari, il diritto moderno li ha tutti aboliti. L'induzione che si presenta naturale quando un istituto si trova anche solo in parte non adatto al suo scopo è che esso in origine abbia adempiuto a un'altra funzione: induzione in ogni caso quasi necessaria, perchè *tutto lo svolgimento del diritto e del mondo non procede altrimenti*, e in questo pre-

zioso e unico fenomeno storico che è il diritto romano ne abbiamo esempi a ogni passo.

\* \* \*

3. Ora, l'origine di questa singolare struttura dell'eredità romana per cui l'acquisto del patrimonio dipende dall'acquisto di un titolo che *ormai*, fuori del diritto che esso conferisce sul patrimonio del defunto, è titolo vano, si può riportare, a nostro avviso, colla maggiore certezza che il ragionamento e la storia consentono, al fatto che nella sua primitiva funzione, anteriore all'epoca storica di Roma, l'eredità serviva al *trapasso dell'autorità sovrana, della potestà sulla famiglia*, non già sul patrimonio (1).

---

(1) A cansar gli equivoci, che non conferiscono troppo alla precisione delle idee (e nella questione presente n'ho avuto curiose sperienze), sono indotto ancora una volta a dichiarare categoricamente, che questo concetto circa l'origine dell'eredità non solo nell'*apprezzamento* e nella *dimostrazione* (il che basterebbe per l'originalità, ma non è ciò di cui più mi curo), ma nell'*enunciazione* stessa è assolutamente nuovo e mio.

Fu per la prima volta espresso nelle *Res mancipi*, Roma 1888-89, pag. 322, n. 1 e in *Bullet. dell'Ist. di dir. rom.* 1889, p. 249; e in parte dimostrato, argomentando dal carattere politico della famiglia antica, dall'analogia dell'ordine successorio tipico del diritto pubblico di Roma (designazione da parte del predecessore) colla successione tipica e preminente del diritto privato romano (il testamento) e dalla massima *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus etc.* Nel 1890 Scialoja v'aggiunse il peso della sua autorità in una breve comunicazione all'Istituto, occupandosi di ribattere alcune obiezioni, principalmente quella nascente dall'intrasmissibilità delle azioni penali, ch'egli spiega col principio nosale; spiegazione forse più plausibile, certo più cauta, della mia che il principio possa essere una reazione portata dal sorgere delle azioni contrattuali. Scialoja aveva per l'innanzi asserito non la *derivazione* della successione patrimoniale dalla sovrana, ma l'*analogia* delle due per il fatto che nella successione ereditaria il patrimonio passa come un tutto nell'erede. Ma né io né Scialoja abbiamo avuto per lungo tempo piena consapevolezza che l'idea circa la derivazione fosse anche nell'enunciato così assolutamente nuova: furono gli strani nomi, strani, dico, relativamente

Un argomento preliminare è fornito dal confronto delle altre successioni universali parallele all'eredità. Se l'acquisto del patrimonio del defunto dipende dall'assunzione di un titolo, negli altri casi, in cui la successione universale si opera, essa dipende precisamente dall'assunzione di una potestà familiare. La successione universale si attua pei Romani nelle seguenti ipotesi:

1° Quando una persona è ridotta in schiavitù. Chi diventa padrone dello schiavo colla *potestas dominica* acquista anche il patrimonio.

2° Quando la donna *sui iuris* viene ad assoggettarsi alla *manus (conventio in manum)*.

3° Quando una persona *sui iuris* è arrogata, cioè viene ad assoggettarsi alla *patria potestas* di un altro *paterfamilias*.

L'origine di tali istituti si perde nella notte dei tempi, e la progressiva evoluzione del diritto non ha esaltato, ma via via alterato l'essenza pura della successione universale, già sin dal tempo, in cui spuntarono dei diritti patrimoniali così strettamente legati alla persona, che non possono cessare di appartenere senza cessar di esistere, le servitù personali, ad esempio. Salvo la riduzione in ischiavitù, la *successio per universitatem* si può dire sparita nel diritto giustiniano. Invece fuori dei casi enunciati non era possibile trasmettere in blocco tutto il patrimonio, operando una vera successione universale, in cui

---

a questo concetto, citati da coloro che l'accettarono (gli avversari l'hanno sempre attribuita a me) Hölder, Cuq, Kuntze..., che mi trassero alla ricerca e a questo risultato.

La dimostrazione presente è riassunta dai miei due scritti, l'uno dell'anno 1891 (letto nel 1890 e già preparato innanzi), l'altro del 1895, entrambi inseriti nel cit. *Bullettino*: alcune aggiunte sono state generalmente suscitate da posteriori obiezioni.

Non nuova del tutto è la *formula dommatica* (p. 435); non dico il concetto.

passano con un solo atto tutti i diritti, anche quelli altrimenti intrasmissibili per mancanza di *commercium*: lo stesso erede pretorio (*bonorum possessor*) o il *bonorum emptor* « *ficto se herede agit* ». Si può andare più in là, e asserire che la successione universale fu la prima forma di successione giuridica riconosciuta, appunto perchè non operava direttamente un acquisto patrimoniale: risalendo ai tempi oscuri, in cui ne viene a esser collocata l'origine, si giunge a un punto, in cui nessun diritto si poteva trasmettere all'infuori della proprietà, e questa si trasmette, perchè il diritto si confonde coll'obbietto. In altri termini, si conosceva il trasferimento delle cose, non si conosceva nè si concepiva il trasferimento dei diritti, la vera successione patrimoniale.

Senonchè l'argomentazione fondamentale per la tesi avanzata è, che i principi della eredità romana *in gran parte* disadatti e repugnanti alla funzione di trapasso patrimoniale sono invece *tutti, non uno eccettuato*, essenziali al trapasso della sovranità, o almeno adatti a questo e — ciò che storicamente vale altrettanto, quanto l'essere essenziali — conformi al modo, con cui la sovranità usava trasmettersi presso i Romani. Giova singolarmente richiamarli.

« Incompatibilità della successione testamentaria e legittima ». Quando il sovrano è designato in una forma, non se ne ammette contemporaneamente un altro designato in guisa diversa. Considerando appunto la primitiva funzione dell'eredità, si può ben parlare, come fa Pomponio, di una « *naturalis pugna* » tra le due successioni, e si può ripetere in proposito il ciceroniano: « *nec unquam factum est* ».

Io dissi già temperatamente che una simile condizione di due sovranità emananti da fonte diversa « è assurda o può

*parere* assurda » e il motto ciceroniano « si può *fors'anco* ripetere in proposito »; ma un naturale spirito di reazione all'idea nuova ha condotto persino ad asserire con sicurezza tanto maggiore quanto meno giustificata che tale incompatibilità non esiste, che la contemporanea diversa designazione di due sovrani non è assurda. Lasciando da parte la logica che, a quel che sembra, non è più di moda, dacchè Bacone e Spencer han tratto giù dal soglio Aristotele, io non ho scoperto nei *fatti* di tutta la storia antica dei Romani o dei Galli Tettosagi o della storia moderna d'Inghilterra o di Tartaria un ordine, un momento in cui compaia un simultaneo pacifico impero di più sovrani designati in modo diverso.

« Diritto di accrescimento ». Nella sovranità collegiale la morte o la rinuncia dell'uno non può che trasmetterne il diritto e l'esercizio negli altri. Che i magistrati collegiali romani dovessero provvedere a completarsi in caso di deficienza di un membro, anche se si volesse ritenere, non proverebbe nulla: perchè intanto, prima che ciò avvenga, la sovranità intera è necessariamente devoluta al superstite o ai superstiti. Ma il fatto non è: non si rielesse un collega il primo re di Roma, non usavano completarsi i tribuni della plebe, non si completano i tribuni militari con potestà consolare, non si completò il collegio de'consoli nel 216, nel 208, nell'84, nel '68 a. C., non si completò il collegio dei pretori nel 184, non si rielesse un collega nella censura Appio Claudio, non si rielessero un collega nel consolato Caligola, Nerone, nè sempre si rielessero un collega gli imperatori. S'intende che nel regime e nello spirito della repubblica, in cui la collegialità non è che sorga la prima volta, ma diviene stabile e caratteristico sistema politico, la cosa fu vista talora di mal occhio; nondimeno, pur durante la repubblica, tanto

l'esercizio della sovranità esclusiva da parte del magistrato superstita, quanto il passar sopra alla nomina suppletiva non apparvero mai quale una costituzionale infrazione, onde a ragione il Mommsen pronuncia, che il compimento di quell'elezione complementare non era legalmente richiesto.

« Intransmissibilità assoluta della delazione ». La chiamata all'impero è eminentemente personale.

« Necessità dell'istituzione di erede e indifferenza dell'assegnazione patrimoniale ». Principio essenziale se lo erede era appunto il sovrano; e con questa ipotesi soltanto si comprende come mai fino a tempi storici avanzati si potesse lasciare all'erede il mero titolo cogli oneri inerenti, e sottrargli per intero il patrimonio. Il contenuto patrimoniale, si vede, è estraneo all'eredità nella sua genuina essenza; ne doveva dunque avere nelle origini un altro.

« L'assurdità dell'istituzione di erede in una cosa determinata », la « revoca assoluta del testamento per un nuovo testamento », ossia per una nuova istituzione, sono conseguenze essenziali, dato che l'erede sia un nuovo signore, e la designazione di questo nuovo sovrano lo scopo del testamento.

Dall'altra parte, compatibile pienamente colla successione sovrana è la *coeredità*. Se anche fosse altrimenti nella *civitas romana*, vale a dire, se anche il più rigido principio monarchico avesse imperato nella primitiva *civitas*, nulla di strano che la famiglia seguisse o anticipasse in questo particolare un diverso tipo. Gruppi sottostanti, che appunto hanno una diversa costituzione dall'organismo superiore, sono così frequenti nella storia e nel mondo attuale che si può essere dispensati dal ricordarne gli esempi. Ma fa mestieri appena di richiamare

alla mente che Roma è il dominio classico della collegialità rispondente a capello alla coeredità; che il principio della collegialità non si è mai smarrito nemmeno sotto l'impero e se anche si vuol porre una data iniziale alla collegialità nella *civitas*, essa è più antica della più antica memoria che noi abbiamo di coeredità nella famiglia, ed è più che gratuito il ritenere che la fondazione della repubblica recasse sotto questo riguardo un principio nuovo: Romolo e Tito Tazio nella leggenda regnano come colleghi: dovevano regnare insieme i due figli di Anco, erano designati a regnare come colleghi Arunte e Tarquinio; la leggenda o il prammatismo costituzionale attribuisce a Servio il proposito di nominare stabilmente due colleghi annali invece di un re. Ciò che reca di nuovo la repubblica, lo ripeto ancora, è il fatto elevato a sistema; ma è del resto abbastanza ragionevole e verosimile, che il fatto abbia preceduto e suggerito il sistema.

Se si vuole andare più lontani nel tempo e quindi fuori di Roma, in un popolo affine di razza e di tradizioni, ecco che la pluralità di sovrani annali o perpetui, ereditari o elettivi, è un sistema che si ritrova nella Grecia dei tempi eroici, in un periodo anteriore alle origini di Roma: il sistema che regge le due città in cui s'incentra la storia ellenica, Atene e Sparta, il sistema di cui ci offrono ricordo le leggende omeriche e preomeriche; e se Ulisse dichiara ch'esso è cattivo (*οὐκ ἄγαθὸν πολυκοιρανίη*), è lecito supporre che il savio principe rievocasse nella mente la triste prova che a tempo dei suoi padri aveva fatto nel regno di Tebe, nonchè nella prima delle due crociate bandite contro di quello.

Quanto al numero illimitato dei colleghi è naturale che non si ritrovi in organismi primitivi quella fissità di ordini costituzionali degli Stati più progrediti. Chi si

facesse tale illusione avrebbe nello spirito l'immagine dei grandi Stati moderni. « È un'altra proprietà della mente umana, diceva il Vico, che ove gli uomini delle cose lontane e non conosciute non possono farsi nessun'idea, le stimino dalle cose loro conosciute e presenti. » Per il difetto di regole, di fissità negli ordini primitivi giova richiamare ciò che ne scrisse l'acutissimo talento storico del Manzoni nel suo discorso sui Longobardi. Ma nella presente questione i fatti sono ancora nella storia e nel diritto pubblico di Roma: non era fisso il numero dei tribuni, che fu di due, di cinque, di dieci, financo di undici, secondo la leggenda, e ciò, dice Tito Livio, conforme alla legge « *quae numero nunquam definito tribunis, modo ut relinquerentur sanciret.* » Non era limitato il numero dei membri di quella suprema magistratura dei tribuni militari con potestà consolare, di cui si contano, a intervalli liberi, ora tre, ora quattro, ora cinque, ora otto; si ebbe più volte un console solo, e viceversa due volte si ebbero financo due dittatori, e d'altra parte il dittatore non è che un collega maggiore del console, come il pretore uno minore. Non era fisso il numero dei pretori, quando il senato poteva sopravvenire e giudicare che vi erano abbastanza pretori: « *satis praetorum esse,* » nè il numero degl' imperatori, quando se ne designano ora uno, ora due, e una volta per lo meno tre a un tempo, nè infine la divisione dell'impero d'Oriente e d'Occidente è altro, nell'ordine e nello spirito suo, che un sistema collegiale alternantesi liberamente coll'unità del potere supremo. S'intende che di questa facoltà di creare o proporre un numero vario di titolari non si abusa, dato lo scopo della trasmissione della sovranità; e quindi nella tradizione un certo ordine fisso si conserva, ma è pur naturale che di questa facoltà, la quale esiste nella magistratura pubblica, ha

una giustificazione nel pensiero di evitare la vacanza nella suprema autorità — motivo originario della collegialità sopraffatto dal nuovo intento di garentia politica nel regime repubblicano — la quale è avvertita dal Mommsen e dagli scrittori di diritto pubblico romano, si facesse un uso assai più libero nel nuovo scopo, cui doveva servire l'eredità.

\*  
\* \* \*

4. Procediamo oltre. Anche i principî dell'eredità non concernenti propriamente il concetto organico dell'istituto, la sua struttura, bensì le condizioni di capacità dell'ereditando e dell'erede, solo nella primitiva sua funzione hanno senso e acquistano valore essenziale. Il *filiusfamilias* non ha un patrimonio suo, ma può compiere qualunque atto patrimoniale, può, col consenso paterno, fare anche donazioni *a causa di morte*, ma, pur col consenso paterno, è incapace di far testamento. Chi non vede che soltanto il *pater*, il sovrano, può designare il successore nella signoria sulla famiglia? Erano pure incapaci in antico di far testamento le donne e non solo nelle forme pubbliche dell'atto, il che si suole spiegare coll'intervento dei comizî, ma altresì nella forma privata del così detto testamento *per aes et libram*. Si ricordi pure che mentre gli estranei chiamati non acquistano la qualità di erede, se non mediante espressa *adizione*, il *filiusfamilias*, il *suus*, succede *ipso iure* necessariamente e senza interruzione, come nelle monarchie.

Oltre al *concetto*, ai principî fondamentali di struttura dell'eredità romana, essenziali alla trasmissione di sovranità o compatibili certo e conformi allo spirito della società romana, oltre alle regole circa la capacità dei *subbietti*, l'ereditando e l'erede, anch'esse inerenti pur sempre al tra-

passo di sovranità e talora incomprensibili fuor di questa ipotesi, argomento diretto di conferma è l'obbietto istesso della successione ereditaria. Certo non solo *classicamente*, ma storicamente (non pare sia inutile insistervi) il complesso personale della famiglia si scinde alla morte del *paterfamilias*, nè quindi si può in niun modo ereditare una qualunque *potestà familiare*: se così fosse, la ricostruzione e la dimostrazione presente per via di argomenti indiretti non avrebbe senso; ma tuttavia nel contenuto e nel carattere l'obbietto della successione ereditaria trascende ancora la natura e i fini della patrimonialità. Passiamo sopra al patronato, alle opere dei liberti, ai sepolcri: parlano un chiaro linguaggio i *sacra*, durati per lo meno fino all'epoca di Cicerone e di Valerio Flacco, e di cui forse in più testi giustiniani le tracce scomparvero per interpolazione. Il culto familiare è una funzione degli organismi politici nell'evo antico; e il concetto dei *sacra privata* di fronte ai *sacra publica* non esprime un'opposizione di principi, bensì un'antitesi di sfere distinte: il carattere originario dell'opposizione tra pubblico e privato.

Senonchè la stessa *successio in ius* non è un regime equo in armonia coi fini patrimoniali. Se l'eredità avesse meramente la funzione di trapasso del patrimonio del defunto nella persona dell'erede, non altro che l'attivo avrebbe a trasmettersi nell'erede, perchè il patrimonio è solamente ciò che residua, dedotti i debiti, nè i Romani fuori dell'eredità intesero mai la cosa altrimenti. A spiegar le origini di un simile aggravamento nella posizione dell'erede, quale è ordinato nella *successio in ius*, si suol far ricorso all'interesse di creditori e all'idea che il patrimonio del debitore debba essere la *garentia* dei debiti. Simile ipotesi non regge sotto nessun aspetto. L'origine dell'eredità romana e della *successio in ius*, che n'è un

elemento, si perde nella notte dei tempi, laddove l'idea che l'obbligazione conferisce un diritto sul patrimonio, e non sulla persona del debitore, si è svolta in epoca storica. Si avverta ancora che l'istituto della *successio in ius* è così poco ordinato per la garentia dei creditori che può arrecare la loro rovina con probabilità uguale, se non maggiore. Il defunto era persona sicura e agiata, l'erede di dubbia onestà e oberato di debiti: or bene, per effetto della confusione dei due patrimoni, i creditori dell'erede concorrono con quelli del defunto e sottraggono loro precisamente quella garentia che sarebbe stata per loro stabilita. E lasciamo pure altre conseguenze; lasciamo pure che il succedere nella buona o mala fede del defunto non ha nulla che vedere coll'interesse dei creditori. Ma le nazioni più commerciali, l'Inghilterra e l'America, indipendenti dalla tradizione romana, ignorano affatto la *successio in ius*. D'altra parte quella ipotesi può accontentare, perchè gli scrittori moderni, trascinati più dal loro istinto moderno, che dalle loro cognizioni dell'antico, hanno l'occhio all'eredità come è ora, in cui questo solo elemento regolare dell'eredità romana bene o male vive ancora e ci occupa o ci travaglia: ma nell'eredità romana esso è coordinato coll'altra serie di principj tanto più originali, per i quali siffatta spiegazione non è soltanto fallace, ma assurda. Il vero è che soltanto gli Stati sono tenuti integralmente per le obbligazioni e gli oneri delle generazioni anteriori, e il nuovo signore è obbligato quale rappresentante del gruppo che non muore mai; e appunto perchè la famiglia romana era un perenne organismo politico, e l'erede in origine un successore nel potere sovrano, le obbligazioni passavano integralmente in lui e si perpetuavano.

\*  
\* \*

5. Ma un argomento luminosissimo di questa origine dell'eredità da una trasmissione della sovranità è la *preminenza del testamento* nel diritto di Roma, nella coscienza del suo popolo: vera tortura degli storici moderni. Essa vi sta a rappresentare la *designazione del successore eseguita dal predecessore* quale vige, negli ordini politici di Roma, come requisito esclusivo o concomitante, ma sempre immanente (e il riscontro deve ben farsi nei caratteri generali e immanenti, non ne' caduchi e nei particolari) per la nomina di re, magistrati, imperatori in una tradizione ininterrotta, che va dal mitico cittadino di Cure all'ultimo imperatore legittimo d'Occidente, continua nell'impero d'Oriente e nei ducati bizantini, e fino al secolo scorso nello Stato moderno, che dall'agognata Costantinopoli apprese la religione, le lettere e le arti, il carattere e il titolo dell'impero. Certo nell'ulteriore sviluppo costituzionale della repubblica, la designazione da sola non investe il successore del titolo e del grado di magistrato o anche è svanita, rimanendone vestigia formali; ma è questo appunto il frutto di un ulteriore sviluppo costituzionale, onde la fonte della sovranità si trasporta dal magistrato ne' comizi, onde, soggiungiamo, ai limiti dell'*annalità* e della *collegialità* si riunisce quel momento, che allo spirito moderno sembra per avventura più caratteristico del regime repubblicano, l'*elezione* del magistrato; uno sviluppo, di cui nelle singole magistrature seguiamo le fasi, dalla formale proposta del successore ai comizi al diritto mero di presiedere e regolare l'assemblea elettorale, proclamare l'eletto, finchè col prepotere dei comizi tutte le magistrature, vecchie, nuove, ordinarie, straordinarie, divengono elettive, usurpando i comizi in

momenti drammatici della storia di Roma anche la facoltà di deporre il magistrato. E nondimeno anche nel regime repubblicano avanzato perdura la mera designazione del magistrato in carica nella nomina del dittatore, del maestro dei cavalieri, nella cooptazione ai sacerdozi, in cui si conserva più a lungo il carattere primitivo, compreso lo stesso nome di re, ed è concepita sempre, come si esprime energicamente il Mommsen, quale un diritto del magistrato in carica. Astrattamente del resto la designazione non è forse un concetto diverso dall'elezione: la persona o il corpo, in cui la sovranità ha sede, investe il temporaneo depositario. Sostenere, come alcuno fa, contro la tradizione e contro la *tendenza dell'evoluzione* seguita a ritroso, che la monarchia romana fosse ereditaria è un errore, nascente dal fallace preconconcetto — quanto è duro spogliarsi del sentimento moderno! — che la monarchia primitiva s'abbia a intendere una istituzione ereditaria. La monarchia ereditaria, nel senso che s'intende da noi la parola *ereditario*, non si è consolidata che in fasi ulteriori di sviluppo, là dove non fu arrestata nel suo movimento, come presso i Greco-italici; ma per un lungo periodo a partir dalle origini le monarchie medioevali e le orientali, il sacro romano impero e l'impero dei Califfi si perpetuarono per designazione. Spira Amleto designando il successore e l'avrebbe designato il defunto imperatore Kung-su prima di uccidersi o di essere ucciso. L'anarchia invade, quando per avventura la designazione manca. Come durò persino in Francia fino al secolo XIII, la stessa successione del primogenito o la conservazione in generale del trono nella propria famiglia non è altrimenti assicurata per lunga pezza che assumendo il figlio primogenito qual correggente. Nel mondo moderno la primogenitura sovrana è il precedente storico del mag-

giorasco; nel mondo romano dal testamento si risale nella preistoria alla designazione sovrana. La Bibbia istessa ci presenta la designazione del successore meditata da Abramo, attuata da Isacco a favore di Giacobbe, da Giacobbe stesso a favore di Giuda, contro Ruben. E nelle monarchie assolute, la designazione da parte del sovrano regnante risorge sempre necessariamente nei casi di dubbio ereditaria o per ragioni di convenienza da essere apprezzate dal sovrano o infine allo spegnersi di una dinastia: le celebri successioni austriaca e spagnola insegnino.

Finalmente una simile ricostruzione si concilia col carattere politico della famiglia antica, e s'innesta mirabilmente nell'ambiente sociale primitivo. Certo, essa suppone che la famiglia antica non si sciogliesse alla morte del *paterfamilias*; e gl'indizi, desunti dalle memorie dirette, dalla tendenza dell'evoluzione, dalla comparazione, per l'unitaria organizzazione del gruppo agnatizio non sono forse tali da convincere di per sè. Ma devesi considerare che se l'esistenza del gruppo agnatizio primitivo e del suo capo fosse documentata, riuscirebbe allora un fuor d'opera tessere una lunga argomentazione, interrogando gli elementi e lo spirito dell'eredità romana, perchè la funzione primitiva dell'istituto sarebbe un dato di fatto. Noi ci troviamo nelle condizioni di chi volesse dimostrare, ove non fosse dato risalire oltre il secolo scorso, che il titolo di conte era nelle origini un titolo sovrano, e lo inducesse dalle prerogative via via maggiori concesse a questo titolo, risalendo indietro dall'epoca presente, lo inducesse dalla comparazione cogli altri titoli nobiliari più elevati che erano ancora designazioni sovrane nel nostro paese, in tempi cronologicamente così vicini, che sono ancora tali in quella specie di museo dell'archeologia feudale, che è la Germania. A un tale ipotetico indagatore non si po-

trebbe certo rispondere che principati e ducati sovrani esistono, ma di conti sovrani non vi è memoria; se ve ne fosse, la dimostrazione sarebbe inutile: il fatto si mostra, non si dimostra. D'altra parte, se l'esistenza del gruppo agnazio non ha diretti argomenti storici di assoluto valore per sè, ne ha uno indiretto di valore incontrastabile: la necessità. Non si dà bella prova d'intuito storico o di schietta visione della società primitiva supponendo che un tempo, quando fiacche o nulle erano le organizzazioni politiche superiori, alla morte del *paterfamilias* la famiglia si affrettasse a sciogliersi in tanti gruppi, quanti erano gl'immediati *filiifamilias*. Che questo potesse accadere è naturale, perchè nel mondo sociologico come in quello biologico gli organismi primitivi hanno scarsa coesione e facilmente si moltiplicano per scissione (le frequenti divisioni degli Stati barbarici e le colonie antichissime insegnino), ma che ciò accadesse regolarmente e legalmente, come quando al di sopra della famiglia è il potente Stato romano, che non vi fosse un ordine per ovviare a questa divisione sempre rinnovantesi, è tale una inverosimiglianza che un intelletto aperto, messo all'avviso, non vi dovrebbe insistere un momento.

Solo di passaggio debbo notare, come io non abbia inteso mai di trarre argomento per l'ipotesi circa l'origine dell'eredità dalla parola *heres*, circa la quale sono state proposte tre o quattro etimologie, e se anche avesse il significato fondamentale di *dominus* potrebbe sempre intendersi nel senso patrimoniale, come è anche l'uso della parola *dominus*. A torto quindi quella parola fu rilevata come un mio argomento fondamentale.

\*  
\*\*

6. Nella dimostrazione proseguita finora si è cercato di mettere in guardia contro alcuni equivoci: tale, nelle successioni universali tra vivi, il richiamo fallace della *bonorum emptio* e della *bonorum possessio*, che non dipendono dall'acquisto di una potestà familiare, ciò che è invece delle più originarie e tipiche successioni universali tra vivi anche nei tempi storici. Devonsi ora confutare alcune prete obbiezioni, non esaurite innanzi, e si vedrà che le pretese obbiezioni si mutano in nuovi argomenti per l'ipotesi, come accade che una volta messi per la strada giusta, via via che si procede la si riconosce meglio e le prove e gl'indizi balzano fuori da tutte le parti. Si è rilevata appunto la circostanza, che nelle altre successioni universali non passano i debiti. È vero: le successioni universali tra vivi, cioè per *capitis deminutio*, non sono successioni *in ius*; ma è anche naturale, poichè si tratta di acquisto di potestà per sottomissione altrui, non per successione, e la sottomissione nel diritto pubblico fa acquistare il dominio, ma non rende anche responsabili degli atti del sottomesso. Il non subentrare affatto nelle obbligazioni, che avviene in ordine alle successioni tra vivi, ha tanto che vedere coi fini patrimoniali e col credito, quanto il succedere nelle obbligazioni *ultra vires*, come avviene nell'eredità: e per vero l'evoluzione in senso *patrimoniale* se ha condotto a limitare con più benefici la responsabilità dell'erede nella misura del patrimonio che acquista, ha d'altra parte condotto per via di finzioni pretorie e di sottili sforzi della giurisprudenza ad addossare al *paterfamilias* le obbligazioni dell'arrogato e dell'uomo libero divenuto schiavo, egualmente nella misura del patrimonio che viene ad acquistare.

Similmente non si può trarre argomento contro il carattere sovrano dell' eredità primitiva dalla generale chiamata di tutti i *sui*. Il sistema genuino romano è la successione testamentaria, che si ritrova tanto più radicata, quanto più si risale indietro nella storia. La successione generale dei *sui* (sancita del resto dalle XII Tavole) poteva sopravvenire in origine nei casi eccezionali, in cui la designazione mancasse. Se avveniva a ogni modo, nulla di male; o avranno collettivamente dominato sul comune territorio e i comuni dipendenti, come in certi regimi patriarcali; o si saranno accordati a far capo un solo, o, non potendo assolutamente vivere di buon accordo, si saranno divisi, come Abramo e Lot, riserbando ciascuno il dominio sui propri immediati dipendenti. L' assenza della primogenitura, che per singolare travolgimento mi si oppone, nulla prova di nuovo se non che il sistema romano è la designazione, e la mancata designazione, qual fatto anormale, non era probabilmente prevista: siamo in casi di dubbi o crisi costituzionali, se così mi è lecito esprimermi, non dissimili da quelle che si ebbero nella repubblica pel rifiuto del magistrato di proporre il successore o creare il dittatore, nel regno e nell' impero dei Romani o dei Califfi per la morte repentina del monarca senza che abbia designato il successore (i rivoltosi e i congiurati hanno, del resto, la cautela di ammazzare anche il successore designato, ma talora, imitando il procedere della regia Tanaquilla o dell' imperiale Plotina, o dell' attuale imperatrice Tsu-hsi, spargono la voce di una designazione *in articulo mortis*) e non dissimili nemmeno da quanto si avverò e si può avverare negli Stati odierni per estinzione della famiglia regia o della linea mascolina, casi previsti solo in alcuni Statuti. In simili

dubbî, la soluzione è nell' elezione da parte dei corpi o degli uomini più autorevoli, nelle volontà più forti ed eventualmente nella guerra.

Completamente gratuita è l'idea, che soltanto le XII Tavole abbiano introdotto il passaggio delle obbligazioni nell'interesse del credito, quando invece non hanno sancito il passaggio all'erede, bensì la divisione delle obbligazioni tra più eredi; istituto parallelo all'*actio familiae erciscundae*, e che mostra piuttosto l'intento di disfare l'unità familiare più ampia, agevolando la divisione anche in guisa per i creditori sovente onerosa e non equa. Passano nell'erede anche le azioni penali; solo non si dirigono contro l'erede del colpevole, ma ciò avviene pel principio della *noxae deditio*, che vige anche nel diritto pubblico, se pur non è, come si potrebbe ritenere, una regola nuova. Bensì le *actiones vindictam spirantes* non si trasmettono agli eredi, ma sono tutte di origine storica e tarda, come sono di origine storica e tarda l'usufrutto, l'uso, l'abitazione e simili altri diritti cessanti colla vita del titolare. Finalmente già l'*hereditatis petitio* nella *legis actio sacramenti* presuppone, è vero, l'idea patrimoniale; ma perchè al tempo delle *legis actiones* e delle XII Tavole, anzi sino da tempi anteriori, l'eredità è patrimoniale nel suo contenuto, salvo l'ampiezza speciale ricomprendente anche i debiti e i *sacra*, e d'altra parte nella stessa *hereditatis petitio* ciò che si rivendica è in primo luogo la qualità di erede, e solo indirettamente si mira al patrimonio.

Un solo elemento tra tanti, giova confessarlo, si concilia men bene con questa primitiva funzione dell'eredità: la successione delle donne a parità cogli uomini. Perchè se si ritrovano invero comunità di famiglie slave o indiane con a capo una donna, se, contrariamente a quello

che il nostro pensiero isolato dai fatti potrebbe far supporre, la donna sembra innalzarsi via via che si risale nell'età antica; se la donna greca ha una posizione più elevata nell'età omerica, che nella storica, e la donna in Roma è partecipe della vita pubblica più che nella colta Ellade, ed è appena necessario di ricordare quel gioiello della prefazione alle vite di Cornelio Nepote, se nella stessa antica Germania la donna campeggia sulla scena della storia più che nella Germania dei Carolingi e dopo quella specie di serrata di cui è simbolo la legge salica, se da una serie vasta di fatti e di indizi gli studiosi delle origini dell'umanità sono stati indotti a dar l'impero alle Amazzoni e fondare l'idea di un matriarcato primitivo; tuttavia, restando nel puro terreno della storia romana, è positiva nel periodo storico l'esclusione delle donne dalla magistratura. È dessa propria della *civitas* o è invece posteriore il diritto di succedere delle donne nella *familia*? La pretesa legge dei Franchi Salii rimonta in realtà a una decisione degli Stati generali di Francia del 1317, e uno storico degli Stati medioevali, nel combattere gli errori su questa legge diffusi, nota ch'essa è tanto poco un portato delle consuetudini anteriori, che queste avrebbero indotto l'ammissione completa delle femmine; e se le donne rimasero d'ora innanzi escluse dalla corona, continuarono a succedere tuttavia, come per l'innanzi, nei feudi. Il problema è certo oscuro, ma devesi rilevare che la meraviglia non vuol esser minore per la successione delle donne a parità coi maschi sul patrimonio, e pel tardo sopraggiungere delle leggi limitatrici della successione femminile; e il fenomeno si spiega forse meglio a ogni modo colla nostra idea, che tutto subordina nell'origine alla designazione di un successore degno di reggere il gruppo; il quale successore in via eccezio-

nale poteva anche essere una donna o per lo meno, dato il sistema e data l'assenza di norme fisse in quell'età, non era consono pensare a escludere che potesse essere una donna.

\* \* \*

7. I principi fondamentali enunciati rappresentano il tipo genuino dell'eredità romana; ma tutto lo svolgimento storico dal più antico diritto sino a Giustiniano consiste nell'esaurire via via quei principi con eccezioni e istituti singolari, numerosi e di vasta efficacia; e se la tradizione dell'antico popolo e della sua giurisprudenza li ha nondimeno mantenuti nella legislazione giustiniana, il mondo non romano ben tosto così in Oriente come in Occidente li ha tutti eliminati. E se d'altro ci fosse bisogno, questo comune svolgimento in paesi così separati ne' destini varrebbe a mostrare come la forza stessa delle cose trascinava a un termine veramente naturale: dar norma alla successione conforme ai fini patrimoniali.

L'incompatibilità delle due delazioni venne abolita nel diritto imperiale quanto alla successione dei militari, vi arrecò deroghe varie il sorgere della successione legittima contro il testamento, la rese di fatto frustranea l'istituzione dei codicilli; l'abolirono nello svolgimento post-giustiniano il diritto bizantino e la legislazione statutaria.

Il diritto di accrescimento ereditario, alterato nell'assenza dal sistema caducario, che introdusse la nuova regola, irregolare nel concetto genuino della successione ereditaria, che la porzione accresce coll'onere, eliminato dalla successione dei militari, ove sempre la quota vacante è devoluta ai successori *ab intestato*, ristretto (a parte lo speciale e temporaneo sistema caducario) dalle trasmissioni via via riconosciute della delazione, da varie

e particolari eccezioni (per es., nell'ipotesi che di più eredi un *heres suus* faccia uso del *beneficium abstinendi*, il che dà facoltà all'altro di rifiutare l'accrescimento), è totalmente eliminato dal diritto nostro, ov'esso dipende dalla chiamata senza determinazione di parti secondo la regola generale del concorso.

L'intrasmissibilità della delazione venne ridotta via via dalle *transmissiones*, misuratamente accolte nel diritto classico (*in integrum restitutio ex persona propria, transmissio ex iure patrio, ex capite infantiae*), cresciute su vasta scala nell'epoca romea colla *transmissio ex capite infantiae* resa indipendente dalla patria potestà e la *transmissio ex iure sanguinis*; fu praticamente annientata nello stesso diritto romano colla generale trasmissione giustiniana *ex iure deliberandi*, nè ha più senso nel nostro diritto.

L'istituzione di erede abbandona via via le solennità, di cui era circondata nel diritto classico di Roma, si mitigano le conseguenze gravi del testamento *destitutum* o *desertum*, col mantenere in piedi il testamento, nonostante la cancellazione del nome dell'erede e coll'*addictio bonorum libertatum conservandarum causa*. L'istituto del codicillo e della clausola codicillare ebbe inoltre sostanzialmente esaurito questa regola fondamentale nello stesso diritto romano, finchè anche al riguardo il diritto bizantino e la legislazione statutaria di conserva abbandonarono la necessità dell'istituzione di erede.

Quanto all'erede *ex re certa* lo sforzo della giurisprudenza e della legislazione classica, rivolto a dar sanzione alla volontà del defunto, fino alla riforma operata da Giustiniano nel caso di più eredi istituiti parte regolarmente e parte *ex re certa*, rappresenta una delle più manifeste reazioni del principio patrimoniale contro un concetto, che nella sua genuina essenza non è patrimoniale.

La revoca assoluta per opera di un testamento posteriore venne attenuata dall'istituzione del fedecommesso, e cade nel diritto bizantino. Anche la preminenza e il valore assoluto del testamento cede sensibilmente di fronte alla reazione della successione legittima, benchè soltanto nell'epoca romea risalti lo scadere del testamento nella società e contemporaneamente la tendenza d'innalzare anche nel diritto la successione *ab intestato*, eliminando (a parte le riforme circa i chiamati) alcune singolari inferiorità. Finalmente, dal punto di vista delle persone, la donna sul finire della repubblica consegue di fatto la facoltà di testare collo spediente della *capitis deminutio*, poi direttamente per opera di Adriano coll'*auctoritas tutoris*, la quale *auctoritas* essendo una mera formalità, fuor de' tutori legittimi, il Pretore usò concedere la *bonorum possessio* anche in difetto, qualora non esistessero eredi legittimi: si disputò se giovasse l'*exceptio doli*, introdotta da Antonino Pio pei testamenti imperfetti. Collo svanire della tutela muliebre cade ogni impaccio. L'ultimo rudere personale dell'antica funzione del testamento, l'incapacità di testare del *filiusfamilias*, svanisce solo nel posteriore diritto bizantino e nel diritto intermedio dei popoli occidentali.

\*  
\* \*

8. La parte che più a lungo ha resistito della successione ereditaria romana è quella caratteristica natura e ampiezza dell'obbietto suo, la *successio in ius*. Il persistente sforzo diretto a respingere le conseguenze estrapatrimoniali e inique della *successio in ius* si può seguire sino dalle più antiche memorie storiche circa l'azione del Pretore e della giurisprudenza: soltanto, in questa parte l'evoluzione non è nemmeno oggidì compiuta da per

tutto. I pontefici, già innanzi all'epoca di Cicerone, nell'interesse di perpetuare il culto familiare, pur mantenendone in primo luogo l'onere nell'erede, mirarono ad assegnarne eventualmente il carico ai beneficiati dal patrimonio del defunto, secondo il beneficio, in guisa da ricongiungere, come Cicerone si esprime, di propria autorità i *sacra cum pecunia*. Circa il succedere nella buona o mala fede, per quanto concerne l'acquisto de' frutti, le opere degli schiavi, le migliorie sulla cosa, i giureconsulti classici, dopo un certo contrasto, resero l'erede indipendente dal defunto, considerando la buona fede nei singoli momenti: il principio rimase inalterato solo in ordine all'usucapione, ove trattandosi di puro lucro l'iniquità è meno sensibile. In ordine alla successione illimitata nei debiti, il Pretore provvide alla posizione specialmente grave dei *filiifamilias*, eredi necessari, concedendo loro il *beneficium abstinendi*, di cui si valse già Antonio il triumviro, esteso dalla giurisprudenza anche alle persone *in mancipio*. Agli schiavi eredi necessari il Pretore concesse pure il *beneficium separationis* per salvare i beni futuri, e d'altra parte a salvare la posizione dei creditori del defunto danneggiati eventualmente dalla confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede oberato e dal concorso comune coi creditori di questo, fu introdotto ugualmente dal Pretore un altro e più noto *beneficio di separazione*.

La posizione dell'erede volontario si stimò sufficientemente garantita dalla libertà dell'adizione: nondimeno anche in questo caso veniva talora il Pretore in soccorso colla *restitutio in integrum*; e qui per la prima volta spunta, dietro la pressione del bisogno, l'istituto del concordato, che promette di avere un ampio svolgimento nel diritto commerciale moderno. L'imperatore Adriano con-

cesse in via speciale il beneficio di non rispondere dei debiti oltre l'ammontare del patrimonio ereditario; Gordiano lo sancì per tutti i militari. S'abbia o non s'abbia a considerar come erede, il fisco non risponde oltre l'ammontare dei beni in cui subentra.

Finalmente Giustiniano diede un colpo mortale al principio romano della *successio in ius*, per quel che concerne il subentrare nei debiti *ultra vires*, coll'istituzione del *beneficium inventarii*, e l'imperatore nelle sue Novelle mostra di questa riforma una più chiara coscienza che non ne abbiano i moderni, pronunciando di avere abolito la successione nei debiti *ultra vires*. E nonostante tutta questa fioritura di benefici si ebbe pure una posizione a cui non si provvide mai, quella dei creditori dell'erede danneggiati dall'accettazione di un'eredità oberata.

È tale ancora la base sulla quale la tradizione ha mantenuto il nostro codice. Il beneficio della separazione e il beneficio dell'inventario sono stati certamente organizzati in guisa che i creditori o l'erede non subiscono il danno, se non quando siano capaci di volere e lo vogliano; ma circa la bizzarra successione dell'erede nella buona o mala fede si è tornati indietro alla più vieta dottrina della giurisprudenza romana, e nonostante il principio fondamentale, che il patrimonio della persona è la garentia dei suoi creditori, la posizione dei creditori dell'erede è ancor oggi allo scoperto come nel diritto romano. Soltanto le più recenti codificazioni si sono apertamente e sostanzialmente emancipate dalla *successio in ius*.

Se ora ci facciamo a considerare questo domma della *successio in ius* o *in universum ius*, giusta la formula dottrinale per errore prevalsa, tanto a noi sembra risultare con sicurezza; quel domma ha il suo culto, ha nei giuristi i suoi fedeli, ma la coscienza viva lo respinge, la

forza delle cose e la realtà dei rapporti nella perenne e faticosa opposizione lo condanna, l'essenza del patrimonio e del credito vi ripugna. Esso sacrifica sempre qualcuno: o l'erede o i creditori del defunto o i creditori dell'erede; e se coll'immolare l'interesse dell'una delle parti vien fatto di salvare o migliorare quello dell'altra, ciò è precisamente contrario ai più fondamentali canoni di giustizia sociale, che hanno formule tradizionali e drastiche nei celebri adagi che alcuno *non debeat lucrum facere ex aliena iactura*, che è da preferire chi *certat de damno vitando* a chi *certat de lucro captando*. Un complicato insieme di istituti è venuto via via formandosi per rimediare alle più gravi iniquità, nè vi rimedia sempre nè a tutte: e la vita sociale, che li ha invocati, sente però la molestia e il danno di una pesante macchina. L'infelice che per impulso generoso non invocò il beneficio dell'inventario per l'eredità d'un prossimo congiunto passiva, ma non ruinoso a prima vista, il minore che decade dal beneficio allo spirar dei ventidue anni, veggono dopo cinque, dieci anni, dopo una decadenza da cui pareva ormai superfluo salvaguardarsi, comparire insidiosamente un onere patrimoniale che schiaccia le loro forze e ruina i loro creditori personali. Finalmente la civiltà e lo svolgimento del commercio portano a sancire la massima, che il patrimonio del debitore è la garentia comune dei creditori; la fanno penetrare nei codici, pure così restii ad accogliere principî generali, e nei codici stessi trova albergo questo fantasma della *successio in ius*, che intende sostituire una garentia personale alla patrimoniale e sottrarre ai creditori del defunto il patrimonio del defunto, ai creditori dell'erede quello dell'erede. A parte adunque la nostra ipotesi circa l'origine dell'eredità romana, cui si riconnette la *successio in ius*, la stessa *involuzione* storica subita da questa obbiet-

tiva essenza della successione ereditaria, il totale esaurimento dei principî di struttura dell'eredità romana, la considerazione realistica della vita e del diritto, consiglierebbero di espellere gli ultimi residui di un antichissimo passato: abolita la confusione dei patrimoni, abolita la successione *ultra vires*, abolita la stranissima successione nella buona o mala fede del defunto, insomma eliminata affatto la *successio in ius*, l'eredità verrebbe a regolarsi come ogni altra successione patrimoniale e tutto l'ordinamento assumerebbe un carattere chiaro, logico, semplice. Certo, la veneranda tradizione sparisce; ma se a questa s'inclinano ancora i dottrinari, se giungono a ritrovar le origini della *successio in ius* nell'interesse del commercio, del credito, dell'economia monetaria, quando nulla dimostra che i concittadini di Appio Claudio fossero più buoni commercianti degli Anglo-Sassoni, tale non ci sembra l'avviso dei giureconsulti che più vivono al contatto col diritto che si muove. Il voto de' più insigni commercialisti di attuare il concorso tra i creditori dell'eredità, unificando almeno la separazione e il beneficio dell'inventario e sottoponendo l'eredità stessa alla procedura del fallimento, è l'espressione viva di questa tendenza.

## CAPITOLO XV.

### Il testamento e l'eredità legittima.

1. Uno degli argomenti che mostrano in guisa più mirabile la forza delle correnti d'idee dominanti in una data epoca è il testamento romano. Nel diritto e nella coscienza romana, il testamento ha un'assoluta preminenza sulla successione legittima; e più si risale indietro nel tempo, più l'impero assoluto del testamento appare schietto e vivo. A parte la designazione negativa della successione

*ab intestato*, a parte il sentimento di orrore che prova il buon cittadino romano all'idea di morire intestato, e l'inferiorità sociale degli *intestabiles*, palese anche dagli scherzi salaci della satira e della commedia romana (l'inferiorità par quasi concepita come una *magna capitis deminutio*), è certo che il *favor testamentorum*, motivo classico dell'antica giurisprudenza, manifestantesi nel trattamento dell'*institutio ex re certa* e delle condizioni non apponibili, ha un risalto tanto più grave di fronte al niun favore della successione intestata. L'antica età non ha ordinato nè *successio ordinum* nè *successio graduum* nella successione intestata, non chiama gli eredi *ab intestato*, sinchè si può con qualunque espediente tenere in piedi il testamento; non concede loro la garentia della cauzione muciana, cui hanno pure diritto i coeredi testamentari e gli eventuali sostituiti; non li fa intervenire a querelarsi per l'inesecuzione del *modus* imposto all'erede, come invece hanno diritto i coeredi testamentari. Finalmente, argomento più diretto, se non il più grave, la reazione dei diritti del sangue contro il testamento si fa valere solo a datare dall'epoca imperiale, con uno sforzo caratteristico, basandosi sulla pazzia del testatore o sull'offesa ch'egli reca; nè punto quale un diritto di riserva familiare, bensì quale un riguardo di pietà.

*Erede* presso di noi significa di preferenza il successore del sangue: questo intendiamo nelle frasi comuni, monarchia ereditaria, mali ereditari, istinti, abiti, sentimenti ereditari, ereditarietà delle professioni, delle cariche, *che non avrebbero senso pei Romani*; solo a questa stregua s'interpretano non poche disposizioni testamentarie. L'erede presso i Romani indica preferibilmente la persona designata dal defunto: su questa base, ad esempio, si fonda l'antitesi dei sepolcri ereditari e familiari.

Certo, lo svolgimento ultimo ha sollevata la posizione dei successori *ab intestato*. La successione nelle classi e nei gradi, riconosciuta parzialmente dal Pretore, è stata generalmente ammessa da Giustiniano, la *cautio muciana*, per lo meno in un caso, fu riconosciuta pure da Giustiniano all'erede *ab intestato* nel diritto delle Novelle; forse nel diritto giustiniano l'erede *ab intestato* potrebbe querelarsi per l'inesecuzione del *modus*. Nei sepolcri ereditari il diritto imperiale concesse la sepoltura anche ai figli del defunto diseredati, e Giustiniano per interpolazione anche ai loro discendenti: finalmente la successione legittima formale e sostanziale ha uno svolgimento continuo nel diritto classico, post-classico e giustiniano. Ma questa tendenza stessa dell'evoluzione rivela ancora una volta la posizione preminente del testamento nello spirito antico genuino dell'eredità romana.

Dall'altra parte, contenuto essenziale del testamento è l'istituzione di erede: essa è l'atto sostanziale, il testamento, la forma. I legati non sono un elemento indispensabile, chè anzi colle antiche forme di testamento non paiono affatto compatibili. E il testamento non implica punto l'adozione d'un estraneo, cioè un'arrogazione, poichè è dato istituire per testamento il *suus*, anzi è a ritenere che si solesse in antico scegliere tra i *sui* il più degno per farlo erede, nè l'erede istituito diventa agnato, nè il *suus* diseredato esce dalla famiglia.

Purnondimeno l'idea comune tra gli studiosi moderni è, che *anche* a Roma la successione *ab intestato* debba aver preceduto la testamentaria, e ora si spiega il testamento primitivo come un'arrogazione, ora si vuole che esso non contenesse se non lasciti di cose singole, cioè legati; a ogni modo vi si scorge una deroga all'ordine regolare della successione. « Sarebbe stranissimo (osserva un celebre scrit-

tore) che i Romani avessero cominciato con un concetto così assoluto del testamento, cui gli altri popoli non giunsero mai. » Col Ihering è d'accordo un uomo veramente grande, Teodoro Mommsen. Il fatto che altri popoli, anche assai più civili, a tal punto non giunsero mai, non apre gli occhi a vedere che nemmeno i Romani dovettero giungervi, bensì partirne! Gli studiosi odierni inventano di sana pianta per amore del diritto comparato contro i dati più sicuri della storia di Roma, contro la *tendenza dell'evoluzione* quale si rivela nel campo del diritto romano. Se non che il diritto comparato conosce bensì alcune istituzioni, che hanno un'esteriore rassomiglianza col diritto romano: le disposizioni a causa di morte dei beni individuali, corrispondenti ai legati romani, ovvero, come nel diritto greco, l'adozione dell'estraneo, ma non conosce il testamento romano e l'istituzione di erede, perchè la successione familiare, il sistema della primogenitura, ha prevalso negli altri popoli sulla designazione da parte del predecessore. Gli antichi storici, come il Vico, i vecchi giuristi non esitavano a confessare la strana ed assoluta preminenza del testamento nella società romana; non pensarono mai di negarla per non saperla spiegare.

\* \* \*

2. Le più antiche forme di testamento di cui ricordino le nostre fonti sono il testamento comiziale, *calatis comitiis*, e il testamento *in procinctu*, al tempo di Cicerone spariti dall'uso. Le solennità di queste forme e i periodi stabiliti pel testamento comiziale (forse il 24 marzo ed il 24 maggio, giorni comiziali necessari) non debbono indurre nell'opinione, di cui si compiacciono gli scrittori odierni, che il testamento fosse un atto eccezionale. Il *pater familias* non manca mai di fare il suo testamento,

ma in quei primi tempi in cui l'essenza patrimoniale non risaltava ancora in modo assoluto, nè si solevano elargire legati, doveva di regola bastare che lo avesse fatto una volta in vita sua. Che il popolo prestasse mera assistenza al *paterfamilias* o desse il voto è questione altrettanto insolubile, quanto oziosa; ammesso pure il voto, sovrani che attendono la conferma dei loro atti più gravi e quasi costantemente della nomina del successore dal sovrano superiore, gruppo o monarca, si videro e si vedono in qualunque regime feudale e dovunque in genere v'ebbero gruppi superiori e gruppi inferiori.

La forma di testamento in uso nell'epoca classica, il testamento *per aes et libram*, si sviluppò dalla *familiae Mancipatio*, e mostra forse la prima schietta invasione dello spirito patrimoniale nell'istituto. Il testamento pretorio alla sua volta si sviluppò dal testamento *per aes et libram*, non togliendo da questo se non la forma della redazione in iscritto con i suggelli, o della *nuncupatio* dinanzi a sette testimoni. L'ultimo ordinamento delle forme regolari e ordinarie di testamento fu segnato dall'imperatore Teodosio II nel 439: il nuovo testamento scritto o nuncupativo ha nome di *tripertitum* dalle tre fonti diverse, da cui derivò: il diritto civile antico, il diritto pretorio, le costituzioni imperiali. Nell'epoca romano-ellenica però sono stati riconosciuti da Onorio e Teodosio II anche due testamenti conformi allo spirito burocratico della nuova età, il testamento *apud acta*, giudiziario o municipale, e il testamento presentato al principe, *principi oblatum*.

\* \* \*

3. Nell'eventuale difetto del primo istituito, pel caso che questi non voglia o non possa *adire*, la tormentosa

cura dei Romani di lasciare un *heres scriptus*, provvedeva mediante l'istituzione di più eredi (motivo che ispirava altresì le magistrature collegiali), ma più specialmente mediante la sostituzione. Dalla *sostituzione volgare* si svolse la *sostituzione pupillare*, nella quale il testamento fatto dal *pater familias* per l'impubere via via mira a staccarsi dal testamento che il *pater familias* fa per sè stesso, e non solo cogli ultimi giureconsulti non è più necessaria l'istituzione dell'impubere, ma al sostituito, sia erede necessario o volontario, è concesso serbare l'eredità pupillare, ricusando la paterna, purchè il testamento che lo sostituisce non vada *desertum*, e il sostituito volontario può giovare del *beneficium abstinendi* già chiesto dal pupillo.

Per effetto di tale sviluppo la sostituzione pupillare diviene un atto indipendente, che si compie circa una diversa eredità, quella del figlio, per ragioni di pietà e di affetto. Purnondimeno anche nel diritto giustiniano il padre deve sempre far testamento per sè, la validità del testamento pupillare dipende dalla validità del testamento fatto per sè, e l'acquisto dell'eredità paterna obbliga di regola anche per la pupillare. Soltanto ai militari fu concesso di testare pel solo pupillo, nè circa i militari il rifiuto dell'istituzione trae seco quello della sostituzione. Sull'esempio della pupillare, Giustiniano ha introdotto la sostituzione *quasi pupillare* fatta in nome del discendente furioso, nella quale peraltro non occorre più nemmeno la *patria potestas* dell'ascendente testatore.

\* \* \*

4. La successione intestata delle XII Tavole chiamava in primo luogo i *sui*, in secondo luogo l'*agnatus proximus*, e in terzo luogo i *gentiles*, di cui le ultime testi-

monianze rimontano alla fine della repubblica, o, se si vuole, al tempo della *laudatio Thuriae*.

Ma appunto circa la successione intestata si esercitò in modo grandioso l'attività del Pretore, chiamando al possesso dei beni le persone non secondo i vincoli politici della famiglia e della gente, ma secondo i più cari vincoli del sangue. La *bonorum possessio*, l'eredità pretoria, era nelle origini *sine re*, come dicono i Romani, di fronte all'erede legittimo, sicchè solo in difetto di eredi legittimi il *bonorum possessor* serbava il godimento dei beni, ma divenne via via progressivamente *cum re*. I chiamati sono in primo luogo i *liberi* o i discendenti, in secondo luogo i *legitimi* o i chiamati stessi dalla legge, in terzo luogo i *cognati* o parenti del sangue, da ultimo il coniuge superstite, *vir et uxor*.

Il carattere di tutto lo svolgimento posteriore, in cui l'opera degli imperatori si sostituisce a quella del Pretore, è di basare la successione via via più sul vincolo di sangue, sulla cognazione, respingendo il vincolo politico della pura agnazione. Nel periodo classico le disposizioni più segnalate furono il Senatoconsulto Tertulliano (Adriano), il quale chiamò alla successione la madre, sotto la condizione del *ius liberorum*, e in posizione ancora subordinata rispetto agli altri successibili, e il Senatoconsulto Orfiziano (Marco Aurelio a. 178), il quale chiamò alla successione i figli rispetto alla madre. Nell'epoca romano-ellenica, l'uno e l'altro senatoconsulto vennero ritoccati giusta le nuove tendenze. Costantino (a. 321) accordò alla madre un terzo dei beni, qualora non avesse il *ius liberorum*, Teodosio II e Valentiniano III i due terzi, Giustiniano lo abolì. Alla successione della madre vennero chiamati anche i nipoti per due terzi, concorrendo coi figli, per tre quarti concorrendo con altri agnati. Le ultime

riforme tendono a far scomparire la distinzione tra emancipati e non emancipati, già abolita nella prima classe dal Pretore, tra maschi e femmine; e in questa via progredì lunga pezza Giustiniano, finchè non fu indotto ad abbandonare la serie di compromessi nominali, con cui si dissimulava la rivoluzione operatasi in un ordinamento complicato e barocco. Colle celebri Novelle 118 e 127, egli stabilì a base della successione il vincolo di sangue, chiamando nella prima classe i discendenti, nella seconda gli ascendenti in concorso coi germani, germane e loro figliuoli, nella terza i fratelli e le sorelle unilaterali, nella quarta gli altri più prossimi parenti. In difetto di ogni successibile per vincolo di sangue, Giustiniano serbò la *bonorum possessio* a favore del coniuge superstite.

\*  
\* \*

5. Un movimento caratteristico in quest'ultima epoca, nel quale la successione si ricollega colla dissoluzione patrimoniale della famiglia, è l'abolizione graduale del peculio nel concetto genuino romano, ossia del ritorno *iure peculii* al *pater familias*. I vari peculfi nella consuetudine dapprima, che travolge lo spirito romano, indi nella legislazione, si ordinano in tutto e per tutto come un patrimonio del *filiusfamilias*, in cui si apre la successione intestata prima soltanto a favore dei figli del *filius familias*, poi ancora, in secondo grado, a favore dei fratelli, indietreggiando sempre il ritorno *iure peculii* al *paterfamilias* fino a confondersi coll'idea della successione e svanire completamente col diritto delle Novelle (1).

La nuova epoca ha pure trasformato l'antico concetto della collazione, imposta dal diritto pretorio agli eman-

---

(1) Cfr. sopra pag. 179-180.

cipati nella successione intestata per pareggiare la loro condizione a quella dei *sui*. Colla conquistata indipendenza dei *filiifamilias* per lo sviluppo de'peculì, che via via vengono sottratti alla collazione, scema la primitiva funzione e la collazione viene adibita al fine di pareggiare le condizioni dei varî chiamati in ordine ai beni, riguardando come un'anticipata successione tutto ciò che ognuno ha conseguito innanzi. Questa nuova funzione dell'istituto, già trasparente in una costituzione di Gordiano, il quale, riconoscendo, a quel che sembra, uno sviluppo dottrinale, sancì che la dote si dovesse conferire a tutti i fratelli indistintamente, *sui* ed *emancipati*. Leone nel 472 obbligò tutti i discendenti a conferire i beni loro pervenuti dagli ascendenti, in dote o in donazione *ante nuptias*; finalmente Giustiniano colla Novella 18 sancì, che la collazione dei discendenti avesse luogo tanto nella successione intestata, quanto nella testamentaria. La base giustificativa della nuova collazione cessa naturalmente, quando il defunto ne abbia espressamente dichiarato esenti i beni.

\* \* \*

6. Come reazione al diritto assoluto di testare del *paterfamilias*, il quale, perduto il suo primitivo senso, poteva essere adoperato ai danni della famiglia, si svolse la successione legittima contro il testamento. Le limitazioni introdotte ebbero dapprima carattere meramente formale. Nelle opere di Cicerone è rappresentato al vivo lo sforzo fatto dalla giurisprudenza per introdurle. Si volle che gli *heredes sui* dovessero essere istituiti o espressamente diseredati. L'omissione, la così detta preterizione, annulla il testamento. Il principio era più che dubbio al tempo di Cicerone in un caso di flagrante iniquità: il testatore aveva ommesso il figliuolo credendolo morto, e nondimeno

nel dialogo ciceroniano Antonio afferma che la causa è di quelle, in cui più che il giurista entra in campo l'oratore, perchè non trattasi di diritto certo; e dall'insieme pare siasi appunto infiltrato come interpretazione della volontà del defunto. Il difensore del testamento si trincerava freddamente dietro il *testamentorum ius*; l'altro, che sostiene le ragioni dello sventurato milite, invoca dai morti il padre, lo mette innanzi agli occhi dei giudici, fa ch'egli abbracci il figliuolo, piangendo lo raccomandi ai giudici stessi, fa piangere e gridar vendetta le pietre, mentre calpesta come uno spauracchio o un imparaticcio di scuola (*magicum carmen* o *magistri carmen*) le XII Tavole, cui l'avversario faceva richiamo.

La successione legittima formale venne dal Pretore estesa alla sua prima classe di successibili, cioè a tutti i *liberi* o discendenti del defunto. Una serie di precauzioni vennero ordinate dalla giurisprudenza per salvare dalla rottura il testamento di fronte ai *sui* che sopraggiungono dopo la confezione (*postumi sui*), permettendo via via le diseredazioni delle varie categorie dei postumi (*legitimi, aquiliani, velleiani, quasi velleiani, iuliani*).

Senonchè a datare dall'epoca imperiale si svolge nella pratica de' giudizi centumvirali una limitazione più sostanziale alla facoltà di testare, consistente nell'obbligo di lasciare una quota dei beni ai più stretti congiunti fra i successibili *ab intestato* (*portio legitima* o *debita*). Questa limitazione della legittima è un istituto ben diverso dal sistema della riserva familiare, con cui la legittima si è fusa nel diritto moderno. La legittima romana non è d'origine primitiva, come la riserva, ma sorta solo in un periodo di matura civiltà, anzi in tempi relativamente assai tardi, non è nata dal diritto primigenio della famiglia sui beni, bensì da un riguardo di pietà (*l'officium*

*pietatis* è per comun confessione insito nella legittima), di cui la società civile e lo Stato si resero interpreti, non ha per iscopo di mantenere l'unità e il lustro della famiglia, bensì di assicurare ai più stretti congiunti del defunto un'equa partecipazione dei suoi beni e un modesto sostentamento. Ciò si comprende, una volta afferrato il carattere diverso del testamento romano da quello germanico: il primo originario e destinato a mantenere l'unità familiare, a trasmettere la potestà, presso un popolo, cui era affatto ignoto il sistema della primogenitura; il secondo nato in epoca tarda col disgregarsi dell'unità familiare e l'emancipazione dell'individuo, che veniva a sottrarre appunto i propri beni ai rappresentanti di quell'unità. In breve, la legittima è un'emanazione della nuova coscienza sociale, la riserva è il residuo dell'ordinamento sociale e delle idee di un'epoca primitiva. V'ha di più: se il testamento germanico nacque e crebbe per influenze estranee, appunto per essere contrario allo spirito della società germanica, in Roma è all'opposto la legittima che pare abbia ricevuto l'impulso dal di fuori. Per annullare il testamento e dar ragione all'erede legittimo, il tribunale dei centumviri, dinanzi a cui si agitavano le controversie ereditarie, e pare esclusivamente queste, ricorse alla finzione, comune al diritto attico, di considerare non sano di mente il testatore che non l'avesse affatto contemplato. Il diritto romano non si elevò mai sopra quest'artificiosa base, nè riconobbe le altre numerose ipotesi che pel diritto greco potevano condurre alla rescissione del testamento. Sembra certo, a considerare il carattere ambiguo dell'azione intentata dal legittimario nel diritto giustiniano, e al veder menzionato ora il tribunale dei centumviri ora il giudice unico, che per l'erede intestato di diritto pretorio e per i cittadini residenti in provincia

si provvedesse alla rescissione del testamento *extra ordinem*, mediante la querela *inofficiosi testamenti*, basata sull'offesa che il prossimo congiunto avrebbe ricevuto per essere stato completamente negletto nel testamento. L'azione del diritto giustiniano è una fusione dell'*hereditatis petitio* intentata dinanzi ai *centumviri*, e della querela *inofficiosi testamenti*, è basata sul *color insaniae* ed è in pari tempo *vindictam spirans*, come la querela dalla quale prende il nome.

Dai tempi di Alessandro Severo erano sorte le azioni complementari, *inofficiosae donationis* e *dotis*. Il carattere odioso della querela ne restringe la sfera di applicazione e aggrava la posizione del legittimario, il quale, se è perdente, rimette tutte le liberalità a favor suo, contenute nel testamento. Se il testatore ha lasciato meno della quota fissata come legittima, ma colla clausola espressa che nel caso si dovesse supplire, soccorre un più blando rimedio, l'*actio ad supplendam legitimam*, introdotta da Costanzo e Giuliano e in seguito resa da Giustiniano indipendente dalla clausola espressa del testatore. La querela non passa all'erede del legittimario, ma Giustiniano stabilì che a ogni modo si trasmettesse ai discendenti. Le persone de' legittimari fissate definitivamente sono i discendenti e gli ascendenti e, nel caso che sia stata loro preferita una persona turpe, anche i fratelli e le sorelle. A evitare la rescissione testamentaria si svolse già nell'epoca classica, e fu definitivamente fissata da Marco Aurelio, la quota della legittima in un quarto della porzione intestata. Giustiniano la elevò sino al terzo, se i legittimari erano quattro o meno, alla metà se eran più.

La successione legittima contro il testamento fece con Giustiniano anche un ultimo e più serio passo. Colla Novella 115, egli prescrisse che gli ascendenti e i discen-

denti dovessero necessariamente essere istituiti eredi, e la diseredazione oramai non si vuol più consentita se non per motivi gravissimi determinati dall'imperatore nella stessa Novella 115.

Il sentimento della società romano-ellenica, contro lo spirito del diritto romano, portava ad esaltare la successione legittima in generale. Oltre lo svolgimento così degno di meditazione della successione legittima contro il testamento, oltre le garentie negate nel diritto classico e concesse nell'epoca romea per gli eventuali successori *ab intestato*, è caratteristico ancora il favore di cui sono ora fatti segno i testamenti che chiamano gli eredi legittimi: il testamento *inter liberos*, introdotto da Teodosio II, nel quale basta che il testatore scriva di proprio pugno il nome degli istituiti, la quota, la data; il testamento *imperfetto*, che contempra gli eredi legittimi, introdotto pure da Teodosio II (433), il quale è riconosciuto valido come codicillo *ab intestato*, purchè confermato dal giuramento di cinque testimoni e annulla il precedente testamento. Inoltre mentre nel diritto classico la stessa rottura delle tavole senza nuovo testamento, cioè senza nuova designazione di erede, non toglieva la successione all'*heres scriptus*, e solo il diritto pretorio avrebbe concesso la *bonorum possessio* agli eredi *ab intestato*, nel basso impero Teodosio II e Onorio (a. 418) introdussero l'estinzione del testamento per la prescrizione decennale, la quale per Giustiniano fu sostituita dalla revoca giudiziale.

Nonostante le tracce del *favor testamentorum*, la preminenza del testamento sulla successione intestata si può dire svanita nel diritto giustiniano, ed è ancora più lungi dal pensiero della società ellenica, dominata dal diritto romano. Le due delazioni sono in perfetto equilibrio; l'*heres* non designa di preferenza l'*heres scriptus*, non si oppone

alla famiglia e ai successori del sangue. L'equilibrio è rotto nel diritto intermedio per influenza delle preponderanti correnti germaniche, che sfigurarono il testamento e l'eredità romana. Il Codice francese abolì financo il titolo di erede testamentario. Il Codice nostro, per riacostarsi al linguaggio romano, lo ha ripristinato; ma lo spirito e il linguaggio odierno darebbero più ragione al legislatore francese che al nostro: erede, ereditario s'intende preferibilmente nel senso della successione naturale, e in alcune applicazioni sia nel campo giuridico, quale il concetto odierno della monarchia ereditaria, sia nel campo estragiuridico, sottratto all'influenza dottrinale della tradizione, quale il concetto e l'applicazione vasta dell'eredità biologica e dell'eredità psichica, questa è la significazione esclusiva, incomprensibile a un intelletto romano. Oggi l'*heres scriptus* è veramente scritto soltanto nel Codice civile: nella coscienza nostra non vive più.

## CAPITOLO XVI.

### Il legato e il fedecommesso.

1. Idea dominante fra gli scrittori moderni delle più opposte tendenze (Kuntze, Pernice, Cuq ecc.), naturalmente correlativa all'altra, che la *successio in ius* o *in universum ius*, come si suol dire, rappresenti un progresso giuridico indotto dal movimento commerciale, è che il testamento primitivo non contenesse se non lasciti di cose singole, cioè, in sostanza, legati. In questa corrente era un nostro forte scrittore, il quale, ritenendo che il testamento primitivo anche in Roma fosse « un atto contenente mere disposizioni a titolo particolare » e che il vero classico istituto sia nato col testamento privato, soggiunge che « alle popolazioni primitive molto più naturale si

presenta la donazione a causa di morte e precisamente di quelle cose che costituiscono l'iniziale proprietà dell'individuo, specialmente le armi »; e da queste donazioni a causa di morte si sarebbero svolti i legati, di cui già il Ihering richiamava l'identità teleologica colle prime.

Ora, lasciando pure da parte qualunque ipotesi circa l'origine del testamento e dell'eredità, è certo inverosimile che il testamento primitivo romano contenesse l'accessorio e l'accidentale e non già l'essenziale, che è l'istituzione di erede, la quale istituzione assume un carattere più essenziale, se si può dir così, più sacro e più vasto via via che si risale in antico, fino all'epoca in cui la storia non risponde più.

Ma il lato vero della tesi sostenuta dal Fadda è l'identità teleologica e la derivazione storica dei legati dalle donazioni a causa di morte appunto dei beni individuali. Si può dire con piena esattezza storica, che il testamento romano è l'istituzione di erede; il testamento dei diritti che si comparano al romano è il legato, rimasto allo stato primitivo di donazione a causa di morte. Senonchè nel testamento romano a un certo punto, forse a datare dal *testamentum per aes et libram*, all'istituzione di erede si aggiunsero i legati, vale a dire lo stesso atto in cui il *paterfamilias* designava l'erede racchiuse le elargizioni, prima indipendenti, con cui soleva gratificare nell'evento della morte le persone più care.

La distinzione fra l'eredità ed il legato nei Codici moderni si suole stabilire nel seguente modo: è erede chi è chiamato nell'universalità o in una quota di beni, è legatario chi è chiamato in oggetti singoli e determinati; la prima chiamata è a titolo universale, la seconda a titolo particolare (Cod. civ. art. 760). La qualità di erede, conferita dall'assegnazione universale, attribuisce oneri e

debiti, la qualità di legatario, risultante dall'assegnazione particolare, esonera dai debiti. Idee simili non sono romane se non per convenzione, e giova rilevare gli equivoci che dal punto di vista storico esse racchiudono circa l'erede e il legatario, la successione universale e particolare. Nel diritto romano è legatario anche chi è chiamato nell'universalità o in una quota dei beni, quando non gli sia attribuito il titolo di erede, mentre ciò che fa l'erede è appunto il titolo. La vera successione universale, *per universitatem*, colla quale i beni si acquistano in blocco e passano anche diritti altrimenti intrasmissibili, non deriva presso i Romani dalla chiamata nell'universalità, ma è conseguenza dell'acquisto o di una potestà familiare o del titolo di erede. D'altra parte l'onere dei debiti non è naturale portato della successione universale, perchè anzi (a tacer pure che i debiti non sono patrimonio) esso è escluso dall'acquisto *per universitatem* tra vivi, ed è inerente all'eredità, non perchè questa è successione universale, ma perchè è successione *in ius*. Insomma la qualità di erede nel diritto romano è, come il grado di primogenito in alcune legislazioni, essenza e fondamento dell'acquisto, nel diritto moderno è semplice denominazione di un dato acquisto patrimoniale.

\*  
\*\*

2. Incerta è l'etimologia e il carattere primitivo del legato: se la parola derivi da *lex* (una *lex* stabilita all'obbietto che si trasmette, *lex rei dicta*, al successore stesso, che la deve rimettere, *lex heredi dicta*), o, come sembra preferibile per le relazioni storiche col mandato, pel significato della parola nel diritto pubblico e l'analogia col fedecommesso, da *legare* nel senso di conferir mandato, dare incarico. Sembra che la prima forma sia stata

il legato *per vindicationem*, il quale trasferiva immediatamente la proprietà della cosa al legatario; vi si aggiunse il legato *per damnationem*, che stabiliva un'obbligazione a carico dell'erede, e il legato *sinendi modo*, pel quale l'erede è tenuto a lasciar fare o a permettere. Il legato *per praeceptionem* era, di regola almeno, quello lasciato a uno degli eredi. Ciascun legato aveva forme e requisiti suoi proprî.

Il senatoconsulto Neroniano diminuì le conseguenze del rigore formale, stabilendo che un legato invalido *per vindicationem* potesse esser valido *per damnationem*, che era il più largo. Ma come ogni forma prettamente romana, anche queste dei legati svanirono nel periodo romano-ellenico; Costanzo abolì l'osservanza dei modi prescritti alle varie specie di legati, e Giustiniano tolse ogni differenza, attribuendo a tutte le forme lo stesso effetto, cioè, quel che più importa, l'azione obbligatoria e insieme l'azione reale, salvo naturalmente che fosse stata legata la cosa di un terzo.

Accanto ai *legati* spuntano nell'ultima età repubblicana e hanno sanzione giuridica nel diritto imperiale i *fedecommissi*, originati dal desiderio di lasciare a persone incapaci, e fuori del testamento, che non sempre si aveva comodità di eseguire. La protezione dell'istituto, rimesso per l'innanzi alla fede dell'esecutore, fu *extra ordinem* introdotta dall'imperatore Augusto. L'atto, in cui si ordinavano i fedecommissi, dicevasi *codicillo*, in antitesi al *codex testamenti*. I codicilli potevano essere *ab intestato* o testamentari. All'ampia libertà dei fedecommissi, si reagì più tardi; dapprima il senatoconsulto Pegasiano rese incapaci anche per i fedecommissi i celibi e gli orbi, Adriano i peregrini e le persone incerte, sicchè non restano come capaci di fedecommissi e non di legati se non i Latini

Iuniani; nell'epoca romano-ellenica Costantino stabilì, che si dovessero fare alla presenza di cinque testimoni i codicilli *ab intestato*, e Teodosio II tutti i codicilli, richiedendo anche l'unità di atto e la firma. Giustiniano tornò in parte all'antico, stabilendo che i codicilli privi di forma dessero facoltà all'onerato di deferire il giuramento a chi era gravato del fedecommesso; abolì inoltre ogni differenza tra legati e fedecommissi, che si erano venuti così avvicinando, e formò dei due un unico istituto. Così è che nel diritto giustiniano per effetto della fusione col fedecommesso può esser gravato di legato non soltanto l'erede, ma chiunque riceva un beneficio patrimoniale dal defunto, e il legato si può ordinare anche fuori del testamento.

Per l'acquisto del legato sino dagli ultimi tempi della repubblica si distinse il *dies cedens*, che cade al momento della morte del defunto, dal quale momento il legato si fissa nel legatario e si trasmette ai suoi eredi, e il *dies veniens*, in cui si acquista il legato in modo definitivo. Il diritto di accrescimento tra collegatari è il commento più schietto della singolarità del diritto di accrescimento ereditario. Qui esso dipende, come nell'eredità odierna e nel legato odierno, dalla volontà del defunto, fatta manifesta per via della congiunzione reale, *coniunctio re* o *coniunctio re et verbis*, ossia nello stesso oggetto, senza operare alcuna divisione tra i vari onerati. Nel diritto classico le varie specie di congiunzione erano causa di diversa interpretazione della volontà del defunto, secondo la diversa natura de'legati.

\*  
\* \*

3. Un istituto che rivela il carattere convenzionale dell'odierna successione universale è il così detto fedecom-

messo universale. Per fedecompresso, come per legato, si poteva assegnare l'universalità o una quota del patrimonio del defunto, nè per questo si operava una successione universale, e molto meno una successione *in ius*. Il legatario e il fedecommissario dovevano ricevere la trasmissione del patrimonio dall'erede, e si interponevano per garentia reciproca circa i debiti e i crediti delle stipulazioni dette ne' legati *stipulationes partis et pro parte*, nel fedecompresso universale, dalla finta vendita dell'eredità in uso per la trasmissione del patrimonio, *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. A evitar l'imbarazzo di queste mutue cauzioni nel fedecompresso, il senatoconsulto Trebelliano sotto Nerone (a. 55 o 56) stabilì che senz'altro la restituzione fatta dal fiduciario trasferisse nel fidecommissario le azioni attive e passive; senonchè sotto Vespasiano, a schivare le nullità del fedecompresso per non adizione dell'erede, il senatoconsulto Pegasiano estese anche ai fedecommissi la legge Falcidia, e pel caso in cui il defunto avesse superato nel lascito fidecommissario i tre quarti, nello stesso tempo che si accordava la riduzione della Falcidia, si abrogava il Trebelliano, risuscitando le antiche *stipulationes emptae et venditae hereditatis*. Tale stato di cose abbastanza intricato e pericoloso, a detta di Giustiniano, fu corretto da questo principe. Egli dichiarò di abolire il senatoconsulto Pegasiano, serbando solo il Trebelliano; ma, in sostanza, non fece che abolire il modo complicato di restituzione del Pegasiano. Da questo momento il patrimonio ereditario è trasmesso *ipso iure* dal fiduciario nel fidecommissario anche mediante la semplice dichiarazione, salvo i diritti, di cui resta investito l'erede, cioè il prelegato a suo favore e i frutti dell'eredità dal momento dell'adizione a quello della restituzione; restano inoltre

nell'erede gli ultimi residui non propriamente patrimoniali dell'eredità, come i *iura sepulcri*, le *operae libertorum*, i diritti di patronato.

\*  
\* \*

4. L'innesto dei legati nel testamento, se ha contribuito forse a confondere la natura del testamento e dell'istituzione di erede, diviene d'altra parte nelle relazioni tra erede e legatario un argomento palmare dell'essenza non patrimoniale dell'eredità. Le leggi limitative dei legati provano che vi fu un tempo, in cui il testatore poteva elargire tutto il suo patrimonio in legati, e non lasciare all'erede se non il titolo in un coi diritti estrapatrimoniali, il culto, i sepolcri, i diritti di patronato, le opere dei liberti, e gli oneri d'ogni natura. I comparatisti, come travolgono lo sviluppo della successione legittima contro il testamento, sostenendone l'esistenza in un periodo, in cui la testimonianza di Cicerone e la tendenza stessa dell'evoluzione mostrano che essa non era nata (1), così sono indotti a supporre delle limitazioni al diritto di legare, prima che le più antiche di queste limitazioni nascessero: reazione caparbia contro la storia e contro il buon senso. Ma veramente caratteristica è questa lotta tra l'erede e il legatario per le difficoltà stesse che sembrano aver provato gli antichi legislatori a gettare nel titolo di erede un pensiero patrimoniale e sancire semplicemente che l'erede debba esser chiamato a una parte

---

(1) Certamente poi non era nata la successione legittima materiale. Si nota, ed è persino maraviglioso, che il più antico giureconsulto, il quale ne faccia menzione è Gaio, e di Traiano il più antico rescritto cui si richiama. Plinio può anche essere invocato, ma non Cicerone. La porzione legittima finalmente è stata fissata da Marco Aurelio.

dell'eredità nel senso patrimoniale. La prima legge limitativa, la *lex Furia testamentaria*, emanata tra il 200 e il 169, fissò pel legato il massimo di mille assi. Si vede che forse il legislatore aveva di mira l'ipotesi, strana per noi moderni, ma non pei Romani, che il testatore avesse all'uno conferito il titolo di erede, all'altro legato il patrimonio; certo è che la legge non rimediava all'esaurimento del patrimonio in molti legati di mille assi ciascuno. La *lex Voconia* del 169 a. C. stabilì, che nessuno potesse ricevere per legato più di quanto acquistava l'erede; ma anche questa legge sortiva imperfettamente l'intento suo, perchè il testatore, dividendo il patrimonio in molti piccoli legati, poteva non lasciare all'erede quanto bastasse a compensarlo dell'onere di amministrare l'eredità. Essa restò nondimeno in vigore fino al 40 a. C., anno in cui venne rogata la *lex Falcidia*, la quale ordinò che in ogni caso il patrimonio del defunto dovesse rimanere intatto almeno per una quarta parte all'erede, riducendo all'uopo i legati superanti la misura di tre quarti.

Il conflitto tra l'eredità e i legati nasceva dal carattere estrapatrimoniale del titolo di erede, dal significato essenziale del titolo stesso per la validità ed efficacia del testamento. Via via che scema il senso antico, si oscura e si attenua pure la lotta, fino a svanire quando venga fatto di concepire puramente e semplicemente l'eredità e i legati come elargizioni patrimoniali nella misura voluta dal defunto. Nel diritto classico, la quarta Falcidia venne esclusa dal testamento militare. Giustiniano rivelava già nel Digesto la sua tendenza ostile verso l'istituto colle frequenti interpolazioni favorevoli alla volontà del defunto.

Ma nella Novella I<sup>a</sup>, manifestando apertamente la sua ripugnanza a limitare in questo riguardo la volontà del

defunto, recò finalmente un colpo mortale alla Falcidia. Se il testatore vieta di ritenere la quarta, l'erede è tenuto ad obbedire. Con questo la Falcidia, cessando di essere legge coattiva, di diritto pubblico, smarriva completamente il suo carattere vero e il suo fine originario; non ostante la differenza nell'onere dei debiti attribuito esclusivamente all'erede, una conciliazione tra questo e i legatari, si vede, è oramai fuor di luogo, e nel diritto moderno affatto sconosciuta.



5. Gettiamo ora uno sguardo sul diritto successorio nella società e nel pensiero moderno. Siamo in presenza del più ricco, elaborato e complesso organismo di diritti e di un congegno che investe nello stesso tempo la proprietà e la famiglia, rappresenta, si può dire, la perpetuità della proprietà e la perpetuità della famiglia. Ma quella ricchezza è in larga parte un sistema di leve e di forze destinate ad elidersi, e quindi una complicazione per lo meno inutile; e dall'altra parte il pensiero da secoli lotta indarno alla ricerca di un fondamento razionale comune alle due grandi parti del diritto successorio, entrambe nella teoria giuridica riconosciute d'egual dignità, cioè la successione secondo la volontà del defunto e la successione secondo i vincoli di sangue. Sembrano queste due vaste istituzioni create e animate da uno spirito opposto: il più puro, il più assoluto arbitrio individuale in contrasto col principio etico-sociale della famiglia.

Il talento dommatico e l'influenza romanistica nel periodo anteriore al secolo presente dava generalmente rilievo al testamento, giustificando la successione familiare dal punto di vista del testamento. Non v'ha chi ignori come il gran fondatore della scuola del diritto naturale

abbia preso le mosse dal considerare il testamento quale un'alienazione di beni, alienazione condizionale (*in mortis eventum*) e revocabile; e come i seguaci abbiano coinvolto nella discussione razionale la più tediosa disputa civilistica, battagliando sul contratto o sulla donazione. Alienazione, contratto, donazione: tre concetti che, riferiti all'eredità, avrebbero fatto spiritare Celso e completamente impazzire Giavoleno. Mette conto anche di richiamare, pel raffronto coll'essenziale originaria funzione del testamento, quale pena abbia recato al cervello degli studiosi la circostanza, che il testamento ha efficacia quando appunto la volontà del testatore è spenta, quando chi aliena non è più, nè avrebbe più diritto sui beni della terra suoi propri, come non ha più diritto sui beni comuni, se colla morte abbandona il suo campo e la luce del sole. Gravi filosofi, dal sommo Leibnitz al nostro Rosmini, non si peritarono di salire in più alte sfere, invocando l'immortalità dell'anima, facendo proprietari i morti (*mortui revera adhuc vivunt et manent domini rerum*), i vivi esecutori (*procuratores in rem suam!*), e suscitando la seria obbiezione che ignoto è il destino dell'anima e non parrebbe degna di rispetto (*quis... censeat exsequendam?*) la volontà di un'anima dannata. Date queste basi, sulle quali il testamento è tanto sicuro, quanto la terra sugli omeri d'Atlante, la successione familiare non era se non un *ta-citum testamentum ex voluntatis coniectura*.

Dagli studi germanistici intanto spuntava un'opposta tendenza, fecondata e propagata dall'indirizzo storico del nostro tempo. È il condominio germanico, è il principio etico-sociale della famiglia che trionfa, e con esso la così detta successione legittima, cui si comincia ad attribuire questo nome in un senso e con una dignità che non ebbe presso i Romani giammai la parola. Nel campo filosofico

il testamento è un'istituzione, per dir così, tollerata, nel campo storico un'istituzione secondaria. Avverso al testamento Kant e la sua scuola, come già in antico Aristotele, avverso sino all'estremo della sua vita il Montesquieu, non tenera dell'istituto la scuola positiva, ostilissimo l'odierno movimento socialistico; escluso o timidamente ammesso dalla giurisprudenza comparata non solo presso tutti i popoli primitivi, ma presso popoli culti, Greci, Indiani, Ebrei, Cinesi..... Oggi nella coscienza popolare l'eredità legittima è un'istituzione organica, vitale, indipendente, è l'eredità; il testamento si richiama alla donazione.

E la coscienza popolare non ha torto. Nella sua funzione genuina, il testamento non rappresentò un concetto antitetico alla successione naturale, l'arbitrio individuale in opposizione al diritto familiare. Entrambe le istituzioni servivano invece esclusivamente agli scopi della famiglia, ma di una famiglia politica. La perpetuità del tutto mediante la continuità del potere sovrano, dove si effettua trasmettendosi naturalmente il potere al primogenito, dove si effettua designandosi dal predecessore il più degno. Anzi pare questo il sistema originario universalmente, dal quale il consolidarsi dell'autorità sovrana in un solo ha generato la successione del primogenito regolarmente designato dal sovrano vivente, laddove il disperdersi della sovranità in un corpo aristocratico o in tutto il popolo ha fatto scaturire la designazione da parte di questo corpo sovrano o del popolo, l'elezione. Comunque, il dissolversi del carattere politico della famiglia, il ridursi della successione al mero patrimonio, eliminando così nella primogenitura, come nella designazione il contenuto politico, fa che appaia iniquo tanto l'uno, quanto l'altro sistema: il grido contro i maggioraschi non fu a

suo tempo minore del grido contro l'arbitrio testamentario. La successione legittima volle allora esser ricondotta alla romana: parità di tutti i figli, parità dei due sessi; la successione testamentaria alla germanica con limitazioni rigorose nell'interesse della famiglia. Ma alterata la funzione originaria, venne ad essere altresì alterato l'equilibrio delle due successioni. In realtà la famiglia è ora un organismo etico d'altra natura, ma sussiste, e la successione legittima, ora schiettamente patrimoniale, ha in essa, ne' limiti almeno della società coniugale e parentale, una base organica e naturale; il testamento si è annegato nella donazione. Eredità testamentaria e legato sono distinzioni vaghissime, tanto più care al dotto giurista, in quanto costituiscono pel volgo ignorante uno squisito supplizio.

## CAPITOLO XVII.

### La procedura.

1. Il tratto più sorprendente e, via via che si risale indietro, più vivace della procedura civile romana nel suo tipo genuino è il suo resistente carattere volontario e privato dall'inizio all'esecuzione. Corsero mille anni e forse più, tutto quanto il periodo evolutivo del diritto romano, innanzi che il processo venisse interamente nelle mani dell'autorità pubblica e del magistrato; e l'invasione si può seguire passo passo nell'ordine istesso del processo dall'inizio all'esecuzione. Il momento più noto di questa invasione dello Stato, quale noi la concepiamo, è la divisione dei giudizi tra la persona pubblica del magistrato, *in iure*, e il giudice privato, *in iudicio*, il così detto « *ordo iudiciorum privatorum* ». Si vuole comunemente rendersi

ragione dell'*ordo iudiciorum privatorum*, intendendolo come una garanzia di libertà, per cui lo Stato avrebbe rinunciato parzialmente all'esclusiva amministrazione della giustizia, e la leggenda che fa autore della riforma il liberale re Servio Tullio, non che qualche vaga espressione dei Romani stessi, sembra dar forza a quest'induzione del pensiero moderno. Si ripete anche a questo proposito la frase di Pomponio, non a questo proposito enunciata, che innanzi all'istituzione dell'*ordo iudiciorum privatorum* « omnia manu a regibus gubernabantur ». Simile spiegazione non è in realtà se non un nuovo pregiudizio scientifico, e dal punto di vista storico non regge affatto. La *tendenza dell'evoluzione* elimina via via il carattere privato dei giudizi, che scompare nella terza epoca, e lo mostra invece più vigoroso e attivo, risalendo il corso dei secoli. Il risultato cui si perviene, ponendo mente a questa *tendenza*, sarebbe una giustizia in cui non intervengono affatto gli organi dello Stato. Veramente un simile stadio generale delle umane società non si nega punto oggidì, anzi il sistema della vendetta privata è uno dei motivi favoriti degli studiosi di cose primitive; ma si ritiene a torto che lo Stato abbia inteso e potuto assumere sin dai primordi *tutta* la funzione della giustizia e *precisamente pel fine etico* della giustizia, e l'abbia assunta, come si vuole, presso il popolo romano per abbandonarne subito di poi una parte rilevantissima, e indi intraprendere una lunga lotta per riavocarla a sè. In realtà l'assunzione della giustizia da parte dello Stato non ha cominciato coll'essere intera, ma limitata e sotto più aspetti: esso non interviene che nelle controversie dei gruppi che sussistono ancora compatti al di sotto di lui, e non interviene se non per imporre che scendano a patti o si rimettano a un terzo, da essi eletto giudice della controversia. Ciò che

interessa lo Stato non è adunque la giustizia, bensì la pace; gli organi suoi non intervengono nelle controversie, se non quanto è necessario a salvaguardare la pace pubblica.

Che l'*ordo iudiciorum privatorum* possa apparire anche una garentia liberale, non nuoce, e basta riflettere un momento a molte istituzioni liberali odierne che hanno origine feudale. Il pensiero storico impone di non ricercare appunto alle istituzioni un'origine consona alle funzioni cui possono essere utili attualmente, e d'altra parte la vera spiegazione storica raggruppa intorno all'*ordo iudiciorum privatorum* una serie infinita di altri elementi, che a questo lume si rivelano meglio nella loro intima natura.

Se la progressiva evoluzione della procedura romana si rappresenta adunque sotto l'aspetto esteriore quale una crescente invasione dello Stato, sotto un altro aspetto giova por mente a un fenomeno di più intima natura: la trasformazione insensibile della funzione di pace in funzione di giustizia, dell'intervento meccanico e quasi indifferente dello Stato in compito amministrativo per fini etici, che finisce, e tale è schiettamente il risultato finale, con riassumere la giustizia in senso lato quale una parte distinta dell'amministrazione pubblica e la parte più alta ed essenziale.

Le vestigia dell'assoluto carattere privato della procedura romana, del farsi giustizia da sè, si ritrovano nell'antica procedura delle XII Tavole contro il ladro manifesto, nella *manus iniectio* e nella *pignoris capio*, e in tutto il procedimento dello Stato stesso nelle sue controversie coi privati. Se non che il procedimento extra-giudiziale, la così detta « ragion fattasi », venne via via diminuito da una serie di sanzioni, specialmente a cominciar dalla fine della repubblica. Nel procedimento giudiziale si distinguono tre sistemi, corrispondenti alle tre fasi più salienti

della storia del diritto romano: le *legis actiones*, le *formulae*, l'*extraordinaria cognitio*, in cui la divisione de' giudizi è scomparsa.



2. Nel periodo delle *legis actiones* la funzione del potere pubblico è ancora assai limitata. Le parti litiganti si presentano dinanzi al magistrato, *in ius*, a esporre l'oggetto della controversia, ma il magistrato non giudica e nemmeno dà norme o istruzioni di veruna sorta, circa il modo con cui devesi giudicare. Egli si limita a cercar di conciliare le parti, indurle a far la pace con eque transazioni, e tale accordo, riuscendo, dicesi « *pactum* »; ma se le parti non si accordano, altro potere non ha il magistrato se non quello d'intimar loro il giudice, e nemmeno la scelta del giudice è in suo arbitrio. Riguardo al procedimento da seguirsi, è regolato da forme solenni e simboliche, che dicevansi *actiones*, e più regolarmente, per esser conformi alle prescrizioni delle XII Tavole, *legis actiones*. Esse sono le antichissime cinque: *legis actio sacramento*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per conditionem*, *per manus iniunctionem*, *per pignoris capionem*. La *manus iniectio* e la *pignoris capio* rappresentano probabilmente gl'istituti primitivi, che richiamano ancora il periodo della difesa privata, ma nel periodo civile rimasero soltanto come procedimento esecutivo. Il procedimento regolare e completo più antico è la *legis actio sacramento*, nella quale il motivo del giudizio era artificiosamente costruito sulla base di una scommessa di 500 o 50 assi. Forse esso rappresenta in origine il giuramento e la pena dello spergiuro; con ciò concorda il nome, l'impiego in un sacrificio della somma, che probabilmente consisteva in origine in capi di bestiame (10 buoi o 10 montoni), il

deposito *ad pontem* o *ad pontificem*. In origine la somma era versata, in seguito promessa soltanto con mallevadori. La procedura reale per sacramento seguiva per due contrarie affermazioni dell'attore e del convenuto, *vindicatio*, e *contravindicatio*, dopo le quali si attribuiva il possesso interinale: nella procedura personale l'attore affermava il suo credito, senza probabilmente richiamarsi alla causa, e il convenuto negava solennemente; dopo di che, provocatisi l'attore e il convenuto col sacramento, si passava alla nomina del giudice. La legge Pinaria abolì la nomina immediata del giudice, sostituendo l'obbligazione, *vadimonium*, di tornare dopo trenta giorni, spirato il qual termine, le parti comparse ricevevano il giudice e si obbligavano a ricomparire due giorni dopo, *in diem tertium*, davanti a lui. Incerta è la ragione e l'ambito della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. Quanto alla *legis actio per condictionem*, introdotta dalla legge Silia per le obbligazioni a una somma determinata ed estesa dalla Calpurnia a tutte le obbligazioni a una prestazione determinata, essa era quasi scevra di solennità. L'attore intimava semplicemente al convenuto di presentarsi entro il termine consueto, che era di trenta giorni, al magistrato per ricevere il giudice. Il nome deriva appunto dall'intimazione dell'attore, che dicevasi anticamente *condicere* o *condictio*, e restò anche in seguito a designare una categoria speciale di azioni obbligatorie, la più oscura e travagliata di tutte.

Nell'introduzione balza agli occhi in guisa vivacissima l'attività delle parti e la funzione passiva del magistrato, salvo l'impedire che si venga alle mani. L'attore va in cerca del convenuto, e dove lo trova lo invita a comparire dinanzi al magistrato (*in ius vocatio*), traendovelo anche a forza, salvo che egli non fornisca un garante

(*vindex*), il quale pare si impegni ad assicurare la comparsa del convenuto a un giorno fissato. Magistrati sono in quest'epoca, dopo i re, i consoli, ai quali peraltro la procedura contenziosa venne sottratta dall'istituzione del Pretore urbano e peregrino, e degli edili curuli: vi si aggiunsero colla conquista dell'Italia i prefetti *iuri dicundo*. Nelle province rendono giustizia i governatori, che vanno in persona o mandano delegati nei *conventa civium romanorum*. Il magistrato siede *pro tribunali*, originariamente nel comizio, di giorno, esclusa una serie di giorni, cioè i nefasti, i giorni in cui si teneva comizio ecc. Il giudice o l'arbitro è originariamente uno solo: il nome ed il carattere dell'arbitro era dato forse in origine dalla necessità di recarsi sul luogo, *ad e betere*, specialmente in materia di confini, e solo più tardi prese la significazione di un giudizio più largo, più equo, in antitesi al giudizio stretto. In casi eccezionali compaiono i *recuperatores*, imitati probabilmente dal processo tra i Romani e i peregrini. È l'attore che propone il giudice, e il convenuto l'accetta, *sumit*, o lo rigetta, *eierat*, su di che l'attore ne propone uno nuovo, e così si procede, finchè le parti non sieno rimaste d'accordo. Circa i *recuperatores* s'introdusse invece un diverso procedimento: essi sono tratti a sorte dal magistrato e via via ridotti dalla *recusatio* delle parti.

Un altro punto, in cui si annuncia l'invasione dello Stato, è l'introduzione di stabili collegi giudicanti, i *centumviri*, introdotti, a quel che sembra, dopo l'elevazione delle tribù a trentacinque, cioè nel 241 a. C., e i *decemviri litibus iudicandis*. Incerta è la competenza dei *centumviri*, ma sembra, nonostante un oscuro testo di Cicerone, che loro fossero deferite dalla legge Glicia soltanto le controversie in materia di eredità: i *decemviri*, collegio elet-

tivo (la designazione dei centumviri è incerta), giudicano sulla fine della repubblica in controversie di libertà. La rappresentanza non è certo ammessa *in iure* (*nemo alieno nomine lege agere potest*), ma è probabilmente ammessa *in iudicio* sin d'ora la solenne rappresentanza mediante il *cognitor*; nè, ristretta in questi termini, alla rappresentanza può fare ostacolo il fatto che nondimeno la sentenza si pronuncia direttamente contro il rappresentato.

Il procedimento esecutivo della sentenza è poi tutto privato. Nella sentenza sui giudizi reali non si ha la menoma traccia dell'intervento del magistrato, nelle azioni personali dopo trenta giorni dalla sentenza ha luogo il procedimento della *manus iniectio*, che in più casi interviene indipendentemente dalla sentenza. Il creditore mena il debitore dinanzi al magistrato, pronunciando con parole sacramentali la cifra del debito, la causa, il non pagamento: il convenuto non può che pagare o esser liberato da un *vindex*, altrimenti cade senz'altro immediatamente in potere del creditore, e, pare, senza bisogno di alcuna *addictio*. Per 60 giorni il debitore è prigioniero del creditore, e le XII Tavole si limitavano a fissare il cibo, l'obbligo di esporlo a tre mercati successivi, proclamando ad alta voce il debito, affinchè possa venir liberato; dopo i 60 giorni ha luogo la vendita *ultra Tiberim*, ovvero l'uccisione del debitore e la divisione del cadavere tra i vari creditori, disposizione orrenda che ha tuttavia il suo parallelo nelle leggi scandinave.

Il *vindex* intervenuto a torto è soggetto alla pena del doppio. Fuori di giudicato la *manus iniectio* interviene nella *confessio in iure* e analogamente quando il convenuto non si difende *uti oportet*; nel *nexum*, nel legato *per damnationem*, a favore dello *sponsor* in base alla *lex Publilia*, a favore anche del *fidepromissor* in base alla

*lex Furia*, e in altri casi ricordati genericamente da Gaio. Gaio chiama *manus iniectio pura* quella nella quale il debitore, esponendosi alla pena del doppio, ha facoltà di contestare i fatti, cioè di essere il proprio *vindex*. Essa aveva luogo nella ripetizione d'interessi usurarî in forza della *lex Marcia* e nel pagamento superiore al tasso legale dei legati, stabilito dalla *lex Furia*; se non che la legge *Vallia* in seguito ha reso *purae* tutte le *manus iniectioes*, salvo quelle *iudicati* o *depensi*. La *pignoris capio* rappresenta probabilmente una delegazione da parte dello Stato, data la natura de' casi enunciati da Gaio e l'analogia col procedimento pubblico.

\*  
\* \*

3. Le forme delle *legis actiones* parvero nondimeno in progresso di tempo una procedura grave e odiosa. Ma tale procedura doveva cedere di necessità dinanzi all'incremento della potenza e dell'attività dello Stato.

Il nuovo magistrato stabilito per la giurisdizione, il Pretore, prese a esercitare, a quel che sembra, sin dai primordî, un'azione via via più diretta e invadente nella formazione e nell'applicazione del diritto; e a dar fondamento legale all'azione del Pretore sopravvenne la riforma della procedura, iniziata dalla legge *Aebutia* (tra il 149 e il 126 a. C.) e compiuta sotto Augusto da due leggi Giulie.

La procedura introdotta dalla legge *Ebutia* è la così detta procedura formulare, imitata probabilmente dal processo in uso coi peregrini e dal processo romano provinciale. Si distinguono ancora i due stadi, *in iure* e *in iudicio*, ma il magistrato non si limita a udire le pretese delle parti e dar loro un giudice: egli redige un'istruzione scritta, nella quale, esposti succintamente i fatti allegati

(*demonstratio*), il diritto su quei fatti accampato (*intentio*), comanda al giudice, se quei fatti son veri, di condannare il convenuto, altrimenti di assolverlo (*condemnatio*). Sembra che la portata della legge EbuZIA fosse di rendere elettiva alle parti la scelta del procedimento per *legis actio* o per *formulas*, e che le due Giulie abbiano eliminato tale scelta. Si distinguono nella procedura formulare i giudizi *legittimi*, ed erano quelli tenuti a Roma o a un miglio da Roma davanti a un giudice cittadino romano e tra cittadini romani, e i giudizi *quae imperio continentur*, in cui l'uno o l'altro degli elementi suaccennati fa difetto.

Nei giudizi contenuti dall'impero il potere del giudice cessa con quello del magistrato che l'ha costituito, cioè coll'anno, e probabilmente la designazione stessa allude piuttosto a questa limitazione che contiene la validità dei giudizi nell'anno d'impero, che non all'essere basati sull'impero. Quanto al termine *iudicium legitimum*, esso si richiama probabilmente alla *lex Aebutia* che aveva stabilito i requisiti di simile giudizio, come le *legis actiones* si richiamano alle XII Tavole. Benchè quest'opinione del Wlassak sia stata combattuta da un sommo scrittore, il quale ritiene che l'epiteto di *legitimum* alluda in questo concetto alle leggi primigenie, fondamentali della comunità romana, dopo questa grave prova del fuoco l'idea non è divenuta, a nostro avviso, che più verosimile.

Per effetto della *Lex Iulia* anche i giudizi legittimi furono limitati a un anno e mezzo, dopo il qual termine il giudizio è perento.

Magistrati sono tuttavia nel procedimento formulare i Pretori, pei mercati gli Edili curuli, nelle province i governatori ed i loro legati (nelle città principali delle province si tengono assise), e nelle province senatoriali, al posto degli edili in Roma, sono i questori. Sono spariti

i prefetti *iuri dicundo*, e tanto in Italia, quanto nelle province al di sotto de' magistrati principali con una competenza più ristretta sono i magistrati municipali. La giustizia si rende sempre *pro tribunali* in materia contenziosa, ma i giorni non sono più gli stessi, e con Marco Aurelio furono fissati in 230.

Nella nomina del giudice il sistema della *sortitio* e della *recusatio* in uso pei *recuperatores* tende a prendere il luogo della libera scelta delle parti; in difetto di accordo delle parti, il giudice è scelto in un albo o elenco di senatori in origine, di senatori e cavalieri con Gaio Gracco (a. 122), di senatori nuovamente con Silla (a. 81), di senatori cavalieri e tribuni erari, cioè notabili aventi il censo equestre, con Aurelio Cotta (a. 70). Cesare respinse di nuovo i tribuni erari, Augusto ristabilì quattro decurie e Caligola una quinta di censo minore per gli affari di minore importanza. I *recuperatores*, dinanzi ai quali il procedimento sembra si svolgesse con maggior celerità, compaiono nelle cause liberali, nei processi dei pubblicani, nelle azioni di ingiurie, di rapina e danno con violenza, negl'interdetti, nei vadimoni e nell'azione intentata contro il liberto, che ha chiamato senza permesso il patrono in giudizio. Il tribunale dei centumviri, riformati probabilmente dalla legge Giulia, è costituito sotto Traiano di 180 membri in quattro *hastae* o sezioni, e al di sopra dei *centumviri* è il collegio dei *decemviri litibus iudicandis*: presidente dei *centumviri* è il *Praetor hastarius*.

Dura ancora nel procedimento formulare l'*in ius vocatio*, e accanto al diritto di trascinare a forza il convenuto *in ius* s'aggiunge un'*actio in factum* contro chi non obbedisce o non dà un *vindex*, e un'altra, parimenti *in factum*, contro chi libera il convenuto trascinato a forza. Chi si nasconde, chi si sottrae alle ricerche subisce la *missio in possessionem*

e la vendita dei beni, e similmente colui che dopo aver dato un *vindex* non si presenta. La comparizione può essere ancora assicurata da *vadimonium*, stipulazione colla quale il convenuto si obbliga sotto penale *certo die sisti*, la qual penale tuttavia non si può chiedere, se venga abbandonata l'azione principale. Il *vadimonium* è obbligatorio, imposto dal magistrato in caso di rinvio ad altro giorno o ad altro tribunale. Dopo l'*in ius vocatio* s'impetra l'azione dal magistrato (*impetratio* o *postulatio actionis*), la quale deve esser comunicata all'avversario (*editio actionis*). Può aver luogo anche un'*interrogatio in iure* colla richiesta susseguente di un'*actio interrogatoria*, redatta secondo la risposta, il *iusiurandum calumniae*, e in casi determinati il giuramento sulla verità delle pretese accampate con obbligo di prestarlo o riferirlo (*iusiurandum necessarium*). Debbono fornir cauzione il convenuto nelle azioni reali e in alcune azioni personali, e l'attore che agisce *alieno nomine*. In difetto di cauzione, all'attore si rifiuta l'azione, il convenuto nelle azioni reali è spossessato mediante interdetti (*quem fundum, quam hereditatem, quem usumfructum, quam servitutem*) o l'intervento diretto del magistrato in materia di mobili; nelle azioni personali ha luogo la *missio in possessionem*. La contestazione della lite ha il suo momento e la sua espressione nella consegna della formola al convenuto (*edere, dictare* o *copiam describendi facere formulam sive iudicium*), il quale accetta (*accipere* o *excipere* o *suscipere formulam sive iudicium*). Con essa si inizia il processo (onde il termine *lis contestata* equivale a *lis* o *actio inchoata, iudicium coeptum*) sulla base di un vero contratto fra le parti, e da questo carattere, che rispecchia visibilmente il perenne carattere privato del processo e costituisce una vera novazione, nasce la consumazione del rapporto originario, sulla base

del quale si muove la lite. Se fosse richiesta la presenza del magistrato al momento in cui si dichiara o si detta o si mostra nell'albo la formola, è dubbio; ma certo l'atto è solenne e dalla solennità prende nome, più che dall'intervento di testimoni, che forse non aveva luogo nemmeno nel periodo delle *legis actiones*.

La rappresentanza è riconosciuta nel procedimento formulare. Oltre il *cognitor*, costituito presente l'avversario, in termini sacramentali, il quale ora può condurre certamente il processo dal principio alla fine, si può agire anche mediante *procurator* o amministratore dei beni, in origine generale e indipendente dal mandato, in seguito anche parziale e reso via via nell'epoca della giurisprudenza classica (testimoni Gaio, Ulpiano, Paolo) sempre più dipendente dal mandato fino all'imperatore Graziano, che sancì in modo assoluto tale dipendenza. Assistere (*postulare pro alio*) può invece chiunque: gli esclusi, salvo le donne, i ciechi e gli *ignominiosi*, lo possono quando sieno figli, genitori, parenti, affini, liberti, o il tutore e il curatore, cui dal padre o dalla maggior parte *dei tutori* (forse « *dei tribuni* » nel diritto antegiustiniano) o dal giurisdicente sia stata conferita la gestione. Gli schiavi sono necessariamente rappresentati dall'*adsertor*, una delle eccezioni già riconosciute nel procedimento per *legis actiones*. Vi ha differenza tra i vari rappresentanti. Dalla parte del convenuto la *cautio iudicatum solvi*, se rappresentante è il *cognitor*, viene fornita dal rappresentato, mentre ogni altro rappresentante la fornisce personalmente. Dalla parte dell'attore, il *cognitor* non deve cauzione al convenuto, perchè consuma l'azione: gli altri rappresentanti non consumano l'azione e sono quindi tenuti alla *cautio rem ratam dominum habiturum*. L'*actio iudicati* nella cognitura è data contro il rappresentato e a favore del rappresentato, talora

*cognita causa*; salvo il *cognitor in rem suam*. Anche circa gli altri rappresentanti, che avessero poteri altrettanto certi, si decise pure in seguito che l'*actio iudicati* dovesse essere trasferita contro il rappresentato, e dall'altra parte che il rappresentato non avrebbe potuto agire di nuovo senza dolo, quindi anche attivamente doveva essere trasferita al rappresentato; onde cessa la *cautio de rato*. Questo svolgimento comincia nel tutore, si estende con Papiniano al procuratore, il cui principale assiste al processo (*procurator praesentis, apud acta constitutus*), e finalmente con Alessandro Severo a ogni procuratore, i cui poteri sieno certi.

\*  
\* \*

4. Una novità poderosa del procedimento formulare, che reagì sul diritto materiale, è il sistema delle *eccezioni*, in origine *prescrizioni*. Esse rappresentano ugualmente, a nostro avviso, l'incremento di potere del magistrato, non soltanto nel senso che crea nuovo diritto, valendosi delle eccezioni qual mezzo per eliminare le iniquità della legge; ma altresì nel senso che il giudice privato, per quel che concerne il punto di diritto, è ridotto un automa nelle mani del magistrato. Se invero, nel procedimento *per legis actiones* non esistevano le eccezioni, non è a credere per questo, come si fa comunemente, che il giudice non avesse facoltà di tener conto di tutte le repliche del convenuto, fondate sulla legge o sulla consuetudine. Ignota allora era soltanto l'inserzione delle eccezioni in una formula imposta dal magistrato; ignota era la natura speciale di questo mezzo di elisione dei diritti, che la convenienza di far dipendere in più casi l'eliminazione del diritto dalla volontà e dalla coscienza del subbietto ha perpetuato nel sistema giuridico odierno, per quanto sia scomparsa l'esteriore parvenza della eccezione.

\* \* \*

5. Altra particolarità del procedimento formulare, ricolligantesi forse pur essa al carattere privato del procedimento, al non potere il giudice ordinare direttamente l'esecuzione sull'oggetto, è la condanna, che vuol esser necessariamente pecuniaria. La *condemnatio* della formula può prescrivere al giudice una somma determinata (*condemnatio certa*) o indeterminata (*condemnatio incerta*), la quale alla sua volta può lasciare più o meno margine al giudice e venir concepita *in infinitum* o *cum taxatione*, *quanti ea res est, erit, o quantum aequum iudici videbitur*. Nelle azioni arbitrarie la *condemnatio* lascia al giudice facoltà di assolvere, se il convenuto opera una restituzione, il che è uno spiraglio aperto alla soddisfazione dell'attore nell'oggetto stesso della controversia. Secondo i Sabiniani in ogni giudizio era libero al convenuto di evitare la condanna, facendo anticipatamente la restituzione che l'attore pretende (*omnia iudicia absolutoria esse*).

\* \* \*

All'antica *manus iniectio* il procedimento formulare ha sostituito per l'esecuzione l'*actio iudicati*, la quale può aprire un nuovo processo, se il convenuto contrasta la validità del giudicato e trova all'uopo un garante, sottoponendosi alla pena del doppio in caso di perdita. Altrimenti, si ha esecuzione diretta sulla persona (*duci iubere*), che può esser condotta nella prigione privata del vincitore, il quale però, come avveniva del resto nella *manus iniectio* dopo la *lex Poetelia*, non può nè uccidere nè vendere il debitore. Il Pretore ha tuttavia introdotto elettivamente anche un'esecuzione patrimoniale; se non che a questo riguardo si vuol di nuovo por mente che

tale esecuzione non mira, come oggidì verrebbe concepito, a una diretta soddisfazione del creditore sul patrimonio del debitore, bensì a costringere il debitore a soddisfare il suo creditore o all'estremo collocare nel patrimonio un nuovo titolare che lo soddisfi. Perciò l'immissione nei beni del debitore è sempre generale (*missio in bona rei servandae causa*), accordata a chi la domanda, ma pronunciata *in rem*. Si fa luogo a degli avvisi pubblici (*proscriptiones*), affinchè la situazione del debitore sia nota e possano i parenti o gli amici riscattare il suo debito, e si nomina dal Pretore, dietro richiesta del creditore, un *curator bonorum*; allora se il creditore non venga soddisfatto, dopo un termine di trenta giorni, trattandosi di un debitore vivente, o di quindici, trattandosi di un defunto, è ordinata la nomina tra i creditori di un *magister bonorum* incaricato della vendita.

Il *magister* pubblica lo stato patrimoniale (*lex venditionis*), si procede a nuovi affissi e decorso il termine di 10 giorni, trattandosi di un debitore vivente, di 5 se defunto, ha luogo la vendita all'incanto. I beni sono aggiudicati a colui che si offre di retribuire ai creditori la maggior percentuale; i creditori si rivolgono ormai in questa misura della percentuale contro il *bonorum emptor*, il quale è immesso nel patrimonio del debitore, ne esercita i diritti e ne sostiene gli obblighi. Le azioni attive o passive contengono una formola con trasposizione, se trattasi dei beni di un vivente, *actio Rutiliana*, o una finzione di eredità, se trattasi de' beni di un defunto, *actio Serviana*.

La *bonorum venditio*, che reca seco l'infamia, può aver luogo anche nei beni di un reo confesso, di un assente o latitante, del debitore insolvente morto senza eredi, del condannato nel capo. La legge Giulia concesse di evitare

l'infamia, cedendo volontariamente i propri beni, prima che fosse proceduto alla vendita.

Un'esecuzione più simile, ma non del tutto rispondente all'odierna, è la *bonorum distractio*, introdotta dapprima a favore dei senatori per senatoconsulto. Occorre sempre la generale *missio in bona* e si nomina pure un *curator* dei beni, ma la vendita de' beni ha luogo per opera del *curator* direttamente a favore dei creditori, e fino al soddisfacimento dei creditori stessi.

\*  
\* \*

6. Sino dal tempo della procedura formulare si ebbero alcuni mezzi basati direttamente sull'impero del magistrato, i quali appaiono come un'anticipazione della così detta procedura straordinaria, che trionfa nell'ultima epoca. Tali sono le stipulazioni pretorie, l'immissione in possesso per autorità pretoria, e principalmente gl'interdetti e la restituzione in intero.

L'interdetto è un comando del magistrato diretto non a un giudice, bensì alle parti stesse, ma, come la formola, è un comando ipotetico, non assoluto. Era un mezzo amministrativo largamente usato dal Pretore, e se ne distinguono infinite specie: sacri, profani, popolari, privati, temporali, perpetui, trasmissibili e non trasmissibili agli eredi, proibitorî, esibitorî, restitutorî, petitorî e possessorî (e questi alla loro volta *adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis*), infine semplici e doppi, come diconsi quando ciascuna delle parti figura nello stesso tempo quale attrice e convenuta. Ove la parte o le parti, alle quali il comando era diretto, intendessero contestare la verità dei fatti allegati, si faceva luogo negl'interdetti semplici alla *sponsio* e alla *restipulatio* penale, e il giudizio della *sponsio* e della *restipulatio* sui danni ed interessi

è deferito a un giudice. Negli interdetti doppi la cosa è più complicata, perchè si hanno due sponsioni e restipulazioni reciproche, e trattandosi di cose, occorre attribuire al maggior offerente il possesso interinale (*licitatio fructuum*), dopo di che il giudizio sulle singole sponsioni e restipulazioni, sulla *fructuaria licitatio*, e il *iudicium secutorium* o *cascellianum* pei danni e interessi sono rinviati mediante formula al giudice. Eventualmente si può evitare per lo meno il giudizio e la condanna nella *licitatio fructuum*, e allora il *iudicium secutorium* sui danni e interessi non è più il *cascellianum*, ma vien detto *fructuarium*. Ove una delle parti non si presti ad eseguire le solennità dell'interdetto (*cetera ex interdicto*), viene emanato contro di essa un *interdictum secundarium*, di fronte al quale soccombe in qualunque modo in pena della propria riluttanza.

La complicata procedura *per sponsionem* poté in seguito esser modificata mediante la richiesta di una formula arbitraria *in factum concepta*, purchè la domanda seguisse immediatamente alla resa dell'interdetto, se trattasi di interdetto proibitorio. La formula arbitraria dava naturalmente al giudice la facoltà di condannare nei danni e interessi, salvo che il convenuto non eseguisse la restituzione da lui richiesta.

\* \* \*

7. Il carattere privato del procedimento romano, che spicca soprattutto nella divisione del giudizio in due stadi, ma non si rivela in questa parte soltanto, scompare totalmente nell'epoca romano-ellenica. La così detta procedura straordinaria (*extra ordinem*) non è che il procedimento amministrativo sostituito alla giurisdizione. La *cognitio extra ordinem*, nella quale il magistrato non

rinviava la controversia al giudice, ma decideva personalmente, s'introdusse in casi rari ed ambigui a datare dall'impero; in materia di fedecommissi e nomina di tutori, competenze attribuite ai consoli dapprima, appresso a speciali pretori amministrativi coll'assistenza di quattro *iuridici*, ex-pretori con Adriano, ex-consoli con Marco; poi nelle questioni di alimenti, nell'obbligo di dotare, nelle retribuzioni di onorari per servigi liberali. Una vera sostituzione alla procedura antica si ebbe nelle questioni di libertà e ingenuità, deferite anch'esse a uno speciale pretore amministrativo *de liberalibus causis*. Inoltre i nuovi funzionari generali decidono largamente nelle controversie, che concernono la materia della loro amministrazione: prefetti del pretorio, dell'annona, dei vigili, della città, cui erano tra l'altro devoluti i giudizi circa le violenze e i mali trattamenti a schiavi e figli. Di rado invece i Pretori nei giudizi urbani e peregrini si permettevano di giudicare *extra ordinem*. Se non che il nuovo procedimento incontrò un terreno più favorevole nelle province a causa della riunione di funzioni amministrative e giudiziarie nelle stesse persone, e per l'assenza o per lo smarrirsi del genuino spirito romano, che solo faceva intendere la radicale differenza tra magistrato e giudice. L'antica procedura scompare nelle province dopo i Severi alla metà del 3° secolo; è scomparsa in Roma all'epoca della riforma amministrativa di Diocleziano; l'ultimo pretore peregrino è ricordato all'epoca di Caracalla, l'ultimo pretore urbano sotto Costantino, degli edili curuli l'ultima menzione è sotto Alessandro Severo. La costituzione diocleziana dell'anno 294, nella quale si raccomanda ai magistrati di non rinviare senza necessità le controversie ai *iudices pedanei*, ma che il magistrato decida personalmente, non fa che attestare

il rivolgimento operatosi circa questi *iudices pedanei*, cui si solevano rinviare le controversie, i quali non erano più giudici, ma semplici delegati del magistrato. Ormai il giudice e il magistrato è una stessa persona, un funzionario pubblico, prefetto del pretorio, de' vigili, della città, dell'annona, magistrati municipali, e delegati dei magistrati, i *iudices pedanei*. Scompare il *tribunal* e la pubblicità dei processi, scompare ancora la gratuità dei processi coll' uso delle *sportulae*, e la scrittura sostituisce il cerimoniale antico; alla in *ius vocatio* e al *vadimonium* è surrogata la *litis denunciatio* e più tardi il *libellus conventionis*, citazione scritta, in cui si notificano al convenuto le pretese dell'attore; e il convenuto su di questa deve dar cauzione di comparire in tribunale o altrimenti vien posto sotto custodia fino al giorno della comparizione. La sentenza condanna direttamente nell'oggetto della controversia, e per l' esecuzione occorre la *bonorum distractio* o il *pignus in causa iudicati captum*, introdotto appunto nella procedura straordinaria. Finalmente è colla procedura straordinaria che spunta un mezzo regolare di invalidare le sentenze (l'antico ordinamento non conosceva che l'*intercessio* del magistrato collega o del tribuno, la quale, essendo diretta contro il magistrato, non può arrestare che le misure esecutive, e inoltre la *restitutio in integrum*), l'*appello*, che pare appunto procedere dalla facoltà inerente all'autorità superiore di riformare gli atti dei propri delegati. Giova anche notare il mutamento che interviene nei concetti antichi apparentemente serbati: la *litis contestatio* non è più un contratto, non separa più due stadi del giudizio, e per una serie di riforme particolari, che si richiamano agl'imperatori Teodosio II, Zenone e allo stesso Giustiniano, non mantiene più l'antico effetto estintivo.

Nello spirito e nella sostanza il carattere privato, i tratti e i residui della funzione primitiva del processo sono totalmente obliterati nel diritto giustiniano. In nessun campo del diritto più che in questo della procedura i termini antichi o significano cose essenzialmente diverse o vennero in ugual copia eliminati mediante interpolazione dei testi classici.

## CAPITOLO XVIII.

### L'azione.

1. L'azione (*actio*) è il concetto più multiforme e indefinito del diritto romano. Il vocabolo *actio* non vuol dire che atto, e si trova anche adoperato in generale a esprimere l'atto giuridico, sia esso solenne, romano, *civilis actio*, o naturale e semplice, *iuris gentium actio*; laonde l'uso di questo termine nel processo adombra pur sempre il carattere privato del processo romano genuino. Pare anzi (e ciò verrebbe a ricollegarsi con questo pensiero) che *actio* come termine per significare tutto il procedimento o la forma del procedimento dal principio alla fine (*actiones* o *legis actiones*) fosse tecnico e usuale soltanto per l'antichissima procedura: nella procedura *per formulas* il termine d'uso all'uopo è *iudicium*, e *iudicium legitimum* sembra espressione parallela a *legis actio*, per significare il nuovo processo conforme alla legge Ebuza. È anche seria congettura che *iudicium* sia passato a significare precisamente *formula scritta*, in antitesi alle *parole*, in uso per lo innanzi, poichè non si vuol negare che in alcuni esempj questo pare appunto il significato del vocabolo, o per lo meno *formula* può sostituire perfettamente *iudicium* (cf. *in iudicio adiciam*).

Ma nel senso che sopravvive ancora oggidì, l'azione designa il momento dinamico del diritto, il vero momento discretivo della norma giuridica dalle altre norme sociali. Il diritto subbiiettivo, la facoltà di agire nel mondo esteriore, si tramuta colla violazione in una diversa facoltà di agire contro l'autore della violazione, l'esercizio della quale in ordine al diritto si differenzia dalla facoltà di agire corrispondente alle altre norme sociali via via che cresce l'ingerenza dello Stato nelle forme di procedimento. La storia del processo romano rappresenta luminosamente la progressiva differenziazione del concetto specifico di diritto. In questo senso lato ed astratto anche l'eccezione, rientra nel concetto dell'azione, e per vero i Romani stessi convengono che dal momento in cui oppone l'eccezione, il convenuto diventa attore: non vi ha altra differenza se non che l'eccezione pel suo carattere negativo non può iniziare il processo.

La facoltà di agire, inerente in potenza a qualunque diritto, e in certo senso inseparabile dal diritto, vien concepita come un'entità a sè, in quanto il diritto può esser ridotto dalla violazione al suo puro momento dinamico. Ciò pone innanzi alcuni sottili problemi: che specie di diritto è questo? e come avviene che l'azione possa competere a persona diversa dal titolare del diritto materiale, p. e. al rappresentante? Vi ha una tendenza abbastanza diffusa, ma altrettanto oscura e vaga, a far rientrare le azioni nel concetto dell'obbligazione, ad ampliare all'uopo il campo delle obbligazioni; e per vero nella sua essenza e nella sua direzione la stessa così detta *actio in rem* dopo la violazione del diritto offre una singolare analogia con un rapporto obbligatorio, e quanto all'*actio in personam* i termini *actio* ed *obligatio* si confondono perfettamente nei giureconsulti romani. Caratteristica è per

l'altro lato la duplicità di concetto che da' Romani si ripercuote nei moderni, secondo che si considera l'azione come la facoltà inerente al proprio diritto, la facoltà di ottenere per via di giudizio la reintegrazione nel proprio diritto, giusta l'antica definizione di Celso, ovvero come la pura e semplice facoltà di agire separata dal diritto, come pare la voglia intendere Giuliano.

Ma nel diritto romano la questione si complica anche maggiormente e nel modo più singolare, soprattutto, a quel che sembra, per la formazione pretoria di una così larga parte delle norme giuridiche. L'azione non compare quale un carattere generale ed uniforme del diritto subbiettivo e materiale, quale una filiazione, per così dire, del diritto violato, ma si hanno tante singole azioni costituite come entità distinte per diritti semplici o rapporti giuridici complessi; e avere o non avere diritto si esprime infinite volte con dire che si ha o non si ha la facoltà di agire o l'azione. Può mancare il nome del diritto, ma non manca mai il nome dell'azione, anzi ne' diritti di origine pretoria regolarmente l'azione esprime il diritto. Il processo nel diritto romano ha una funzione vitale, che sfugge completamente al pensiero e alla vita moderna: l'azione ha un'esistenza indipendente, e il giuoco delle azioni e delle eccezioni opera in guisa quasi meccanica per le nostre idee. Un diritto pare che possa esistere indipendentemente dall'azione e l'azione pare che possa venire intentata, anche alienato o venuto meno altrimenti il diritto, e in determinate circostanze con successo. Tutto ciò, s'intende, nel diritto romano genuino e classico.



2. L'infinita serie di azioni si raggruppa in certe categorie con denominazioni e caratteri specifici.

La distinzione più popolare anche oggidì è quella tra azioni *personali* e azioni *reali*. Base della distinzione era pei Romani la tendenza verso una determinata persona o la tendenza diretta al riconoscimento ed alla reintegrazione del diritto indipendentemente da una persona obbligata; laonde le azioni *in rem* erano non solamente le così dette *vindicationes* o *petitiones* in generale, ma altresì le azioni pregiudiziali dirette al riconoscimento di un diritto di stato, e le stesse azioni obbligatorie quando potessero essere dirette indifferentemente contro l'una o l'altra persona, come l'*actio metus*. È il consueto pensiero negativo, l'indifferenza della persona, che anche fuori di questa classificazione viene significato dall'espressione *in rem* (cfr. *in rem pacisci*).

Una serie di caratteri speciali (responsabilità indipendente di più autori, *noxae deditio*, assenza di responsabilità negli eredi ecc.) hanno le azioni *penali*, di fronte alle quali le azioni via via crescenti di numero dirette al risarcimento, ma non penali, prendono il nome di *reipersecutoriae*. Via via che lo svolgimento civile fece sentire il carattere di mera indennità di molte azioni penali, queste in parte uscirono dal catalogo delle azioni penali, in parte vennero a costituire nella dottrina de' giureconsulti una categoria ambigua, e si disse che esse *continent etiam rei persecutionem*, sono azioni penali e reipersecutorie insieme o miste. Con questo si vuol ammettere principalmente l'estinzione per *concursum* o l'eliminazione per l'esperimento di altre azioni *reipersecutoriae*; collo stesso motivo talora si esclude anche il cumulo tra più coautori, e finalmente è invocato il motivo stesso a giustificare la trasmissibilità dell'azione all'erede, benchè nel diritto storico le azioni penali, salvo le nuove azioni *quae vindictam continent*, sieno trasmissibili attivamente agli eredi.



Celebre è la partizione delle azioni di *buona fede* e di *stretto diritto*. Veramente pare che nel diritto classico i termini si riferissero piuttosto al giudizio, appunto perchè trattavasi dell'ambito maggiore concesso dal magistrato al giudice nei giudizi di buona fede, e la genuina antitesi non era azione *stricti iuris*, bensì *stricti iudicii*. Tutte le eccezioni fondate sull'equità e sulla buona fede (*exceptio doli, metus, pacti*) non occorre che sieno inserite, trattandosi di giudizi di buona fede, e nelle teorie della mora, della compensazione, nella valutazione della condanna i negozi che danno luogo a simili giudizi ricevono un trattamento più liberale. Nel diritto classico erano di buona fede tutti i giudizi nei contratti materiali, salvo il più antico di essi, il mutuo, e inoltre i giudizi analoghi *negotiorum gestorum, rei uxoriae*; al tempo dei Severi l'*actio communi dividundo* e *familiae erciscundae*, cui Giustiniano aggiunse l'*actio ex stipulatu* per la dote, la quale del resto non è che un sostituto dell'antica *rei uxoriae*. Se non che colla nuova procedura la distinzione non ha più l'antico valore, e Giustiniano intende riferirla piuttosto al rapporto che non al giudizio.

*Actiones in bonum et aequum conceptae* erano quelle nelle quali il giudice aveva facoltà di valutare la condanna *quantum aequum videbitur, quod aequius et melius erit*. Si posson noverare tra esse le azioni di ingiurie, di sepolcro violato, *de effusis et deiectis* per le ferite recate a un uomo libero, l'azione *rei uxoriae* e l'antico giudizio *de moribus*, l'azione edilizia per l'uomo libero ferito da una fiera tenuta ne' pressi della strada, l'azione contro il giudice che fa sua la lite, l'azione funeraria, l'azione *negotiorum gestorum*. Si dicevano azioni *arbitrarie* quelle nelle

quali il giudice è tenuto, in forza della clausola arbitraria, a differire la condanna pecuniaria e apprezzare dapprima *ex aequo et bono* una soddisfazione, mercè la quale egli inviterà il convenuto ad evitare la condanna. Tali erano le azioni reali, e delle personali le azioni *metus, doli, ad exhibendum, Fabiana, Calvisiana, Pauliana*, l'azione nossale d'ingiurie, l'azione *aquae pluviae arcendae*, le azioni concesse in seguito alla *restitutio in integrum* o in seguito agli interdetti al posto dell'antica procedura *per sponsionem*. Le azioni arbitrarie non rappresentano altro se non un passo verso la diretta esecuzione in luogo della condanna pecuniaria, e hanno quindi perduto ogni essenziale importanza nel diritto giustiniano, in cui la condanna è direttamente nella cosa ed eseguibile *manu militari*. Dall'irregolare esemplificazione non sembra nemmeno che Giustiniano intendesse appieno l'essenziale portata di queste azioni nel diritto classico. È detta arbitraria, ma in senso diverso l'*actio de eo quod certo loco*, data in luogo della *condictio* per evitare la *plus petitio*.

\*  
\*  
\*

Concetti per vero abbastanza semplici e intuitivi sono *actio civilis* e *honoraria (praetoria, aedilicia)*, *actio utilis*. Solo è a notare che il termine *actio directa* ha un duplice senso, secondochè rappresenta una opposizione all'*actio utilis* o all'*actio contraria* nei così detti negozi sinalagmatici imperfetti, e che l'*actio utilis* assumeva figura speciale nelle azioni con trasposizione di subbietto dall'*intentio* alla *condemnatio* (quali erano le così dette *actiones adiecticiae qualitatis*, l'*actio Rutiliana* nella *bonorum emptio* pei beni di un vivo, le azioni dei rappresentanti) e nelle azioni *fillizie*, in cui l'estensione utile si operava fingendo

che alcune delle condizioni del rapporto tipico esistessero, mentre facevano difetto.

Controverso è invece il concetto dell'*actio in factum*. Si può dire genericamente che sono *in factum* quelle azioni che non si fondano sopra un rapporto giuridico riconosciuto e qualificato, ma sopra un rapporto nuovo, che non ha propria configurazione e denominazione e quindi si usa designare dai fatti, che ad esso danno origine. Se non che, giusta la dottrina dominante, è la redazione della formula, *in ius* o *in factum concepta*, che dà il nome alle azioni *in ius* o *in factum*, onde l'estensione utile o fittizia o con trasposizione di subbietti sarebbe azione *in ius*, se l'azione originaria è *in ius*; e viceversa l'azione civile sulla base di un rapporto nuovo, che non abbia propria configurazione e denominazione, sarebbe concepita *in factum*.

Altri ritiene invece che base della divisione fosse senza altro il riconoscimento civile o pretorio. Il magistrato concede la formula *in ius*, quando si accampa un diritto, una pretesa riconosciuta dalle leggi, ma per le pretese e i rapporti nuovi concede la formula dietro un'audizione di fatti e concepita sulla base de' fatti stessi; soltanto via via pei casi più frequenti risparmia l'audizione, proponendo nell'Editto la formula, che è sempre *in factum*, anco se richiamata all'azione civile con espedienti di finzioni o trasposizioni. Certo è che per lo meno il termine *actio in factum civilis* nelle nostre fonti sembra il risultato poco felice di una interpolazione giustiniana per appianare le controversie esistenti circa i così detti contratti innominati tra l'*actio in factum* e l'*actio civilis* con formula incerta.

Nel periodo di formazione del diritto classico si dicevano azioni *vulgares* quelle proposte nell'Editto perpetuo, in antitesi alle azioni che il magistrato serbava pur sempre

facoltà di concedere per la prima volta, presentandosi circostanze nuove. Di qui l'opposizione, in larga misura eliminata nelle fonti giustinianee, tra *actio competiti* e *actio datur*, *permittitur* o *interdictum redditur*.

Si dicono finalmente *actiones populares* quelle accordate a qualunque cittadino per la difesa di interessi pubblici, le quali alla lor volta si distinguono in azioni intentate *proprio nomine* e in azioni popolari *procuratorie*, in cui si agisce strettamente in rappresentanza del popolo.

\*  
\* \*

3. L'argomento più enigmatico nella storia e nell'esegesi per lo stesso diritto giustiniano è la *condictio*. Carattere abbastanza sicuro della *condictio* sembra la facoltà dell'attore di avanzare la pretesa, lasciando fuori la causa, il che vuol dire che nel periodo formulare la causa non doveva essere esposta al magistrato, *in iure*, non inserita nella formula. Era adunque la *condictio* una vera figura processuale, e parrebbe rappresentare un ampliamento della potestà del giudice, dinanzi a cui certamente doveva essere espressa la causa. Ma una prima grave controversia nasce sul punto di stabilire per quali rapporti effettivamente era in uso la *condictio*. Secondo gli uni dal mutuo si sarebbe estesa alle altre obbligazioni reali, alle verbali e alle letterali; secondo altri, il punto di partenza sarebbero state le obbligazioni reali in genere; secondo altri, tutte le obbligazioni in antico riconosciute, e quindi in primo luogo appunto quelle verbali e letterali, poi le obbligazioni reali; secondo altri, ma questa dottrina si fonda sopra un testo certamente interpolato, la *condictio* sarebbe stato un mezzo per dar sanzione dopo le XII Tavole a tutte le obbligazioni che venissero ad esser riconosciute

via via, riducendosi la formula, a volontà dell'attore, alla mera domanda di una cosa certa, grazie alla figura astratta dell'azione. Non è improbabile forse che nella figura genuina e classica il campo esclusivo della *condictio* fosse quello delle obbligazioni reali, cioè il mutuo e le *condictiones* estracontrattuali. Quanto all'oggetto pare che già nel diritto classico sia avvenuto un graduale svolgimento e quindi un ampliamento per questo lato del concetto della *condictio*; nel suo tipo primitivo la *condictio* si restringe alla *certa pecunia* o alla *certa res*, l'ambito dell'antica *legis actio per conductionem*, e su questo terreno si mantiene ancora il giureconsulto Giuliano; nel posteriore allargamento la *condictio* è rivolta a un *dare* in generale, e finalmente anche a un *dare facere*; sono escluse pertanto da questa formulazione dell'oggetto della *condictio* le azioni di buona fede, arbitrarie, in fatto, *ex delicto*. Sembra anche che nella tarda giurisprudenza classica o nella giurisprudenza postclassica le *condictiones* fossero distinte secondo l'oggetto in due categorie, che per alcuni erano la *condictio certi* per la *certa pecunia*, la *condictio triticaria* per ogni altro oggetto, cioè la *certa res*, il possesso, una cauzione o al contrario la liberazione da un obbligo assunto; per altri la *condictio certi* per la *certa pecunia* o la *certa res*, la *condictio incerti* per ogni altro oggetto. Da ultimo nelle *condictiones* estracontrattuali si tendeva a distinguere, senza riuscirvi molto felicemente, le varie specie sulla base della causa, cioè del *datum*: Tutto è stato turbato dalle alterazioni e dall'ampliamento che la *condictio* ha subito nel diritto giustiniano. Giustiniano distinse tre specie di *condictiones*: *certi*, *triticaria*, *incerti*, ma l'ambito di ciascuna per l'inserzione di testi antitetici non è definito, e le tre specie di *condictiones* concorrono in parte circa le stesse cose;

ampliò inoltre la classificazione delle *condictiones* sulla base del *datum* e della *causa*, senza riescire gran fatto a perfezionarla, ma soprattutto egli estese la *condictio* fuori della base del *datum*, accordandola probabilmente per primo a chi abbia *stipulato* una cosa certa, e sicuramente riconoscendo per primo la *condictio* per qualunque pretesa rivolta a un oggetto determinato, quando non esista all'uopo un'azione tipica e nominata (*condictio ex lege*), o anche quando, correndo il rischio della *plus petitio*. L'attore preferisce intentare la *condictio* in luogo delle azioni specifiche e nominate (*condictio generalis*).



4. L'azione staccata dal diritto ha una vita indipendente dal diritto stesso, il che dà luogo alla teoria particolare dell'estinzione delle azioni, ampliata via via nel progressivo svolgimento del diritto romano. La morte del subbietto non estingue di regola le azioni più di quello che estingua i diritti materiali: l'erede subentra in tutto, anzi il senso e la caratteristica della *successio in ius* è appunto il succedere nelle azioni attive e passive. Tuttavia non si possono dirigere contro l'erede le azioni penali e le miste se non nella misura del risarcimento, non passano all'erede le azioni d'ingiuria, le così dette *actiones vindictam spirantes*, e non passano neppure nel diritto classico alcune azioni singolarmente costituite, delle quali è oscuro il carattere e l'origine, come l'*actio rei uxoriae*.

La vera caratteristica estinzione dell'azione è la *consumazione processuale*, la quale si richiama nelle origini all'antichissimo principio « *bis de eadem re agi non potest* ». La base formale di questo principio originario era probabilmente la novazione generata dal contratto giudiziale

al momento della *litis contestatio*; di qui l'importanza di stabilire le persone che deducono in giudizio l'azione (oltre il titolare del diritto materiale), cioè contestano la lite, consumano l'azione stessa. Il principio stesso tuttavia nella sua formale portata pare non impedisse in antico un nuovo processo da parte del convenuto vinto, mentre d'altra parte sembra impedisse al vincitore d'intentare un nuovo processo, tornata la cosa per avventura nelle mani del convenuto. La giurisprudenza peraltro abbandonò quel terreno meramente processuale e giunse ad attribuire alla consumazione un'importanza intrinseca e giuridica, riconoscendo nella cosa giudicata, oltre la funzione negativa, anche, come usa dire, una funzione positiva, per cui la stessa questione non si può riprodurre tra le stesse persone nemmeno dalla parte del convenuto, e viceversa tra le stesse persone l'effetto positivo (*at si secundum me iudicatum non est*) elide mediante replica gli scontri nascenti dal puro effetto negativo della consumazione. La *litis contestatio* o il giudizio nella procedura formulare consumavano l'azione *ipso iure* nei giudizi legittimi, data l'azione personale *in ius concepta*; altrimenti occorre l'*exceptio rei iudicatae* o *in iudicium deductae*. Se queste siano due eccezioni distinte o una sola eccezione si discute; v'ha chi ritiene che l'*exceptio rei in iudicium deductae* nascente dalla mera *litis contestatio* consumi bensì l'azione dedotta in giudizio, ma non vieti di ripresentare lo stesso rapporto con altra azione: il che è assai poco probabile. L'effetto consuntivo della *litis contestatio* per una serie di riforme parziali si può dire abolito nel diritto giustiniano. Ne rimane tuttavia un importante residuo nell'istituto dell'estinzione per *concursum actionum*, limitato anche, forse dallo stesso Giustiniano, alla reale misura del concorso.

Un istituto proprio dell'epoca romano-ellenica, che si richiama alla generale costituzione di Teodosio II dell'anno 424, è la *prescrizione delle azioni*. Essa aveva tuttavia un addentellato nelle temporali azioni pretorie e più ancora nell'*exceptio* o *praescriptio longi temporis*, applicata dal Pretore o dagli imperatori alle azioni reali. Come nelle azioni pretorie, il tempo è computato utilmente, *ratione initii*, non *ratione cursus*, vale a dire è continuo dal momento, in cui il titolare del diritto abbia facoltà di agire in giudizio, in cui l'azione è nata.

\*  
\* \*

5. Se la teoria generale delle azioni serba ancora il suo fondamentale interesse nel diritto giustiniano, come nel diritto moderno, si è smarrito invece quasi completamente il senso dell'individualità delle singole azioni, e con esso quel giuoco processuale, che si rivela nel rendere l'azione un concetto indipendente dal diritto. Se nel diritto classico occorreva dopo l'*in ius vocatio* impetrare dal magistrato una concreta e determinata azione, nel diritto nuovo è pure necessaria l'autorizzazione del magistrato già per la stessa citazione, che implica in pari tempo la domanda dell'azione, ma l'individualità del titolo dell'azione non importa, purchè debitamente impetrata. Le controversie circa il punto se l'estinzione dell'azione arrechi pure l'estinzione del diritto, non sono che un risultato dell'antitesi tra la giurisprudenza classica e il pensiero giustiniano. Lo spirito della nuova legislazione non tollera il sopravvivere del diritto all'azione o dell'azione al diritto: il che era perfettamente compatibile nello spirito della giurisprudenza classica. Nelle antinomie palesi o intime ge-

nerate dalle opposte tendenze, per la particolare formazione del diritto giustiniano, la storia può servir di lume all'interpretazione; e se per gli istituti che hanno origine classica convien riconoscere l'anormale figura inorganica, non giova trasportare il pensiero classico ad istituti propri nella loro essenza della nuova epoca, come la prescrizione estintiva.

---



# INDICE

---

## INTRODUZIONE STORICA

1. Divisione e limiti della storia del diritto romano. 2. L'Italia antica. 3. La società primitiva. 4. Roma, la sua fondazione, la sua costituzione. 5. La *civitas* e il diritto. 6. Genti, famiglie. Basi del diritto pubblico e del diritto privato. 7. La repubblica. 8. La plebe, i comizi centuriati. 9. Il tribunato. 10. Le XII Tavole. 11. L'evoluzione costituzionale. 12. Il principio elettorale, il popolo e il senato. 13. La lega latina e la lega italiana. 14. Svolgimento del diritto privato. Il Pretore. La giurisprudenza. 15. Crisi dello Stato e fine della repubblica. 16. La nuova costituzione. Ordinamenti di Cesare e di Augusto. 17. Le fonti legislative imperiali. La giurisprudenza classica. 18. L'Italia e il mondo sotto i Cesari. 19. Crisi dell'impero e della civiltà italice. La costituzione assoluta. 20. Gli organi e gli elementi dell'evoluzione romano-ellenica. Le compilazioni. 21. La compilazione giustiniana . . . Pag. 1

## IL DIRITTO ROMANO

### CAPITOLO I. — FUNZIONE ATTUALE DEL DIRITTO ROMANO

1. La nuova storia del diritto romano. Le due correnti. Glossatori, commentatori, la scuola culta, il nuovo rinascimento e la scuola storica. 2. Carattere attuale dello studio del diritto romano. Valore tecnico-giuridico. 3. Valore storico-sociologico. Il metodo critico-naturalistico nelle discipline giuridiche . . . . . Pag. 101

### CAPITOLO II. — CONCETTI FONDAMENTALI

1. Il *ius*. Unità finale e antitesi delle varie norme sociali. 2. L'*aequitas*. 3. Il *ius naturale* e il *ius gentium*. 4. Diritto pubblico e privato. 5. *Ius commune* e *ius singulare*. 6. Le fonti del diritto. La consuetudine. 7. L'interpretazione. Giurisprudenza antica e moderna. 8. Il diritto privato. Basi storiche della capacità subbiettiva. . . . . Pag. 118

## CAPITOLO III. — LA FAMIGLIA ROMANA

1. Carattere genuino della famiglia romana. 2. Organizzazione antica. 3. I poteri del *paterfamilias* sui dipendenti (*filiifamilias* e *servi*) e i rapporti esteriori della famiglia. 4. Periodo dell'espansione mondiale. a) La famiglia ne' rapporti interni. 5. b) La famiglia ne' rapporti esteriori. 6. Diaggregazione della famiglia romana nell'epoca romea. 7. La schiavitù nell'epoca romea . . . . . Pag. 151

## CAPITOLO IV. — LA SOCIETÀ DOMESTICA

1. Carattere ed evoluzione della società domestica (la famiglia nel senso moderno). 2. Linee fondamentali della famiglia odierna. Il matrimonio antico e romano e il matrimonio cristiano-canonico e moderno. 3. Le *iustae nuptiae*. 4. Gli sponsali. 5. Il concubinato. 6. Genitori e figli. 7. Il divorzio. Alterazioni storiche negli elementi essenziali della famiglia. 8. La dote. 9. La donazione *propter nuptias*. . . . . Pag. 184

## CAPITOLO V. — TUTELA E CURA

1. Relazione dommatica e antitesi storica tra i due istituti. 2. Carattere genuino della tutela. Tutela muliebre. 3. Tutela degli impuberi. Evoluzione storica dell'istituto. 4. La cura. Esaurimento completo della tutela romana. . . . . Pag. 214

## CAPITOLO VI. — IL PATRIMONIO

1. Natura ed elementi del patrimonio. 2. Capacità patrimoniale. Le corporazioni e le fondazioni. Antitesi storica dei due istituti. 3. La successione, il fatto giuridico, il negozio giuridico. 4. Distinzioni romane e dottrinali. La compravendita. La donazione. 5. Patti e condizioni, termine e *modus*. 6. Invalidità dei negozi giuridici. Vizi del volere, volontà apparente, volontà non intenzionale. . . . . Pag. 228

## CAPITOLO VII. — LA PROPRIETÀ

1. Il tema della proprietà romana. Designazioni romane. 2. Antitesi dommatica e storica di beni e di proprietà. Le *res mancipi* e *nec mancipi*. Induzione circa la proprietà primitiva. 3. Struttura genuina della proprietà romana. 4. *Involuzione* storica degli elementi genuini di struttura. Definizione della

proprietà romano-giustinianea. 5. Modi di acquisto originario della proprietà. 6. Commercibilità dei beni e modi derivativi di acquisto. 7. L'usucapione. 8. La *rei vindicatio* e le azioni inerenti al dominio. 9. Il regime delle *possesiones* e la difesa onoraria. L'*actio Publiciana*. 10. Il condominio. Pag. 251

### CAPITOLO VIII. — I DIRITTI REALI

1. Tendenza progressiva nella evoluzione dei *iura in re aliena*. Induzione circa lo stato primitivo. 2. Il potere tipico e la *domus romana*. 3. Le servitù. Critica teonica circa il regime generale delle servitù. 4. Le servitù prediali. 5. L'usufrutto. 6. Il quasi-usufrutto. 7. Uso, abitazione, opere. 8. I modi di costituzione delle servitù. Tendenza dell'evoluzione. 9. Il possesso di buona fede, la superficie, l'enfiteusi. 10. Conclusione. . . . . Pag. 294

### CAPITOLO IX. — IL POSSESSO

1. Crisi odierna nella dottrina. Savigny e Ihering. 2. Il regime generale della *possessio* nel sistema fondiario classico e origine della tutela possessoria. 3. Nozione ed elementi della *possessio*. 4. Evoluzione incompleta della *possessio* nell'*ager vectigalis* e nella *superficies*. *Involuzione* della *possessio* nel precario, nel pegno, nel sequestro. 5. *Possessio iusta, possessio civilis*. 6. Acquisto e perdita. Natura di fatto del possesso. 7. Gli'interdetti possessori. 8. Protezione interdittale delle servitù e riassunzione giustinianea sotto il concetto della *possessio iuris* o *quasi possessio*. Motivi giuridici della generalizzazione del concetto di possesso. . . . . Pag. 319

### CAPITOLO X. — L'OBBLIGAZIONE

1. Natura primitiva e caratteri genetici. 2. *Involuzione* dei caratteri genetici e assimilazione progressiva delle obbligazioni e dei rapporti reali. Commercibilità delle obbligazioni (*cessio actionum*) e generalizzazione del contratto fuor dell'obbligazione. 3. La distinzione odierna dei diritti reali e personali. 4. Specie e fonti delle obbligazioni. 5. Antitesi tra l'antico diritto e il diritto storico circa l'estinzione delle obbligazioni: scioglimento del vincolo (*nezi liberatio, acceptilatio* letterale e verbale) e pagamento. 6. Estinzione per impossibilità della prestazione. L'antica e la nuova struttura del concorso di cause lucrative e della novazione. 7. L'*exceptio* e le cause di estinzione *ope exceptionis*. 8. La compensazione. . . . . Pag. 389

## CAPITOLO XI. — I CONTRATTI

1. Significato genuino del *contractus*. 2. Le forme verbali antiche e le forme verbali classiche. La *stipulatio*. 3. Il contratto letterale classico e giustiniano. 4. Svolgimento dei contratti non formali: critica della classificazione tradizionale. 5. Il mutuo, il comodato, il deposito, il pegno. 6. La *fiducia*. 7. La compravendita. 8. La locazione, la società, il mandato. 9. I contratti innominati. I patti muniti di azione. 10. Transizione al concetto odierno di contratto. 11. I requisiti del contratto. 12. La rappresentanza e i contratti a favore di terzi. . . . . Pag. 369

## CAPITOLO XII. — LE OBBLIGAZIONI ESTRACONTRATTUALI

1. Il delitto e la sua precedenza storica sul contratto. Induzione. 2. Crisi del delitto privato. L'azione penale e il suo progressivo esaurimento. Azioni *rei persecutorias* e miste. 3. Il furto e la rapina. 4. L'ingiuria. 5. Il danno e la *Lex Aquilia*. 6. Figure penali alterate dalla funzione patrimoniale. 7. *Variae causarum figurae* e loro natura. Le *condictiones* per ingiustificato arricchimento. 8. La *negotiorum gestio* e la *communio incidens*. Le obbligazioni *ex lege*. 9. Obbligazione per i danni resa accessoria dal contratto: organizzazione e generalizzazione della teoria. Totale esaurimento della obbligazione *ex delicto*. Pag. 400

## CAPITOLO XIII. — GARENTIA DELLE OBBLIGAZIONI

1. Carattere primitivo della garentia. Le forme antiche di garentia personale e la fideiussione. 2. Il mandato qualificato, il costituito e le garentie derivanti dallo stesso debitore. 3. La *fiducia* in funzione di garentia. 4. Il pegno e l'ipoteca. . . . . Pag. 422

## CAPITOLO XIV. — L'EREDITÀ

1. L'eredità romana. Sua caratteristica rispetto alle altre successioni universali romane ed equivoci odierni circa la *successio in (universum) ius*. 2. Concetto dommatico dell'eredità romana e analisi dei suoi principi fondamentali o generali. 3. Origine dell'eredità romana dal trapasso di sovranità. Si argomenta dalle parallele successioni universali e dai principi *fondamentali* o *generali* di struttura. 4. Si argomenta dalle condizioni di capacità dell'ereditando, dalla successione dell'erede e dall'oggetto della successione eredi-

taria (diritti estrapatrimoniali, *sacra*, sepolcri etc.). Analisi della *successio in ius*. 5. Si argomenta dalla preminenza del testamento e dal carattere politico della famiglia antica. 6. Nuovi argomenti desunti dalle pretese obbiesioni. 7. Si argomenta dall'*involutione* storica dei principi di struttura e di capacità nel progresso del diritto romano stesso e dal totale esaurimento loro nel diritto bizantino e nel diritto intermedio dei popoli occidentali. 8. Incompleto esaurimento della *successio in ius*. Storia dei rimedi. Giudizio critico e conclusione . . . . . Pag. 498

#### CAPITOLO XV. — IL TESTAMENTO E L'EREDITÀ LEGITTIMA

1. Preminenza del testamento. Errori dominanti e alterazione odierna nel senso delle parole *erede*, *ereditario* ecc. 2. Le forme testamentarie. 3. Le sostituzioni. 4. Svolgimento della successione intestata. 5. Ripercussione del disgregarsi della famiglia romana sul diritto successorio. Applicazione dell'eredità ai peculi. Le collazioni. 6. Svolgimento della successione legittima contro il testamento. Esaltazione dell'erede legittimo nel diritto romeo e nel diritto intermedio. Rivolgimento di concetti. . . . . Pag. 462

#### CAPITOLO XVI. — IL LEGATO E IL FEDECOMMESSO

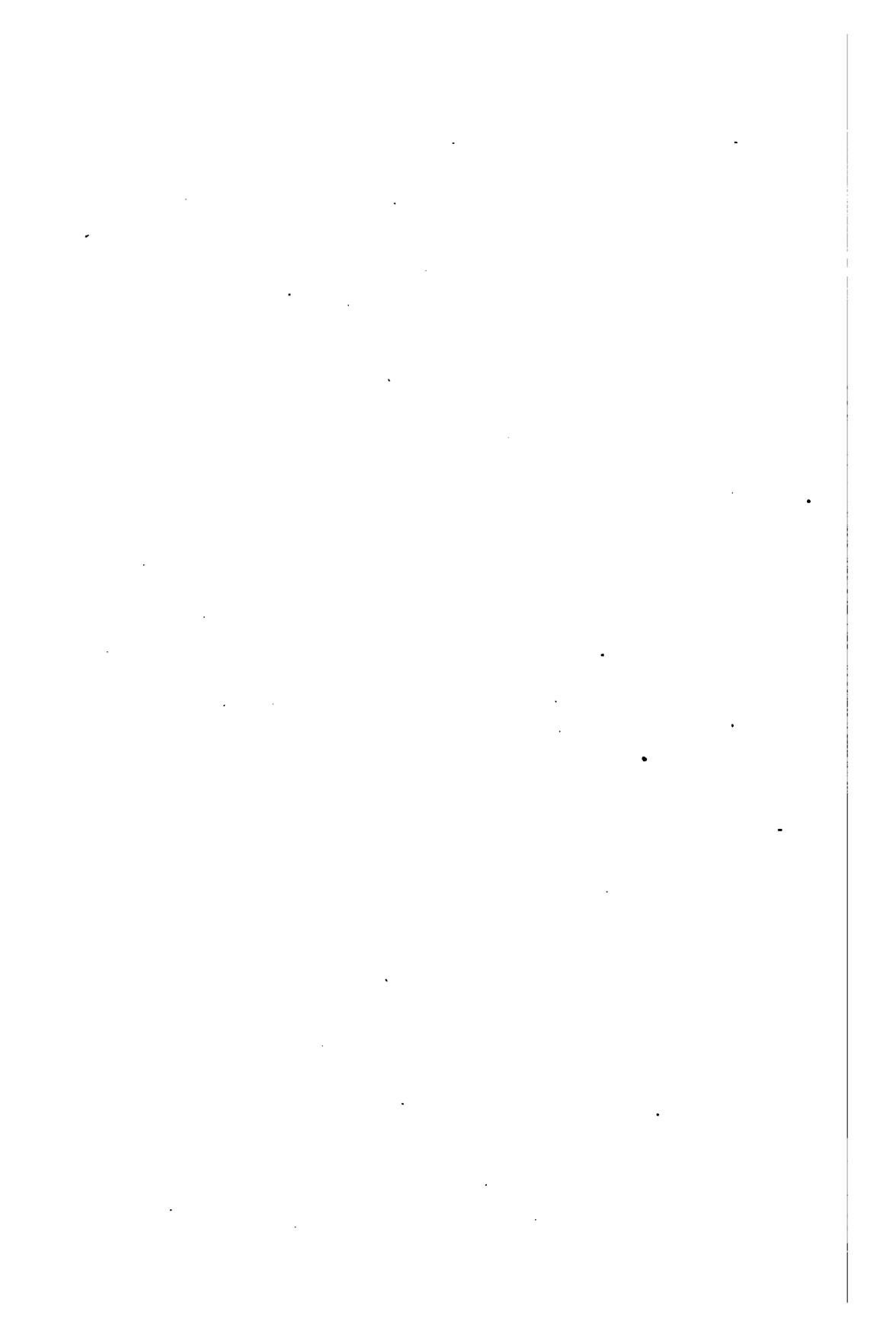
1. Origine genuina del legato. Fallaci idee moderne e distinzione fallace del nostro Codice dal punto di vista romanistico. 2. Il legato e il fedecommesso nel diritto classico e nel diritto giustiniano. 3. Il fedecommesso universale. 4. La quarta Falcidia. 5. Il diritto successorio nella società e nel pensiero moderno. . . . . Pag. 475

#### CAPITOLO XVII. — LA PROCEDURA

1. Evoluzione generale della procedura civile romana. 2. Il procedimento per *legis actiones*. Magistrati e giudici. 3. Il procedimento per *formulas*. Magistrati e giudici. 4. L'eccezione. 5. La condanna e l'esecuzione nel sistema formulare. 6. Mezzi *extra ordinem*. Interdetti e restituzioni in intiero. 7. La nuova procedura (*extra ordinem* o amministrativa). . . . . Pag. 486

#### CAPITOLO XVIII. — L'AZIONE

1. Concetto dell'azione. 2. Le varie categorie di azioni. 3. La *condictio*. 4. Estinzione dell'azione. Consumazione. Prescrizione. 5. Antitesi del diritto classico e del diritto giustiniano circa la natura dell'azione. . . . . Pag. 505



Casa Editrice Libreria " FRATELLI CAMMELLI ,, (R. Conti, Proprietario)

FIRENZE — Piazza della Signoria, N. 5. — FIRENZE

**B**aviera dott. **G**iovanni

## LE DUE SCUOLE DEI GIURECONSULTI ROMANI

Firenze, 1898, in 8. — **Prezzo L. 2, 50.**

La monografia che adesso viene alla luce soddisfa ad un bisogno vivamente sentito dalla scienza e colma una lacuna nella letteratura. Un lavoro simile sulle due famosissime scuole dei Sabiniani e dei Proculiani che ripigliando la questione vessata da secoli la trattasse in modo *sistematico*, riguardandola da tutti i lati, e senza concetti aprioristici al lume d'una critica sana ed obiettiva colla scorta unica delle fonti, mancava fino ad oggi. Nè l'unico e fondamentale lavoro che sull'argomento si aveva del DIRKSEN del 1825 aveva per nulla soddisfatto e non bastava più come un illustre romanista, il BEKKER ebbe a scrivere parecchi anni or sono nella *Zeitschrift des Savigny Stiftung*, vol. VI, pag. 77.

Il lettore in questa monografia troverà da un canto addensate brevemente le innumerevoli e più disparate opinioni che in proposito si sono dette, la critica relativa e genialmente fatta una storia di queste due scuole famose di giureconsulti romani considerate nella loro origine in rapporto all'ambiente in cui si svolsero, alla causa che lo fece sorgere, nettamente mettendo in luce il rapporto che passa tra esse e i giureconsulti che vi appartennero, il legame puramente *accidentale* che intercede fra le due scuole e le controversie di cui fa un esame minuto raccogliendole in ampio quadro, fissandone la loro evoluzione, e la loro funzione ed influenza sullo svolgimento del diritto romano. Che la serietà del lavoro corrisponda all'opportunità grandissima nessuno vorrà metterla in dubbio, e il lettore potrà subito convincersene per poco che ne sfogli le pagine, da dove si scorge subito nel giovane autore una padronanza assoluta della letteratura sull'argomento, una conoscenza non superficiale delle fonti, un criterio sano e retto di giudizio accompagnato di acume critico.

Presentando quindi al pubblico questa monografia abbiamo creduto di far cosa grata ed utile: e speriamo di non esserci ingannati.

Casa Editrice Libreria "FRATELLI CARMELLI", (R. Conti, Proprietario)

FIRENZE — Piazza della Signoria, N. 5. — FIRENZE

## Novissime Pubblicazioni

### TRATTATO DEI TITOLI ALL'ORDINE dell'Avv. **RAMELLA** Prof. **AGOSTINO**

VOL. I.<sup>o</sup> — PARTE GENERALE

Contenuto dei titoli all'ordine — Presupposti e requisiti generali per l'emissione loro — Efficacia e circolazione di essi titoli — Termine della qualità all'ordine — Estinzione del credito derivante dal titolo all'ordine — I titoli all'ordine in diritto internazionale e in diritto finanziario.

*Firenze, 1899. Un vol. in 8 gr. — Prezzo: L. 9.*

Il Vol. 2<sup>o</sup> sarà pubblicato a giorni.

---

## IL CODICE PENALE

ILLUSTRATO

CON LA DOTTRINA E LA GIURISPRUDENZA

DAGLI AVVOCATI

**ENRICO SERAFINI** e **ALFREDO POZZOLINI**

Prof. ord. nella R. Univ. di Modena — Prof. nella R. Univ. di Ferrara

Volume I.<sup>o</sup> — Parte I.<sup>a</sup> — Art. 1-60.

Firenze, 1900, in 8 gr. . . . Prezzo: L. 10.

---

### **MANZINI** Avv. **VINCENZO**

PROFESSORE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

### LE QUESTIONI PREGIUDIZIALI DI DIRITTO CIVILE, COMMERCIALE ED AMMINISTRATIVO NEL PROCESSO PENALE

Firenze, 1899. Un vol. in 8 gr. — *Prezzo L. 8.*

---

**In corso di stampa.**

**DIENA GIULIO** Prof. di Diritto internazionale nella R. Università di Siena. — TRATTATO DI DIRITTO COMMERCIALE INTERNAZIONALE ossia IL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO COMMERCIALE.

27

Vertical line on the left side of the page.







