

Vittorio Scialoja – Biagio Brugi

GLI STUDI DEL DIRITTO ROMANO IN RELAZIONE COL DIRITTO MODERNO

Frequente è il lamento che le nostre Università non forniscano un appropriato corredo di cognizioni al futuro giurista: che talune cattedre siano conservate per pura tradizione; che molto sia da svecchiare nella facoltà di Giurisprudenza. È naturale quindi che, in Congressi giuridici (e non pure fra noi, ma fuori d'Italia), si discuta intorno alla educazione intellettuale di coloro che diverranno uomini di legge. Per chiunque sa quanto fatua sia la distinzione fra teorica e pratica nella cerchia del Diritto, e come indissolubile sia il vincolo fra quella e questa, il problema acquista un'importanza generale nello studio della Giurisprudenza.

Fra le materie che, hanno larga parte nella facoltà giuridica primeggia il diritto romano. Non siamo più ai tempi che tutte le cattedre o quasi tutte erano dedicate, nella Università, al *Corpus iuris civilis* e dalle parti di questo prendevano anche il nome; ma oggi pure gli studi del diritto romano serbano fra noi, per così dire, un posto d'onore. Anzi, sebbene la misura e il numero dei corsi differiscano secondo le Università straniere, non vi è alcuna di queste in cui si ritenga potersi fare a meno di quel classico ammaestramento dello scolare di Giurisprudenza.

La nostra tendenza critica, il vivo desiderio di un libero esame di ogni istituzione, la lodevole brama di migliorare tutto ciò che può esser migliorato, tanto più ci conducono ad esaminare spassionatamente se e come noi dobbiamo conservare questo posto d'onore agli studi del diritto romano in relazione col diritto moderno.

Quando noi diciamo diritto moderno, il pensiero si volge a preferenza al diritto privato (diversa essendo la formazione storica del diritto pubblico); ma non mancano le relazioni del nostro problema col diritto pubblico. Non a torto già il testo romano considerava il diritto privato e pubblico come due *positiones* di uno stesso studio: idea ben confacente e più che mai confacente ai dì nostri. Infatti non di rado le cerchie odierne del diritto privato e del diritto pubblico s'incrociano e si confondono, in specie nel diritto amministrativo; ed è noto come il tecnicismo giuridico del diritto privato si sia, con tanti benefici effetti, già in parte allargato e vada allargandosi al diritto pubblico.

Esaminiamo ora il moderno diritto privato nel suo aspetto di legge, di dottrina, di Giurisprudenza forense.

Quanto all'aspetto di legge, a tutti è noto come l'età contemporanea abbia avuto una gran fede nei Codici. La risorta Italia non poteva sottrarsi all'impero di questa fede: ravvisò anzi come precipuo vincolo legislativo e politico ad un tempo fra tutti gl'Italiani il Codice civile. E fu Codice ricco di pregi e degna opera di quanti vi dettero mano; ma non privo, com'è naturale, di difetti e di lacune. Gli anni fecondi di nuove idee e apportatori di nuove condizioni sociali, frutto anch'esse della unità della patria e della conseguita libertà fecero sentire ben presto fra noi pure quei difetti e quelle lacune. La impossibilità di rimutare da cima a fondo il Codice, i limitati poteri dell'odierno magistrato, l'urgenza del bisogno e di pronto soddisfacimento fecero ricorrere, anche tra noi, al rimedio delle leggi speciali.

Esse hanno carattere sì multiforme, derivano da bisogni così diversi che è difficile, per non dire impossibile, di chiuderle nelle tradizionali categorie di leggi civili, amministrative, sociali etc. Certo si è che tutte, più o meno, stendono i loro tentacoli nell'antica cerchia del diritto privato; modificano alcuni istituti di questo; completano il Codice; differenziano alcune sue *figurae iuris* per ridare un po' della varietà concreta e reale alle astratte eguaglianze formali: giungono persino talora a porsi in contraddizione col Codice.

Nel suo aspetto teorico il nostro diritto privato nasce con un'interpretazione del Codice articolo per articolo: i grandi commentatori francesi dovevano naturalmente servirci dapprima di modello. La trattazione dogmatica dei romanisti tedeschi, così utile in certi punti e per non pochi istituti anche a noi, rimase in sulle prime patrimonio di pochi. I quali sembravano ai pratici troppo teorici e

lontani dalle necessità forensi. Ma si affacciò ben presto fra i nostri civilisti il desiderio di trattazioni sistematiche e i pratici stessi si avvidero ben presto di quella superiorità anche dall'aspetto forense, sul commento articolo per articolo. A questa costruzione teorica e pratica insieme delle dottrine del diritto privato, che deve sorgere sino alla costruzione di un completo sistema del nostro diritto, anelano i giuristi italiani. Ed è costruzione che abbraccia il diritto civile e il commerciale mosso da un nuovo spirito scientifico e più che mai bisognoso delle dottrine di quello; è costruzione su cui volgono l'occhio, come dissi, gli stessi cultori del diritto pubblico. Tutti sanno come questa luce di dottrina civilistica abbia ravvivato la procedura civile.

Nel suo aspetto giurisprudenziale o forense il diritto moderno si presenta non pure come un'interpretazione in stretto senso della legge, ma come una continua integrazione di questa, così da costituire accanto all'*ius* scritto nella legge un *ius receptum*, a cui talora conviene anche il nome di *ius controversum*. Le leggi speciali non potevano né possono supplire tutte le lacune dei Codici rapidamente invecchiati: vi rimedia in larga parte la Giurisprudenza forense la quale (malgrado le si neghi in teoria il valore di parte del diritto e malgrado il disaccordo sui limiti della interpretazione e sulle facoltà dell'interprete) procede tuttodi, per necessità di cose, alla preparazione di norme teoriche integranti la legge. Il valore degli studi del diritto romano deve essere considerato rimpetto a questi diversi aspetti del diritto moderno. Una completa disamina di quel valore deve pesare sulla bilancia non soltanto ciò che esplicitamente insegnano i testi romani, ma il tesoro, non sempre a prima vista visibile, di abitudini mentali, di tendenze, di convinzioni che essi istillano a goccia a goccia nel futuro giurista. Ed è tesoro fruttifero: non prezioso, non freddo cimelio di arte antica, o ricordo di scuola che nella vita si perde, perché disadatto ai bisogni di questa. Non è esagerato il dire che una buona parte del criterio giuridico, nel più alto e nobile senso di questa espressione, deriva al giurista moderno dagli studi del diritto romano. Nè con ciò vogliam dire che tutto debba prendersi dal *Corpus iuris*: non speri di esser giurista (o attenda egli a preparar nuove leggi, o costruisca dottrine del diritto vigente, o interpreti il Codice) chi non penetra con occhio amoroso in quella realtà sociale, di cui il diritto non può essere che una forma o espressione logica. Anche questo c'insegna il diritto romano. Negli studi romanistici non tutti hanno compreso il grande beneficio di quella moderna ricerca squisita-

mente critica che dev'esser considerata non come fine a se stessa, ma come mezzo per conseguire sicuramente un fine. Essa tormenta, per così dire, i testi; scevera, con sottili accorgimenti, la loro figura originale dalle sovrapposizioni; compara fra loro le fonti più diverse; scopre analogie sorprendenti e antitesi ancor più sorprendenti fra la teoria chiusa in un testo e la pratica che fa sentire la sua voce da un umile papiro. Ma quando il romanista è giunto al termine del suo faticoso lavoro ed esprime la sintesi di esso in un pensiero e lo comunica agli altri, quel pensiero è un ricordo e un ammonimento. Il passato illumina il presente e segna le vie dell'avvenire. Il diritto romano ci appare allora in tutta la sua evidenza, come prodotto da molteplici fattori sociali che esso successivamente rispecchia: alla romantica leggenda di uno svolgimento indigeno si sostituisce la visione di un intrecciarsi e combinarsi continuo d'idee e sentimenti di genti diverse. Come brilla così di nuova luce l'ammonimento che ogni *regula iuris* deve rispecchiare la realtà più che esser tratta, con mero artificio logico, da astratti principii; che essa *regula perdit officium suum* non appena dalla realtà discordi (l. 1 D. *der. j.*, 50, 17)! Sebbene la ricerca storica si estenda oggi oltre e fuori dell'orbe romano e tenti vergini cerchi di Giurisprudenza etnologica, noi per ora niente abbiamo di meglio degli studi del diritto romano, rinsanguati dal rigoroso metodo odierno, per infondere nell'animo del giurista il benefico sentimento del valore formale del diritto e della sua mutabilità e la convinzione che nel sistema giuridico di ciascun popolo possono opportunamente fluire e combinarsi idee e istituti di genti straniere.

Di tale sentimento e di tale convinzione abbisogna il giurista, sia che sorga all'altissimo ufficio di legislatore, sia che costruisca dottrine o schiuda il pensiero latente nella formola di codici e leggi speciali. Il feticismo del diritto positivo, il misoneismo di riforme, rimproverati spesso agli uomini di legge, non derivano dal diritto romano; ma dal fraintenderne il vero spirito. Esso fu un grande organismo logico in continuo movimento; né le nostre convenzionali divisioni storiche hanno distrutto le sue naturali forze di ulteriore svolgimento logico. Quelle stesse disarmonie logiche, quelle disgregazioni di concetti classici, che dapprima sembrano ripugnanti nel diritto giustiniano non sono che nuovi aspetti di istituti in formazione o in trasformazione. Fu detto, e sembrò un paradosso, che se l'Impero romano fosse durato, il diritto romano sarebbe oggi quello che è il nostro diritto civile. Ma è certo che in moltissimi casi le così dette denaturazioni del puro diritto romano attra-

verso il diritto romano volgare dell'età di mezzo e nelle scuole dei civilisti e degli stessi canonisti, artefici gli uni e gli altri del diritto comune, non sono che un nuovo atteggiamento o svolgimento che dir si voglia di concetti giuridici dell'età classica o giustiniana. Chi considera, ad esempio, la estensione della tutela possessoria nel diritto giustiniano trova perfettamente logico che si sia ancora allargata nel diritto comune e nel diritto moderno. E se in una riforma del Codice noi riducessimo la misura delle obbligazioni dell'erede a quella dell'attivo dell'eredità, non ci parrebbe forse di continuare logicamente nella via tracciata da Giustiniano, il quale si spinge a dire *vetus gravamen l'antica aditio hereditatis*?

Se da questi sentimenti che trasfonde in noi lo studio del diritto romano e da questa continuità logica fra il diritto romano e il diritto moderno ci volgiamo più specialmente ad esaminare quali vantaggi offra quello studio per il diritto moderno nei tre aspetti sopra distinti, il risultato non è diverso. Cresce anzi, in noi l'ammirazione per il valore tecnico, come già diceva la scuola storica, del diritto romano in relazione col diritto moderno: valore tecnico più che mai prezioso per noi in questo momento storico.

Le nostre leggi sono tuttora in larghissima parte ispirate al diritto romano. È pur vero che le formule del Codice civile chiudono non di rado in poche parole dottrine d'interpreti e teoriche del diritto comune, anziché puri concetti romani. Ma non si può intendere il sistema giuridico che sostanzialmente il Codice rispecchia, senza una completa padronanza della sua massima fonte che è il diritto romano. Vi sono parti di questo non riprodotte in quello, che serbano il germe di futuri svolgimenti logici per quella continuità di pensiero cui sopra accennammo. Si pensi, ad esempio, alla *venia aetatis*, all'acquisto della proprietà di *agri deserti* mediante la loro coltivazione biennale, al concetto della realtà del diritto negli affitti a lungo tempo ecc. Si noti poi che mentre vi fu dapprima una tendenza ad assegnare origine germanica ad ogni modificazione di principii giuridici, romani accolti nel Codice civile, oggi, gli storici del diritto riducono a più stretti limiti quell'origine e ci svelano spesso nuovi filoni d'idee giuridiche romane che partendo dai testi dei dotti hanno assunto nella vita del popolo figura in parte diversa. Così crescono i vincoli fra il Codice civile e il diritto romano.

Con le leggi speciali noi abbiamo voluto provvedere a nuovi bisogni; ma ci siamo forse potuti distaccare da quel tecnicismo di concetti, di categorie, di figure che è il romano e romanistico? Per-

sino la benefica istituzione dell'*arbiter* per quei difficili casi in cui non sia possibile risolvere le liti con un taglio netto, è un'eredità romana! Fu recentemente osservato che gli elementi, di questo ricco tecnicismo romano, che si accumula non sempre elegantemente nella parte generale del sistema romanistico, dovrebbero esser forniti dalla filosofia del diritto o, come altri vuole, dalla dottrina generale del diritto. Ma sono veramente queste discipline già in grado di fornirceli? E che ci darebbero esse se non diritto romano staccato da testi e ridotto in forma generale e teorica, press'a poco come fecero i filosofi della scuola del diritto naturale ?

Sarebbe superfluo trattenerci a lungo sul carattere prettamente romano della nostra dottrina della interpretazione. Qualche cenno ne fa esplicitamente il Codice civile; ma il più ed il meglio è rilasciato alla scienza, ed è scienza del diritto romano, pronta nei testi, persino nelle più sottili questioni: per esempio, nella relazione fra l'interpretazione autentica e la dottrinale. Quella viva persuasione dei giureconsulti romani che ogni legge non può comprendere tutti i casi e deve essere integrata con certi procedimenti logici dell'interprete, è persuasione che guidò nei secoli scorsi i *conditores* del diritto comune e continua in noi più che mai efficace per lo stato del nostro diritto positivo. Il giurista moderno che prepara la soluzione del caso non deciso esplicitamente nella legge, il giudice che vaglia quella soluzione, che l'accoglie o la respinge altra ammettendone, debbono appropriarsi il metodo romano. Ed anche in quelle necessarie ascensioni ai principii generali del diritto, che son quasi il *deus ex machina* del Codice civile, noi diciamo a ragione di cercar principii generali del diritto italiano, ma questi si perdono all'apice quasi sempre in principii romani! Inoltre nell'ascensione ci ha guidato amorosamente il testo romano: esso ci ha fornito il metodo. La forma casistica del testo romano, la implicita efficacia di premesse operose nella mente del giureconsulto romano, ma taciute nel testo, la combinazione dialettica di più principii convergenti alla soluzione del caso, ci abituano a rifare il cammino logico di quelle premesse e di risalire a principii fondamentali. Ecco la grande scuola del giurista moderno! E così abbiamo anche mostrato come la Giurisprudenza forense riceva quotidiano alimento da quegli studi romanistici che non soltanto le forniscono dottrine, ma le danno un metodo. Si aggiunga che quanto più le moderne tendenze critiche dei romanisti avranno efficacia sulla interpretazione del diritto positivo e si ripercoteranno nella Giurisprudenza forense, tanto più questa si libererà da impacciati

formole tradizionali che, gabbellate per romane, non hanno invece alcun fondamento nei testi. Si ricordi come esempio, tra i tanti, quella formola dell'estensione del dominio *usque ad superos et usque ad inferos* che conduce tuttora alle più grandi esagerazioni!

Che dire infine del diritto moderno nel suo aspetto di dottrina? I civilisti hanno già potuto profittare del sistema romanistico percorrendo in brevissimo tempo quel cammino dall'esegesi al sistema, che per gli interpreti del diritto romano fu lavoro di secoli. I giurispubblicisti hanno appena iniziato questo lavoro.

Ma un diritto positivo non raggiunge il suo apice se non diviene sistema; così soltanto può fornire complete dottrine all'interprete e formulare quei principii generali che son come gli assiomi, *sit venia verbo*, da cui esso parte e cui ritorna applicando la legge. E soltanto un completo sistema di dottrine del diritto moderno ci può dare il modo di completare certe lacune del Codice, di troncane le interminabili dispute attorno a tanti articoli di esso, di spiegare talune sue enigmatiche frasi. È bene ripetere che tutto quanto l'odierno sistema del diritto civile non può essere una copia del sistema del diritto romano. Ma è anche fuor di dubbio che resta in quello, e specialmente nelle nostre leggi, il tecnicismo romano, quando pure i suoi elementi si combinino in forma nuova: che le dottrine fondamentali non possono essere costruite senza accogliere o discutere almeno i concetti romani: che il nesso logico fra gl'istituti e la loro intima combinazione in un sistema intrinseco di diritto non si veggono meglio (anche se si vada in traccia soltanto di un modello) che nelle fonti romane. Una dogmatica del diritto civile sarebbe campata in aria senza il fondamento romano: se ne sono accorti gli stessi giuristi tedeschi, illusi in sulle prime dal nuovo Codice, quasi che tutto si potesse trarre da esso! Tanto più noi dobbiamo conservare il sistema del diritto moderno in vivo contatto con gli studi romanistici, quanto più dal recente metodo critico dei romanisti non pure deriva quella completa visione storica dei fattori del diritto romano, cui sopra alludevamo, ma una più sicura e completa dogmatica di questo.