

(9)

7001483209

PROLEGOMENI

SUL

DRETTO ROMANO

SECONDO L' ORDINE DELLE INSTITUTA

DELL' IMPERATORE GIUSTINIANO

PER USO

DEL PRIVATO STUDIO DI GIURISPRUDENZA

DI

GAETANO GARGIULO.



NAPOLI

Pe' Tipi di M. Avallone

1840.



PROFECOMENI

DELLA

ATTIVITÀ E CONDIZIONE DELLA VITA

DELLA VITA UMANA

DEL

DEL PRIVATO STUDIO DI GIURISPRUDENZA

DI

GASTANO CARLUCCI



NAPOLI

Per Typ. di M. de' S. S. S.

1880.



A' NOSTRI DISCEPOLI

Ornatissimi signori

Non ignoriamo la opinione di coloro che vorrebbero allontanare dallo studio della nuova legislazione, quella degli antichi romani. Essi si fondano sul motivo che riducendosi nella prima le disposizioni legislative a regole generali, nella loro lettera e molto più nel loro spirito contengono tutti gli elementi necessari a ben decidere le quistioni quali sorgono su tutte le umane contrattazioni.

Niun dubbio che sarebbe non solo inutile, ma dannoso al progresso della scienza lo studio dell'intera collezione Giustiniana; perchè composta di un immenso numero di leggi particolari che si contraddicono, di decisioni del foro che l'eludono, di usi e di consuetudini grossolane fermate su' capricci dell'ignoranza e della stupidità, nella notte dell'anarchia feudale.

Ma se non è necessario nello stretto senso di questa espressione, non perciò codesto studio dev'essere trasandato; grande essendo la sua utilità, qualora si contenga nel rapporto delle materie trattate nel nostro codice.

E per verità giova per la scienza rimontare alla sorgente; chè dovunque occorrerà attingere le decisioni nella equità naturale, la scienza rō-

mana è quella che fra tutt' i popoli ha saputo meglio di ogni altra dedurne i principî.

Se essa, dicevamo, contiene delle cose inutili, inania et frivola; chè diremo delle regole del diritto positivo sparse ne' titoli de diversis reg. juris antiqui, de rebus dubiis, de juris et facti ignorantia, de conditionibus et demonstrationibus, de verborum significationibus? Chè oppugnerebbesi alle decisioni e dottrine riguardanti il dritto privato civile, quali trovansi sparse in que' titoli del digesto e del codice, che non sono estranei a noi ed al nostro stato sociale, che anzi han rapporto colle materie trattate nella nuova legislazione? E come obbliare le leggi romane sulle obbligazioni, su i contratti? Sentiamolo dallo stesso orator francese Bigot-Prèamneau. » Prevedere il maggior numero delle convenzioni nascenti dallo stato dell' uomo vivente in società; bilanciare tutt' i motivi per decidere tra gl' interessi i più opposti ed i più complicati; dissipare la maggior parte delle nebbie dalle quali spesso l' equità si trova invilupata; raccogliere tutto ciò che la morale e la filosofia hanno di più sacro e di più sublime; questi sono i lavori riuniti in quell' immenso prezioso deposito, che non cesserà di meritare il rispetto degli uomini, che contribuirà alla civiltà del globo intero, e nel quale tutte le nazioni incivilite si feliciteranno di riconoscere la ragione scritta.

Adunque è nostra idea che lo studio della legislazione romana sia non solo utile, ma necessario nelle materie sole corrispondenti alle nostre leggi.

Con questo divisamento, ed a maggiormente facilitarvi, abbiamo scritto per ora il presente opuscolo diviso in due parti: con la prima, vi

rassegniamo la necessità della legge e la storia del diritto ; con la seconda , vi esponiamo i principî tutti della scienza contenuti nel titolo primo e secondo delle instituta di Giustiniano.

Studiate vi preghiamo , e sarà unicamente da ciò compensata l'opera nostra.

PARTE PRIMA

DELLA NECESSITA' DELLA LEGGE, E DELLA STORIA DEL DIRITTO.

§. I. **O**gni uomo tende alla felicità: ogni società non deve proporsi che il medesimo scopo; poichè è per esser felice che l'uomo vi si raduna (1).

E vero che l'uomo fu creato libero e indipendente, ma la ragione e l'esperienza gli han facilmente fatto comprendere, che non poteva esservi nè riposo nè sicurezza nè libertà restando ognuno in balia de' propri capricci, e delle proprie passioni. Il suo peculiare interesse quindi fece conoscere all'uomo che doveva rinunziare all'uso smodato della propria volontà, e che era necessario una parte della società si costituisse dell'altra dipendente. Così, di buona voglia, le famiglie formarono un corpo di stato e stabilirono una reale disuguaglianza, sotto condizioni però che ne moderassero l'eccesso.

La società in tal guisa è un complesso di uomini riuniti dal proprio bisogno, per travagliare di accordo alla loro conservazione, alla comune prosperità. Dessa ha dei legittimi diritti su i suoi mem-

(1) *Fragianni, orig. delle leggi lib. 1 pag. 6 a 7.*

bri per i vantaggi che loro procaccia ; ciascun cittadino fa con lei un tacito patto il quale , abbenchè non redatto in iscritto o chiaramente enunciato , non è meno reale. Per esercitar dei diritti sù i suoi membri , la società loro deve la giustizia , la protezione , le leggi quali mettono in sicurtà la persona , la libertà , i beni loro. Ella dee impegnarsi a guarentirli da ogni ingiustizia o violenza ; a difenderli contro le reciproche passioni ; a metterli in istato di agire senza ostacoli e senza pregiudizio degli altri ; in fine a situare ciascuno sotto la salvaguardia di tutti , e farlo godere in pace delle cose ch'ei possiede e che ha giustamente acquistate colla sua opera , co' suoi talenti , con la sua industria , con le legittime trasmissioni.

Ecco le condizioni sotto le quali ogni società ragionevole si è formata : è però che ciascun cittadino per la sua propria felicità si obbliga di sottomettersi e dipendere da coloro che dessa ha statuiti i depositarî dei suoi diritti , ed interpreti della sua volontà.

D' appresso tai cose , ciascun cittadino acquista dei diritti nella società , la quale per la sua propria essenza è obbligata di esser fedele ai suoi impegni. In vista dei vantaggi siffatti , il cittadino si impegna ad esser giusto , a subordinare i suoi personali interessi a quelli della società , a difenderla con tutte le sue forze , a sacrificarle la porzione dei suoi beni necessaria alla convivenza di tutti ; a non turbare i soci nelle loro possessioni , a mantenerveli con tutto il suo potere ; a cooperare infine , secondo le sue forze , alla prosperità generale da cui la sua dipende (1).

(1) *Finis cujuslibet associationis civilis est summa felicitas, uti ejus fundamentum Sociorum consensus vel expressus vel praesumptus absque dubio est.*

§. 2. La società altronde, comechè composta da un gran numero di uomini le cui svariate volontà, le passioni discordanti, gl'interessi opposti non possono produrre che del tumulto e del disordine, è obbligata di rimettere i suoi diritti ad uno o più cittadini che incarica di parlare in suo nome, governare per lei, esprimere le sue intenzioni, regolare la condotta dei suoi membri e vegliare alla felicità di tutti.

Ma la volontà della società non può manifestarsi che con delle leggi: le leggi sono una regola che essa prescrive ai cittadini ad obbietto della conservazione e del benessere di tutti. La società, e per essa i suoi rappresentanti, ha dunque il diritto di fare le leggi. Queste sono *fondamentali*, quando servono di base e di titolo all' autorità sovrana; essendo reputate come la volontà dei popoli in rapporto alla maniera con cui essi desiderano di essere governati. Le medesime chiamansi *civili*, quando non hanno altro scopo che quello dei bisogni e delle circostanze particolari e che diriggonno e regolano le azioni individuali di ciascun cittadino relativamente al suo stato civile, alle sue convenzioni, ai suoi atti di ultima volontà.

§. 3. La conoscenza che noi abbiamo delle leggi scritte rimonta a tempi molto remoti. Imperocchè se fino ai tempi di Salomone la storia ci fa sapere come la Giudea e molte altre nazioni erano governate dai

Unus quisque enim ex Sociis, jurium, quibus natura praeditus, particulas quasdam in corpus civile transfert, eique cedit, ut in reliquo firmitate jure frui valeat.

Hinc corporum civilium munus civium protegendi tuendique personas et bona; hinc civium officium pro salute publica propugnandi, pro civitatis incolumitate vitam et bona immolandi, suisque voluntatibus obnuendi prono alveo fluit. — Proaemium elementa juris romani. . . .

re , senz'altra guida al proprio volere che gli usi e le costumanze loro tramandate ; ben prestamente i popoli reclamarono una regola sicura e l'ebbero in un corpo di leggi scritte le quali , grette da principio , vennero in processo di tempo , per lo sviluppo de' lumi e della civiltà , sempre più perfezionate (1).

Ma facendoci a discorrere le leggi romane , quale è nostro scopo , ognun sa come antiche sieno state le leggi loro , e presso qual potere la facoltà legislatrice , nelle varie vicissitudini della monarchia della repubblica e dell'impero , si tenne.

(1) Grande probabilità ci porta a credere , che i babilonesi governati da *Nino* , e da *Semiramide* , fossero i primi che ridussero a sistema ed in iscritto le loro leggi , perchè un diligentissimo autore (*Syncello pag. 102. e Giulio Africano presso Syncello pag. 90*) ci prova , come i babilonesi furono i primi che introdussero l'uso di stipulare gli atti in iscritto. Ciò accadde circa l'anno 1750 , epoca in cui gli assirj (il cui impero fondò *Membrod*) vinsero i babilonesi sotto *Nino*. (*Diodoro di Sicilia lib. 2 in princ.*) — Dopo i babilonesi bisogna rivolgersi agli egiziani , da' quali per catena non interrotta , le più pulite nazioni hanno ricevuto i primi principj delle leggi , delle arti e delle scienze , poichè gli egiziani istruirono i greci , e questi fecero lo stesso co' romani.

Dopo gli egiziani , passando alla Grecia , s'incontrano i tempi sconosciuti di Atene sotto il governo di *Ogige* , la cui epoca può fissarsi circa l'anno 1830 avanti l'era cristiana. Di questo re non si ha notizia di leggi scritte. (*Eusebio sull'autorità di Giulio Africano praep. evang. l. 10. cap. 10. p. 490*). Ma sorgendo il regno d' *Argo* , ch' era il principale della Grecia , e che stabilissi precisamente nel Peloponneso circa 1722 anni avanti G. C. , (come prova *il Bannier expl. des fables tom. 6. pag. 39*) ; *Foroneo* figlio d' *Inaco* cercò di perfezionarlo , fissando non solo in ciascuna colonia i tribunali per amministrare la giustizia , ma promulgando un codice di leggi scritte e delle quali fu tanto celebrata la saviezza , che l'antico poeta *Acusilao* , quindi il

Romolo fondandone la monarchia con i suoi compagni, non fu mica il padrone di fare delle leggi costitutive. Quando il senato volle rendersi dispotico, cercò di far dimenticare fin quelle che regolavano gl'interessi particolari. I magistrati sempre eletti dal suo corpo, decidevano senza regola. Il popolo domandò delle leggi fisse, per mezzo del suo tribuno Terenzio Arsa. Il senato resistè pel pe-

poeta *Foronide*, e finalmente *Platone* lo chiamarono il padre degli uomini — (*Ved. il Taziano pag. 274, Eusebio nella cronica lib. 2. pag. 65, Syncello pag. 67. e 125*). Si distinse intanto anche il regno di Creta per le severe leggi pubblicate da *Minosse*, e da *Radamanto*, e *Platone* dedicò il suo dialogo de *lege* a *Minosse*. Alquanto posteriore fu *Ligurgo*, che visse molti anni dopo la presa di Troja, e pubblicò le sue leggi agli spartani 150. anni innanzi le Olimpiadi (*S. Clem. Aless. negli stromati lib. 1. pag. 309*). Fu allora che il sistema di legislazione positiva e scritta si diramò presso tutt' i popoli.

Intanto Atene potè riprodursi dai guasti della inondazione, o diluvio di *Ogige*, giunse la trigesimanona Olimpiade, e *Dracone* pubblicò il codice delle sue leggi, che in gran parte aveva forse compilato da quelle di *Minosse* (*d. S. Clem. pag. 309*). Perciò risentivano di estrema severità, e gli ateniesi se ne lagnarono anche troppo, in guisa che insolentirono apertamente contro le leggi, allorchè il gran legislatore *Solone*, temendo una rivolta irrimediabile, placò gli ateniesi con rifondere nuovamente le leggi e temperarle di molto, le quali pubblicò nella quinquagesima Olimpiade. (*Lo stesso pag. 302*).

Le leggi di Atene per la distinta loro saviezza divennero in poco tempo le leggi della Grecia. Mentre fioriva la Grecia, cominciava l' esistenza di Roma. Il re suo fondatore, ed i suoi successori promulgarono le leggi *regie*, che *Papirio* ridusse in sistema, e si chiamò diritto *Papiriano*. (*Pompon. lib. 21 §. 1. ff. de orig. jur.*). Ma codeste leggi, di cui abbiamo qualche frammento, restarono abolite con l' autorità de' re, e fino ad Augusto non poterono richiamarsi in vigore. (*Tito Livio lib. 34.*)

riodo di sei anni; ma il cambiamento della forma del governo dopo l'ultimo dei Tarquinî, lo forzò infine ad acconsentirvi. Si scelsero quindi i Decemviri che furono incaricati di redigere un corpo di diritto per i romani. S' inviò in tutte le città di Grecia (1) per raccogliere le più sagge istituzioni di Solone di Licurgo, e di altri legislatori, e dopo molta fatica, viaggi e riflessioni furono pubblicate le leggi delle XII. tavole, altramente dette *Decemvirali*, leggi mai sempre celebri, sorgente di ogni diritto pubblico e particolare, *fons omnis publici, privatique juris*, come le chiama Tito Livio.

§. 4. Codeste leggi però, comechè precise e brevi, bisognavan d'interpretazione; non prevedendo tutt' i casi e tutte le circostanze convenne spiegarle, estenderle. I giureconsulti erano incaricati a tale ufficio, ma i loro consulti non avevano forza di legge, i tribunali intanto li seguivano nelle loro decisioni, ed il tempo, adottando in prosieguo le opinioni loro, ritenne siffatti consulti non come leggi scritte, sibbene come consuetudini, o diritto consuetudinario. Intanto tutti volendo interpretare le leggi delle XII. tavole, indussero tal confusione che paralizzava i giudizi e la procedura. L' imperatore Augusto si fu il primo che autorizzò un dato numero di giureconsulti romani a *respondere de jure*, vale a dire ad interpretare le leggi delle XII. tavole: ordinò che i loro consulti avessero forza di legge (2): obbligò i magistrati a sottoporvisi.

I giureconsulti cui l' imperatore accordato avea

(1) *Itaque legati Athenas missi, qui inclytas Solonis leges describerent, et aliarum civitatum graecarum instituta, mores, juraque cognoscerent, Tit. Liv. lib. 3 cap. 31.*
Vedi Vico, Scienza nuova, lib. 1. pag. 179. §. XXXVI.
il qualo sostiene falsa codesta ambasceria.

(2) *L. 2. §. his legibus ff. de orig. jur.*

cotal privilegio, si avevano sulla porta una iscrizione con queste parole: *Licet consulere*; egli è permesso di consultare.

§. 5. Ma tal restrizione imposta dall'imperatore Augusto alla facoltà d'interpretar le leggi delle XII. tavole, non impedì che i libri rinchiudenti il corpo del diritto romano non fossero di già immensi e voluminosissimi. Si arroege a ciò i differenti *editti* dei *pretori*, (1) i quali conformandosi ai cambiamenti dei costumi e dell'opinione cercavano sempre di moderare e di raddolcire la severità e la durezza delle leggi medesime, scritte in un'epoca in cui i costumi dei rapitori delle sabine erano ancora barbari e feroci. Si aggiungano ancora i differenti *senatoconsulti*, di cui parecchi avevano forza di legge, i *decreti* degl'imperatori, i *plebisciti* e le altre leggi che il popolo romano (2) aveva fatte nei comizi curiati, centuriati e tributi, e si scorgerà di leggieri che Tito Livio a buo-

(1) I *pretori* non avevano alcun potere legislativo, ma per bene pubblico esponevano fuora de' loro tribunali alcuni *editti* che sembravano regolare l'applicazione delle leggi alla pratica. Nella confusione ed oscurità delle leggi questi *editti* erano quali benefiche faci per camminar drittamente, e rendevano molto vantaggio. Venne infine *Salvio Giuliano* e pubblicò l'*editto perpetuo*. Fu questa una completa legislazione: furono ivi calcolati i diversi casi non previsti nelle umane contrattazioni, per fino nè delitti, e vi fu apposta la relativa disposizione. Vedi *Bacone de augm. scient. lib. 8. aphoris. 46.*

(2) In Roma voleva far leggi la plebe e si chiamavano *plebisciti*, pretendeva di farle il senato, e si dicevano *senatusconsulti*: vi erano i pretori e facevano gli *editti*: i tribuni della plebe facevano essi stessi le leggi in nome del popolo. I dittatori facevano le leggi, li consoli ugualmente, e fino i censori cominciarono a dar leggi, come dice *Plinio lib. 35 cap. 7.*

ne ragioni dicea che il diritto romano era *immensum aliarum super alias acervatarum legum cumulum*... un cumulo immenso di leggi ammassate le une sulle altre ; e che Eunapio in vita Aedosop asseriva esser le leggi romane *multorum camellorum onus*.... il carico di parecchi cammelli. Qual era il giudice , o il giureconsulto che non doveva confondersi ed impallidire guardando un miscuglio sì enorme di leggi , di plebisciti , di glose , di decreti e di senatoconsulti ? Or questa scienza che nei bei giorni della repubblica innalzato avea alle prime dignità i Manlii , i Servii e i Scevola , non era più allora coltivata che dà soli liberti !

§. 6. Cicerone , al dir di Aulo-Gellio , si era proposto di ridurre in un sol corpo di dottrina le voluminose compilazioni delle leggi.

Il gran Pompeo l' avrebbe eseguito , se , secondo Isidoro , non ne fosse stato distolto da' suoi detrattori. Ma su di ciò nulla ci è trasmesso di positivo.

Cesare ancora concepita avea codesta idea , secondo l' attestato che ci fa Svetonio nella vita di quest' uomo illustre : *ad certum modum redigere , atque ex immensa diffusaque legum copia , optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros constituit* , vale a dire ch' egli erasi determinato di redigere ad una certa forma ed in pochissimi libri scelti tutta l' immensa collezione delle leggi romane ; ma una morte crudele e prematura lo prevenne nel successo di un' opera siffatta. La sorte avea dunque riservato quest' onore all' imperatore Flavio Giustiniano che regnava in Oriente verso il VI secolo dell' era cristiana.

Non è questo il luogo di entrare nei dettagli della vita di un uomo non meno celebre pel suo merito personale , che per i grandi progetti quali furono eseguiti sotto il suo regno. Noi ci limiteremo a

dire in breve gli avvenimenti i più notabili, per dare una idea delle azioni e del carattere di lui ch'è tanto conosciuto nel foro.

§. 7. Giustiniano era di oscura nascita, nato in un piccol villaggio della Dardania, fu adottato da suo zio materno Giustino l'Illirico, il quale elevatosi colla sua bravura e prudenza all'impero, aprì a suo nipote un ascenso facile al trono. Un regno di quarant'anni, celebre per le grandi azioni che lo segnarono, rese Giustiniano superiore ai principi suoi predecessori. Avendo per generali i famosi Belisario e Narsete ei domò i persiani, e ricuperò una parte dei dominî che altra volta appartenevano all'impero romano. Fatta la guerra ai vandali che si erano impadroniti dell'Africa, riuscì a far prigioniere Gelimere loro re, e riconquistò così tutta quella parte della terra. Fatta eziandio la guerra contro Vitige, Totila, e Tejo, ei ricuperò la Sicilia, una grande parte dell'Italia, e vi distrusse l'impero e la dominazione dei Goti che l'avevano posseduto circa due secoli (1). Ecco perchè nella prefazione alle sue instituite ei si diede i titoli di *Gothicus, Vandalicus, Africanus* etc. seguendo l'antico uso dei romani che prendevano il nome delle nazioni che conquistavano. Intanto a torto prese ancora il nome di *Francicus*, assumendo aver vinto gli antichi *franchi* che conquistata avevano la Gallia; poichè l'istoria ci dice che Teodeberto re dei *franchi* si sdegnò di questa audacia dell'imperator Giustiniano, la sua nazione non essendo mai stata vinta da lui (2). E Cujacio e Grozio ci assicurano ch'ei non avea fatto che irritare il re Teodeberto, siccome fatto avea coi lombardi ed i gepi-

(1) Procop. Vandal. et Goth. lib. 2 e 4 cap. 3 et 32.

(2) Agathias lib. 1.

di, senz'aver mai avuto guerra nè cogli uni, nè cogli altri, e pur si qualificava *Longobardicus*, *Gepidicus*, *Felix*, *Pius*, *Inclitus*, *triumphator*, *semper Augustus*, con tutt' i titoli che il fasto e la presunzione inventar possono.

§. 8. Essendosi così immortalato con le armi, i successi legislativi di lui non brillaron meno. Incaricò dieci giureconsulti di sistemare il caos delle leggi allora esistenti. E pubblicò, li VII. Id. Apr. anno 529, un nuovo codice composto delle sue costituzioni e di quelle de' suoi predecessori, che chiamò *Giustiniano*.

Prima di Giustiniano esistevano tre compilazioni celebri sotto il nome di codice *Gregoriano*, *Ermodogeniano* e *Teodosiano*. I due primi, composti da semplici particolari, contenevano le costituzioni degl' imperatori da Andriano sino a Costantino. Scultingh ha rapportato nella sua *Jurisprudentia Antejustiniana* tutti i frammenti che ce ne restano. Il codice Teodosiano conteneva le costituzioni di Teodosio, il giovane, e le lettere o costituzioni degli imperatori cristiani. N' esistono ancora de' frammenti restaurati e comentati da Giacomo Gotofredo.

§. 8. L' anno seguente egli ordinò di riunir per titoli tutt' i responsi dei giureconsulti, vale a dire i consulti ch' essi avevano dati per la interpretazione delle leggi delle XII. tavole, i quali formavano niente meno che un cumulo di due mila volumi (1). Egli incaricò di quest' obbietto diciassette giureconsulti di Costantinopoli, i quali, dopo aver lavorato tre anni, gli presentarono la redazione sotto il nome di *Pandette*, o di *Digesto*. (2) Giustiniano l' appro-

(1) L. 2. §. 1. Cod. de Vet. jur. enucl.

(2) Il termine *Pandette* è di origine greca *tutto contenere*. Difatti racchiudono le controversie e le decisioni tutte

vò, e la fece pubblicare il XVII. delle calende di gennaio dell' anno 533 (1).

Vuolsi però osservare che il Digesto o le Pandette non fu formato di tutt' i responsi dei giureconsulti romani, ma di quei che vissero dall' imperatore Adriano fino a Giustiniano, come Salvio, Giuliano, Papiniano, Ulpiano, Paolo, Marcello, ed altri; ed ancora di pochissimi responsi dei giureconsulti che fiorirono prima di quest' epoca, ossia quando Roma era ancora repubblica, tali che P. Muzio Scevola, Manlio, Bruto, ed altri. Avvegnacchè sotto gl' imperatori la giurisprudenza romana era molto cambiata per i decreti di questi sovrani, i quali governavano lo stato non come repubblica, ma come monarchia; laonde la maggior parte dei responsi degli antichi giureconsulti erano inutili nel secolo di Giustiniano; è perciò che trovansi nel Digesto rare leggi col nome di questi antichi giureconsulti.

Fa d'uopo osservare del pari che tutta la giurisprudenza romana v' è divisa in quattro epoche (2), la qual cosa convien ben distinguere per la piena intelligenza degli autori che hanno scritto sul diritto. Si chiama dapprima *giurisprudenza antica*, quella che fu in vigore dalla pubblicazione delle leggi delle XII tavole, fino al regno dell' imperatore Adriano: *giurisprudenza media*, della mez-

che hanno occupato i giureconsulti romani, le quali perchè raccolte con metodo e classificate sotto titoli diversi, diconsi del pari *Digesto*.

(1) L. 2. Cod. de vet. jur. enuel.

(2) *Obiter moneo, ab Hadriani demum temporibus cepisse iurisprudentiam mediam cujus mentio fit. §. 3. Inst. de legit. agnat. success. Antiqua a legibus XII. tab. Nova a Costantini Magni temporibus. Novissima demum a Iustiniani saeculo arcessenda videtur. Quibus distinctionibus opus est ad juris scriptores intelligendos. Procm. §. 6.*

za età, quella che fu in vigore dall'imperatore Adriano fino all'imperatore Costantino: *giurisprudenza nuova*, quella da Costantino fino all'imperatore Giustiniano: e dicesi per ultimo *giurisprudenza nuovissima*, il diritto introdotto da Giustiniano. Così, trovandosi negl'interpreti del diritto romano, come Cujacio, Vinnio, Merillio, Donello, Eneccio ed altri giureconsulti, le espressioni: *Jure veteri*, pel diritto antico; *Jurisprudencia media*, della mezza età; *Jure novo*, o *jure novissimo*, pel diritto nuovo o nuovissimo, si debbono intendere in conformità della spiega divisata.

Il Digesto è diviso in 50 libri, ciascun libro in titoli, ogni titolo in leggi, e queste soventi in paragrafi numerati. I titoli sono in tutto 432, le leggi 9123.

Ordinariamente, allorchè si citano le Pandette si mette da principio il numero della legge, in seguito quello del paragrafo, quindi il segno indicativo ff. o D., e in fine il titolo. Esempio: *L. Pomponius 40 §. 4 ff. de procuratoribus*. Non si costuma di mettere nè il numero del libro, nè quello del titolo.

§. 10. Pria che le Pandette o Digesto fosse pubblicato l'anno 533, l'imperatore Giustiniano si occupò a mettere un termine alle eterne dissensioni ed alle dispute che regnavano fra le differenti sette degli antichi giureconsulti. La filosofia dei romani, tutte le scienze loro erano venute dalla Grecia. Si sa che i filosofi greci fondarono delle sette, secondo i diversi loro sistemi, come gli Accademici o Platonici, i Peripatetici, gli Epicurei, gli Stoici, le cui contrarie opinioni davan luogo a continue risse. I giureconsulti romani, del tempo soprattutto dell'imperatore Augusto, epoca nella quale le scienze, e le lettere fecero in Roma molto progresso, volendo imitare in tutto i filosofi greci loro maestri, fondaro-

no ancora delle sette. Due fra esse furono molto celebri, vale a dire quella costituita da *Atteo Capitone* e l'altra da *Antistio Labeone* (1), i quali rivalizzavano con egual celebrità per la diversità delle loro opinioni. I discepoli di questi due capi, attenendosi sempre alla setta da cui discendevano, sostenevano con ostinazione i principî dei loro maestri sovente contrari. L'origine della diversità delle idee de' capi delle due sette siffatte derivava dalla differenza delle loro opinioni. Attejo Capitone era partigiano della nuova forma di governo che l'imperatore Ottavio data avea allo stato romano; Antistio Labeone, per contrario, si atteneva in preferenza all'antica forma di governo, ossia alla democrazia. Questa divergenza nell'animo dei due primi giureconsulti di quel secolo, introdusse necessaria una contrarietà ne' consulti e nelle interpretazioni che essi davano alle leggi delle XII tavole. I loro discepoli propagavano e sostenevano, ciascuno seguendo la setta cui apparteneva, le opinioni del suo maestro; ed essendo essi stessi grandi giureconsulti, davano il loro nome alla setta e alla scuola loro. Così ad Attejo Capitone successe Massurio Sabino, ed i discepoli di lui furono chiamati *Sabiniani*: al giureconsulto Sabino successe Cassio, di cui i discepoli furono chiamati (2) *Cassiani*: costoro si attenevano alla stessa setta vale a dire a quella fondata da Capitone.

L'altra setta, come dicevamo, ebbe per capo Antistio Labeone: a questi successe in prima il giureconsulto *Nerva*, e poscia *Proculo*, di cui i discepoli, prendendo il suo nome, furono chiamati *Procejani*: a Proculo successe Pegaso, ed i discepoli

(1) L. 2. §. 7 ff. de orig. jur.

(2) L. 2. §. 4. ff. de orig. juris.

di lui furono chiamati Pegasiani , tutti discendenti dalla setta di Antisteo Labeone (1).

Le varie ed opposte consultazioni di codesti giureconsulti apportarono una grande confusione nei tribunali e nelle liti ; esse avevano forza di legge , secondo la determinazione dell'imperatore Ottavio (2). Ad allontanare siffatte inconvenienze , Giustiniano si decise terminarne le dispute dando forza di legge alle consultazioni di quei soli giureconsulti ch'ei trovò più convenevoli ai costumi ed alla forma del governo del secolo suo. L'anno 530 egli pubblicò a quest'obbietto 50 Decreti, o Decisioni redatte da Triboniano (3) , e fissò le differenti opinioni dei giureconsulti antichi. Da due segni caratteristici riconosconsi le leggi estratte dalle divise 50 Decisioni , ora sparse sotto varî titoli nel Codice di seconda edizione , come or ora diremo , e comentati da Merilli o Struchio. Sono :

1. Tutte le leggi promulgate sotto il consolato di Oreste e Lampade o due anni dopo ;

2. Tutte le leggi che l'imperatore pronunziava sopra un diritto di cui spiegava la controversia.

§. 11. In questo intervallo l'imperatore Giustiniano , avvertendosi che le materie e le dottrine sparse nelle due precedenti compilazioni non si trovavano nè bene ordinate , nè riunite ; e che molte antinomie ed omoiomie vi eran corse , e molte cose inutili ricordate , formò un altro progetto, quello di far comporre gli elementi di tutto il diritto romano, e ridurlo a principî , affin di adattarlo all'intelligen-

(1) Merill. observ. lib. 1 cap. 6 e 21; detta L. 2 §. 47 ff. de orig. jur.

(2) L. 2 §. his legibus 5 cod. de orig. jur. §. 8 Instit. de jur. nat. gent. et civ.

(3) §. 3 Inst. de libert.



za dei principianti. Egli incaricò per ciò Triboniano, Doroteo e Teofilo; tre giureconsulti del primo ordine. Questi composero dunque le *Instituta* sulle basi delle *Pandette* e sulle istituzioni del giureconsulto *Cajo*, *Ulpiano*, e *Fiorentino*, e questo libro, composto dopo le *Pandette*, non ricevè forza di legge che nello stesso tempo di queste, comechè entrambi pubblicate l'istesso giorno, i 3 delle calende di gennaio (1), vale a dire i 27 dicembre 533.

I giureconsulti però da *Giustiniano* adoperati non soddisfecero pienamente alle di lui intenzioni; avvegnachè omisero parecchie materie, quelle cioè delle doti — de' beni parafernali — delle seconde nozze — della separazione de' conjugii e del divorzio — della paternità e della filiazione — del domicilio — dell'assenza — delle ipoteche — delle transazioni — e delle pruove; e ciò senza dire che nulla v' inserirono del diritto sacro e politico dell'impero comunque lungamente se ne fosse ragionato nel *Codice*. Al che si aggiunga, che v' intrusero talune disposizioni legislative del tutto nuove, tali altre contrarie a quelle che trovavansi nel *Digesto*, e tali altre in fine abrogate espressamente o cadute in disuso.

Tuttavolta simile compilazione rimase in vigore, talchè, per buona parte delle disposizioni legislative fa mestieri ricorrere alle leggi del *Digesto*.

Le *Instituta* sono divise in quattro libri, ciascun libro in titoli, ed ogni titolo in principî e paragrafi. I titoli sono in tutto 99, e i principî e paragrafi 805.

Allorchè si citano le *Instituta* si nota prima il numero del paragrafo, dopo del quale si aggiugne la lettera iniziale *I*, od *Inst.*, ed in seguito si scrive il titolo delle materie. Esempio: *Princ. Inst. de nuptiis, §. 3. 1. de action.*

(1) L. 2 §. 23 C. de vet. jur. enuncl.

§. 12. Compìte appena tutte queste opere, Giustiniano avvedendosi sempre che il suo Codice era difettoso e contenea una quantità di disposizioni contrarie a quelle del Digesto, lo sopprime e ne ordinò una nuova redazione.

Questo nuovo Codice comparve nel 529 sotto il titolo di *seconda edizione*, *repetitae praelectionis*; in sostanza non è che il primo purgato di tutte le antinomie che lo sfiguravano, ed arricchito di numerose decisioni di cui l'esperienza ne avea riconosciuta la saggezza.

Esso è diviso in dodici libri, ciascun libro in titoli, e ciascun titolo contiene una o più leggi degli imperatori, e spesse volte i soli frammenti di esse, inoltre molte di dette leggi sono suddivise in principî ed in paragrafi, e finalmente i titoli hanno una epigrafe, ossia una rubrica che annunzia la materia che vi si tratta. Tutto il Codice contiene 775 titoli, suddivisi in 4652 leggi.

Per citare il Codice si mette da principio il numero della legge, qualche volta il paragrafo, quindi la lettera iniziale C., e in fine la rubrica del titolo. Esempio: *L. 42. §. 9. C. de Episc. et Cler., lib. 1. tit. 3.*

L'ordine delle materie del Codice è ad un dipresso lo stesso delle Pandette; nel Codice si trovano dippiù le costituzioni imperiali sulla Trinità, sulle chiese, su gli eretici, su i vescovi, e anche il diritto pubblico.

§. 13. Dopo che Giustiniano ebbe così fattamente le differenti leggi dell'antica e media giurisprudenza romana riunite, e messe in ordine nelle Istituta, nel Digesto, e nel Codice, volle ancora darsi il nome di legislatore compilando e promulgando delle nuove leggi sulle materie del diritto civile, sulla successione *ab intestata*, su i privilegi accordati

alle donne nelle ipoteche, e su diversi altri oggetti. Queste leggi furono chiamate *Novelle*, perchè sancite dopo le *Instituta*, le *Pandette*, ed il *Codice*, ed a misura che le circostanze le richiedevano. Desse sono nella maggior parte scritte in greco, comechè di già la lingua latina cadeva in disuso nell'impero di Oriente; talune altre in latino.

Delle *Novelle* vi sono tre edizioni, la prima è il testo greco che Scrimgero Scotto estrasse da' varî Codici; la seconda è la versione latina fatta in uno stile puro da Giuliano patrizio e professore, che visse poco tempo dopo Giustiniano; la terza è l'edizione volgare scritta da un anonimo in stile barbaro che fa parte del corpo del diritto. Per quanto le due prime edizioni siano meglio scritte e più corrette della terza, è quest'ultima talmente accreditata nel foro, che sebbene non esprime sempre l'intenzione del legislatore, pure gode di tutta l'autenticità delle altre costituzioni.

La loro divisione si è in capitoli, e questi suddivisi in paragrafi. Per citarle si mette il numero e il capitolo. Esempio: *Nov. 18 cap. 1.*

Ecco tutto quello che Giustiniano fece per compilare e coordinare il caos delle leggi romane.

Intanto, siccome talune delle *Novelle* derogavano ad alcune leggi del *Codice*, un tal giureconsulto *Irnerio*, con altri dottori, lunga pezza dopo Giustiniano, si diedero la pena di trascrivere al basso delle istesse leggi il compendio ed il senso delle nuove che le derogavano. Questi sommarî, questi compendî furono chiamati *Autentiche*, e si trovano in effetti in piedi di parecchie leggi del *Codice romano* che noi abbiamo oggidì.

Per citare le *Autentiche* si scrive da prima il segno indicativo *Auth.* in seguito le parole che cominciano l'*Autentica*, dopo la lettera *C*, e in fine

la rubrica del titolo sotto la quale è collocata. Esempio: *Auth, Ingressi monasteria, C. de SS. Eccl. Auth, Habita, C. ne filius pro patre, l. 4. tit. 13.*

§. 14. Siccome però, a malgrado, la buona intenzione di Giustiniano e di Triboniano, il testo del corpo del diritto romano, accresciuto poco a poco fino a formare enormi volumi, rinchiude alcune leggi divergenti; e le Instituta, il Digesto, il Codice, le Novelle, e le Autentiche spesso si contraddicono, in questo caso la regola generale è, che *lex posterior derogat priori* (1), vale a dire che l'ultima legge deroga alla prima, alla più antica. Quindi tutte le volte che s'incontrano delle antinomie ed omoiomie nel corpo del diritto romano, si debbono osservare le regole seguenti. 1. Le Novelle di Giustiniano derogano a tutti gli altri libri di diritto, poichè sono state pubblicate le ultime; 2. Il Codice, promulgato il 14 novembre dell'anno 529, deroga alle Pandette ed Instituta promulgate il 27 dicembre 529; 3. le Instituta e le Pandette essendo state pubblicate l'istesso giorno, sono entrambi della stessa forza, e per conseguente nè il Digesto può derogare alle Instituta, nè queste a quello.

Vi sono ancora molti luoghi nel Digesto e nelle Instituta che sembrano contraddirsi, la regola da seguire allora è la seguente.

1. Le Instituta cedono alle Pandette nel soggetto dei fonti dai quali esse sono state attinte, quando si vede che la legge delle Instituta è tratta dalle Pandette; Così la *L. 7 §. 7 ff. de acquir. rer. dom.* deroga al §. 25 *Inst. de rer. divis*; 2. Le Instituta debbono essere preferite alle Pandette, quando si trova che le prime contengono una determinazione del tutto nuova, non tratta dalle Pandette;

(1) L. ult. ff. de Constit. princip.

così il §. 7 *Instit. qui ex quib. caus. manum. non poss.* deroga alla legge 9, e leg. 11 ff. *de manum. vind.*

Si sa che i particolari non hanno il diritto di far leggi, in conseguenza le Autentiche composte da Irnerio e da altri giureconsulti non hanno forza di legge se non per quanto esse sono conformi alle Novelle di cui formano il *sommario* ed il compendio; e non è raro il trovare che queste Autentiche non corrispondono alle Novelle di Giustiniano. Si potrebbe citare in esempio l'autentica *Bon. Damnatorum C. de bon prescript.* l'Autentica *Haec ita cod. de verb. obligat.* l'Autentica *ex causa C. de lib. prat. et aered.*, ed altre.

§. 15. L'ultima regola ad osservare si è che il diritto romano in generale non ha oggidì forza di legge che per quanto è ricevuto ed approvato dalle diverse legislazioni delle nazioni di Europa; e che in conseguenza le leggi particolari a ciascuno stato, i Codici civili, il diritto consuetudinario di ciascun paese, derogano al diritto romano. Nelle due Sicilie per esempio, ove si ha un Codice di leggi civili particolare alla nazione, il diritto romano non ha vigore che per quanto è conforme a questo Codice. Ma siccome la più gran parte delle leggi del Codice civile sono tratte dal Codice romano, ch'è la base ed il fonte di tutta la legislazione moderna, non potrà mai comprendersi e bene interpretarsi il Codice civile senza essere prima avvezzi a comprendere ed interpretare quello di Giustiniano.

§. 16. Adunque la legislazione romana che, sino al 1809, è stata la legge comune di quasi tutta l'Europa, e principalmente del regno nostro, trovasi compresa in quattro collezioni diverse, cioè 1. nel Codice propriamente detto; 2. nel Digesto, o Pandette; 3. nelle Instituta; 4. e nelle Novelle. Ciascu-

na di queste collezioni comprende e leggi politiche, e civili, e penali, e sacre, e regolamenti giudiziari a un tempo, senz'alcuna separazione visibile.

Formava ancora parte della legislazione del regno nostro.

I. Il diritto feudale comune, così detto, perchè reggeva il sistema feudale di quasi tutta l'Europa. Gli usi, più che leggi, regolavano in origine il sistema de' feudi, e i legami tra i concedenti e i concessionari. Due consoli, ossia uffiziali municipali milanesi, nel secolo XII riunirono e compilarono detti usi ossia consuetudini che già eransi introdotte in Italia relativamente ai feudi; e poco stante furono le medesime aggiunte alla collezione delle Novelle Giustiniane per opera di Ugolino giureconsulto bolognese, il quale v' inserì altresì le poche costituzioni degl' imperatori alemanni Corrado, Federico ed Enrico riguardanti anch' esse il sistema feudale; codesti diversi elementi formarono la decima collezione del jus feudale comune.

II. Il diritto nazionale, ossia le leggi de' nostri principi, a contare dal fondatore della monarchia, Ruggiero il Normanno, il quale diritto constava dei seguenti materiali, cioè:

1. Delle costituzioni dei re normanni Ruggiero, Guglielmo I. e Guglielmo II. non che dell' imperatore svevo Federico II.

2. De' capitoli de' re Angioini.

3. Dei riti della gran corte della Vicaria.

4. Dei riti della regia camera della sommaria.

5. Dei così detti arresti dello stesso tribunale.

6. Delle prammatiche.

7. Delle grazie e privilegi della città e del regno di Napoli.

8. Dei così detti dispacci.

III. Il diritto municipale, ossia le consuetudini locali di una o di un'altra città.

IV. E finalmente il diritto canonico, ossia una moltitudine di regole per la polizia esteriore ecclesiastica, consistente delle seguenti sei collezioni: 1. Del decreto di Graziano; 2. Delle decretali di Gregorio IX. 3. Del così detto Sesto, ossia sesto libro delle decretali; 4. Delle costituzioni Clementine; 5. Delle estravaganti di Giovanni XXII; 6. E delle estravaganti comuni.

Il diritto canonico *nuovissimo* poi va composto:

1. Dal concilio di Trento;
2. Dalle decretali ossia bolle pontificie posteriori all'anno 1484, epoca della pubblicazione delle estravaganti comuni;

3. Dai concordati stipulati tra la corte di Roma e i rispettivi Governi, tra i quali quello dell'anno 1741 sotto il pontificato di Benedetto XIV e l' regno di Carlo III. non che il concordato del 1818, tra il re Ferdinando, ed il pontefice Pio VII.

§. 17. Abbiam detto sino al 1809, poichè da quest'epoca in poi altra legislazione resse il regno nostro. Nè ciò dee maravigliare, avvegnachè, la legislazione romana nata sotto varie fortune ed in epoche differentissime, accresciuta per sovrapposizione di parti, anzichè per naturale incremento, era per lo volger de' tempi e de' costumi divenuta estranea allo stato della società; e fu in quel tempo recato ad atto il divisamento di modificare ancora le leggi del regno.

Come prima i francesi occuparono il regno di Napoli diedero opera ad immutare tutti gli ordini politici che reggevano lo Stato con atti legislativi di ogni maniera, i quali tutti trovansi raccolti nel *bulletino delle leggi*, oggi detto *Collezione*; sicchè in breve tempo sostituirono agli antichi naovi sistemi di amministrazione, e nuove istituzioni. Quindi molte leggi e decreti furono da essi emanati ne-

gli anni 1806, 1807, 1808 intorno a materie di diritto civile ed ecclesiastico; e però che eccetto detti parziali cangiamenti, la nostra antica legislazione sopravvisse, benchè quà e là smembrata, insino al dì 1. gennaio dell'anno 1809 (1). Sopravvenuto questo giorno fu posta in osservanza una legislazione novella (2), e cessarono affatto di aver forza ed autorità le leggi romane, le nazionali, e le municipali, in quanto concernevano materie contemplate e regolate dalle nuove leggi.

E quella nuova legislazione constava de' seguenti Codici, e de' seguenti atti legislativi minori, cioè 1. del Codice civile, in cui trovavasi riunito tutto il diritto civile comune; 2. del Codice di commercio compilato ed adottato in Francia, in cui era compresa tutta la legislazione riguardante il commercio ed i commercianti; 3. di due leggi patrie compilate in Napoli, l'una su i delitti e sulle pene, e l'altra sulla giustizia correzionale, pubblicate una il dì 20, e l'altra il dì 22 maggio 1808; 4. di un regolamento di procedura da seguire sì nei giudizj civili che penali, pubblicato ugualmente in data 20 maggio 1808; 5. finalmente di molti atti legislativi sparsi quà e là nel bullettino, riguardanti materie d'ogni natura, e specialmente l'amministrazione interna del Regno.

Tale si fu lo stato della legislazione insino a tutto marzo dell'anno 1809; imperciocchè in aprile dell'anno medesimo fu messo in osservanza ne giudizj civili il Codice di procedura dell'impero francese; e quindi

(1) Non così della parte della legislazione concernente il diritto feudale, chè, spento il feudalismo per la legge de' 2 agosto 1806, la medesima venne meno per mancanza di soggetto.

(2) Decreti de' 22 ottobre e 26 dicembre 1808.

cessò di aver forza di legge quella parte del regolamento de' 20 maggio che concerneva i giudizî civili. E poco appresso venne meno quasi del tutto quella parte di esso ancora quale riguardava i giudizî penali, a motivo dei molti cangiamenti fattivi con atti legislativi posteriori.

Breve durata altresì ebbe la legge sui delitti e sulle pene, e l'altra sulla giurisdizione di polizia, e sulla giustizia correzionale; dapoichè in ottobre 1812 fu alle medesime surrogato il Codice penale francese. Inoltre dopo pubblicati detti Codici, molti altri atti legislativi venner fuora or per emendarne, ed or per supplirne i difetti; ma fino all'uscita de' francesi dal regno la legislazione non soggiacque ad altra general mutazione.

§. 18. Reduce nel maggio dell'anno 1815 il re Ferdinando in questo regno, si limitò in sulle prime ad abrogare o a mighorare quando una, e quando un'altra delle leggi e delle istituzioni introdottivi durante la sua assenza; ma salvo questi parziali cangiamenti, per altri quattro anni ancora rimasero in vigore i quattro succennati Codici introdottivi da' francesi, non che gli avanzi del regolamento de' 20 maggio 1808 concernente la procedura penale, e tutti gli atti legislativi sparsi nel bullettino delle leggi intorno a siffatte ed altre materie.

Così stetter le cose insino al dì 1 settembre 1819, epoca in cui a detti Codici fu sostituito un Codice solo intitolato *Codice per lo regno delle due Sicilie*, diviso in cinque parti: delle quali la prima comprende il diritto privato civile; la seconda il diritto penale; la terza le leggi di procedura ne' giudizî civili; la quarta quelle di procedura ne' giudizî penali; e la quinta le leggi di eccezione per gli affari di commercio (1). Se non che si voglion riguardare come com-

(1) Legge de' 26 maggio 1819.

plemento di detto Codice tre diversi statuti penali, cioè
1. lo statuto penale militare de' 30 gennaio 1819, 2.
lo statuto penale per l'armata di mare, e per li reati
commessi dai forzati e loro custodi de' 3 giugno dello
stesso anno; 3. e lo statuto penale per l'infrazione dei
regolamenti sanitarî de' 13 marzo 1820.

Publicato il detto Codice però nuove occasioni die-
der luogo ad altri atti legislativi : nè può dirsi che o-
gni opera sia completa di già, perciocchè il tempo ge-
nererà certamente nuovi casi e nuovi consigli. Adun-
que la nostra actual legislazione positiva è contenuta.

1. Nel Codice per lo regno delle due Sicilie, diviso,
come dicemmo, in cinque parti ; e ne' tre statuti pe-
nali.

2. Nelle diverse collezioni che comprendono il
diritto ecclesiastico ; e sono quelle stesse che noi
indicammo, compresi i dispacci su tali materie e-
manati da Carlo III. e da Ferdinando IV e non abro-
gati dall' ultimo concordato.

3. Nel bullettino, oggi detto collezione delle leggi,
che dall'anno 1806 in qua, in ciascun semestre, vien
pubblicato per le stampe.

Ed è questa la storia tutta, in breve, dell' anti-
ca e nuova legislazione.

§. 19. Impertanto costumi, usi, abitudini, popoli
ed imperi, tutto variava e subiva le più grandi rivolu-
zioni : solo la legislazione romana incatenava l' a-
zione del tempo ; ed , elevata al di sopra di tutti gli
avvenimenti naturali e politici, si conservava , dalla
sua origine fin al 1809, nella generalità de' suoi prin-
cipî : divenuta finalmente la base de' Codici più cono-
sciuti , può dirsi assicurata la stabilità delle sue teori-
che, per consenso unanimo delle nazioni. È quest' un
primo argomento in favore delle disposizioni che rac-
chiude.

Altronde, se è vero che i progressi di ogni

scienza si ripetano principalmente dalle conoscenze de' secoli ne' quali sia stata coltivata, dalle cure e da' travagli che vi si siano spesi, e dal tempo durante il quale se ne sia prorogato lo studio, potrà dirsi delle leggi romane che, in generale, offrono quella specie di perfezione cui è permesso di giungere; ed il suffragio di tanti popoli che le hanno adottate, e la voce di tanti scrittori illustri che le hanno commendate, ne hanno proclamato il merito con fondamento.

Mentre Roma nascea, si elevava e prendeva successivamente le forme tutte dell' amministrazione pubblica, costantemente i primi ed i più colti uomini di quell' impero, incoraggiati dalla considerazione pubblica, si occupavano gravemente della giurisprudenza e della legislazione, e vi univano lo studio utile delle diverse scienze quali vi avean rapporto, ed elevavano sempre la mente.

Per qualche tempo si formarono due sette; e le discussioni, cui dava luogo l' animosità de' partiti, portarono nuovi lumi sulle quistioni agitate. Gli allievi de' primi maestri ne profittarono; e rettificando le opinioni ricevute, presentarono nuove verità legali. Ciascuno, emulo de' suoi modelli, lasciava nuovi discepoli che progressivamente si resero suoi eguali.

I romani, col soccorso del tempo, guidati dalla esperienza, sostegno potente del genio, corressero, in diverse epoche, le istituzioni di cui la pratica manifestava i difetti.

Questa successione di non interrotti travagli, dall' origine di Roma fino al terzo secolo dell' impero, tempo conosciuto di decadenza, l' effetto produsse che si è ravvisato, che quelle leggi, per la loro autorità, han generalmente servito a regolare, il più spesso, le contestazioni giudiziarie.

Nell' esame di tali leggi, si ammira specialmente la regolarità e la fecondità de' principj.

Su questo secondo capo, se ne ha la pruova ne' volumi immensi conosciuti sotto il nome di commentarj, sì di dette leggi, che del diritto canonico, del diritto feudale, del diritto consuetudinario e del municipale.

I comentatori di questi differenti Codici hanno tutti attinto, dalle leggi romane, le regole per decidere un numero illimitato di quistioni comprese anche quelle, cui avean dato origine nuove combinazioni, nascenti da leggi posteriormente emanate.

§. 20. I limiti di un discorso proemiale permettono appena di offrire, rapidamente, poche idee sull' indole di tali leggi.

Le disposizioni su' rapporti delle persone, apprestano estesi mezzi onde stabilire, nella loro condizione, in ordine al mantenimento de' diritti, una ben intesa uguaglianza.

Sia qualunque lo stato di un individuo, assente, minore, insano, provvedimenti particolari tendono ad impedire ogni pregiudizio, che un' impotenza momentanea o un' incapacità assoluta possa arrecare.

Simili provvedimenti sono in armonia tale con le regole generali relative alle persone capaci che, nella lotta naturale tra la debolezza morale e la forza, prevenuta ogni collisione possibile, resta stabilmente assicurata l' inviolabilità scambievolmente de' diritti di ciascuno.

Lo stato civile di ogni persona vien determinato, salvo le mutazioni posteriori, nel momento della nascita, e così resta pienamente garantito. Sorga, ne' genitori stessi, il pensiero snaturato di rapire ai propri figli, il loro stato, li difende e li rassicura la legge. L' unione de' due sessi è riconosciuta come un legame che interessa i con-

iugi, la loro famiglia e lo stato. La libertà naturale de' due sessi è mantenuta; però lo slancio antisociale delle passioni, e l'inconsideratezza hanno il freno necessario.

La patria potestà regolata, secondo i tempi ed i costumi, con limiti più o meno estesi, fu infine ridotta a quel punto in cui rispettate la costituzione dello stato, l'autorità paterna, e la libertà civile de' figli, il capo di famiglia ottiene i mezzi per reggere la gioventù, e reprimere quei primi travimenti de' quali non si ha la pruova che tra le domestiche mura, che il magistrato non saprebbe punire, e che spesso aprono irreparabilmente il cammino agli eccessi i più gravi.

Le disposizioni sul diritto di proprietà mostrano l'estensione de' lumi ed il genio de' legislatori di Roma. Sia qualunque la forma sotto cui questo diritto importante si modifichi, sono accomodate a queste diverse modificazioni altrettante regole particolari, il cui insieme forma un principio unico e ne dipende.

La libertà di disporre delle proprie cose, salvo unicamente il pubblico interesse, è illimitata. Gli atti tra vivi o di ultima volontà si eseguono tutti con questa norma.

Altre disposizioni assicurano la libertà del consenso contro ogni sorpresa della violenza, del dolo, e dello stesso errore.

Infine diverse regole interpretative, scritte con somma penetrazione, rendono alle disposizioni dell'uomo quella chiarezza che toglie loro una dizione oscura e viziosa.

§. 21. Si è parlato molto delle sottigliezze del diritto romano; pure bisogna intendersi su questo mal concepito rimprovero. Una prima osservazione, op-

portuna anche più, in ordine alle antinomie che si è creduto così spesso d'incontrare in quelle leggi. La conoscenza profonda delle teorie generali della giurisprudenza, offre quasi sempre il mezzo di conciliare le contraddizioni comunemente ravvisate nelle decisioni di casi particolari, variabili all'infinito; e restano forse ben pochi esempî in contrario in quella vasta collezione di leggi.

Per le sottigliezze, non è già che i Codici di Giustiniano ne siano del tutto esenti; ma da una parte, queste sono assai meno frequenti di ciò che si è opinato; ed altronde occorre stabilire una distinzione appena finora avvertita.

Il Digesto racchiude leggi della repubblica; editti de' pretori, annoverati anche tra le leggi, soprattutto dopo ridotti in iscritto d'ordine di Adriano; deliberazioni del senato e degl' imperatori; e le interpetrazioni date a queste differenti leggi da' giureconsulti, che ce ne hanno trasmesso il testo, talvolta anche letteralmente.

Questi testi diversi, da Giustiniano in poi, ebbero tutti forza di legge indistintamente. Non perciò non deve riconoscersi tra le leggi propriamente dette, e gli editti de' pretori, ed i comenti de' giureconsulti quella differenza medesima, che li ha separati nella loro origine, e sulla quale è importante di fissarsi.

Può dirsi con asseveranza che nel Digesto le disposizioni primitive delle leggi, ben lungi di potersi tacciare di sottigliezza, offrono per l'opposto idee luminose di avvedutezza e di giustizia. Non può affermarsi esattamente lo stesso dei diversi editti dei pretori; ed anche meno delle sentenze e delle opinioni de' giureconsulti romani, messe nel Digesto a fianco delle leggi.

I pretori con un gioco di parole si avean

arrogato il potere d'immutare le leggi. I responsi de' giureconsulti, taluni contengono semplicemente la ripetizione de' principî stabiliti dalle leggi, altri presentano le induzioni che se ne sono tratte, ed altri racchiudono regole interpretative delle leggi stesse e degli atti privati. Su i primi, eco delle leggi di cui abbiamo rassegnato l'indole, non cade altra osservazione.

Relativamente alle induzioni tratte dalle leggi, occorre una ben diversa avvertenza, la quale, se attacca i giureconsulti romani, ferisce anche più quelli de' tempi posteriori.

Mentre in tutto il diritto romano è stabilito il principio luminoso che, nella ricerca del senso e delle conseguenze delle leggi, bisogna penetrarsi principalmente dello spirito che le ha dettate; i stessi giureconsulti, che hanno riconosciuto il bisogno di questa guida importante, hanno poi mancato di seguirla costantemente, o l'hanno talvolta smarrita; ed è allora che le loro decisioni possono dirsi fondatamente sottili, ed anche erronee.

Esiste nelle induzioni dalle leggi una differenza secondo che si traggano dalle nude parole adoperate nella redazione, o che si lascino derivare invece dalla ragione e dal fine della loro emanazione. Una tal differenza, nell'uno o nell'altro modo d'interpretazione delle leggi di ogni stato, svela il segreto degli errori innumerevoli de' giureconsulti di tutt' i tempi e di tutt' i popoli. Si corre il pericolo di abberrare dalla legge e d'involgersi in sottigliezze, sempre che si deducano induzioni limitatamente dalle voci della legge istessa, comunque in questa ricerca così inceppata, tali conseguenze sembrano regolari.

Ben altrimenti però il giureconsulto, che si impadronisca una volta del principio il quale ab-

bia animato la legge, e che lo consulti invariabilmente come norma unica, potrà spaziarsi con sicurezza su tutte le quistioni, quali possono sorgere in una simile interpretazione; e se il principio sia esattamente seguito, mancherà il più remoto timore di false applicazioni.

E così è avvenuto che in sedici secoli quanti ne sono scorsi ormai dalla collezione di Giustiniano fino a noi, la giurisprudenza, che il corso del tempo avrebbe dovuto migliorare, ha subito invece un fato diverso.

§. 22. Certamente le leggi romane hanno anche esse i loro difetti; ma questo vizio è proprio di tutte le istituzioni umane; e se dovesse rinunciarsi per ciò a' lumi di quella legislazione, bisognerebbe, per questa stessa considerazione del difetto di una perfezione assoluta, trascurare ugualmente, in ogni altra scienza e nelle arti, le opere di tutti coloro che ci hanno preceduto.

I vizî principali de' Codici romani li offre il modo della loro compilazione. L'oscurità, il difetto d'ordine, la complicazione sfigurano que' Codici; pure dal fondo medesimo di questo male, gravissimo in materia di legislazione, se ne trae il vantaggio. Questo modo vizioso di redazione ci obbliga ad esercitare maggiormente il nostro intelletto, ed in ciò si può dire con fiducia che chiunque bene intenderà le leggi romane, investigherà esattamente i principî che le hanno dettate, e s'impadronirà di quella catena continua che ne liga le varie conseguenze a' principî e tra di esse, non incontrerà più alcuna difficoltà nell'esame delle leggi di ogni altro popolo; ed insensibilmente si renderà quasi pienamente familiare con tutte le quistioni, la cui soluzione riesce sommamente difficile ad ogni altro che abbia trascurato di attingere

da quel fonte le varie regole che servono ad ot-
tenerne le soluzioni.

E senza parlare de' tempi di barbarie, nei quali lo studio del diritto è stato sommamente trascurato, senza calcolare neppure l'epoca assai più infelice, in cui l'ignoranza de' veri principî ha prodotto tanti errori, dei quali risentiamo ancora l'influenza, è risaputo che i nostri giureconsulti i più distinti, coloro i cui rari talenti, le cognizioni e le occupazioni assidue avrebbero potuto correggere opportunamente i difetti delle leggi romane, non si sono addetti punto a questa cura importante, e si sono limitati, quasi esclusivamente, alla nuda interpretazione di ciò ch'era scritto.

Sarà questo un omaggio che si è reso al diritto romano; ma senza alterare in menoma parte il rispetto giusto e sincero che professiamo a' sommi interpreti che ci servono di guida, oseremo dire che troppo abbagliati dalla maestà del diritto romano, sembra che abbiano temuto di turbarne l'armonia, ed abbiano preferito, quasi superstiziosamente, di conservarne il monumento in tutto il suo insieme.

§. 23. Destinati ad occuparci delle leggi romane, vi abbiamo parlato unicamente di esse. Però abbi-
am dimostrato che la legislazione romana è in gran parte la base de' Codici moderni; abbi-
am annunziato che le regole necessarie per la retta applica-
zione delle leggi private, non si trovano meglio scritte che ne' Codici romani; infine la maggior parte delle nostre leggi particolari possono dirsi altrettante emanazioni di quelle di Roma, salvo le poche importanti modificazioni che formano altrettante eccezioni.

Seguiamo adunque un camino regolare. Con-
sultiamo da prima le leggi romane, sempre nel rapporto delle materie trattate nel Codice nostro :

formiamoci anticipatamente nell' arte d' investigare la volontà de' legislatori, e de' privati ne' loro rispettivi atti : col soccorso di queste cognizioni percorreremo progressivamente, con più profitto e con maggiore facilità, le disposizioni delle leggi vigenti.

P A R T E II.

DE' PRINCIPI GENERALI DELLA SCIENZA DEL DIRITTO.

TITOLO I.

*Della giustizia — della giurisprudenza —
e del jus.*

SEZIONE PRIMA

Della giustizia.

§. I. La giustizia è stata il soggetto di definizioni diverse.

Sotto il rapporto che ci è comune, sta tutta nella esecuzione inalterabile delle leggi; il cui impero, in ogni caso di contestazioni, non si manifesta altrimenti se non per mezzo delle decisioni dell'ordine giudiziario.

Il vero suo significato, è *virtù per la quale si rende a ciascuno ciò che gli è dovuto* (1): è virtù conservatrice dell'umana società, e della comune utilità. E nel vero senza l'opera della giustizia, lo stato non sarebbe che il teatro dell'anarchia e la lotta delle passioni discordanti degli uomini. E qual pro per le società se dessa non esistesse!

(1) *Justitia* da *justus*, e *justus* da *jus* diritto, come *venustus* da *venus*.

Il fine adunque di qualsiasi radunanza civile , di ogni legislazione si è fuori dubbio la giustizia.

§. 2. La giustizia si applica all' *uomo* o alla *cosa* : nel primo caso esprime qualità inerente all' uomo , ossia *virtù* ; nel secondo , qualità inerente alla cosa, ossia *consonanza tra l'azione e la legge*. È in quest' ultimo senso ch' essa va adoperata *civilmente* ; perciocchè giusto è ancora colui che non ha volontà di esserlo , e pure uniforma le sue azioni alla legge (1) ; vale a dire , non offende alcuno , rende ciò che agli altri è dovuto.

§. 3. I giureconsulti romani , seguendo i dettami della filosofia stoica (2) , definivano la giustizia : *La costante e ferma volontà di dare a ciascuno il suo* (3).

Nel sistema di codesti filosofi ogni virtù era una costante e perpetua disposizione dell' animo. Colui che una volta rendeasi colpevole , era reputato sempre perverso. E Cicerone su tai principî si esprimea così : *Habitus , seu animi affectio suum cuique tribuens et hanc societatem conjunctionis humane mirifice atque tuens* (4).

Ma la giustizia così definita è precisamente il fine della legge? Vuolsi distinguere la giustizia *morale* dalla *civile*. La prima consiste nell' abitudine della coscienza a conformare tutte le azioni della vita alla legge: in tal senso non è giusto colui che nel-

(1) *Enim nemo cogitationis poenam in foro patitur*. L. 18 ff. de poen.

(2) I filosofi stoici , detti ancora del *Portico* , avevano alla testa *Zenone* loro fondatore. La loro morale , secondo Montesquieu (tom. 3 p. 67), era la più atta a rendere felice l' umano genere.

(3) *Justitia est constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*. Inst. L. 10 pr. D. h. t.

(4) Lib. 5 de Finib.

l'adempiere i doveri sociali non vien sospinto dal solo amore della virtù. Quel fariseo che gloriavasi non essere nè rapitore nè adultero non era moralmente giusto; chè per ipocrisia da tali delitti si asteneva.

La giustizia civile, per l'opposto, è la virtù dell'uomo che *conforma l'esterne sue azioni alla legge*, meno per l'amore della virtù, che pel timore delle pene; perocchè il cittadino che adempie a tutt' i suoi doveri verso lo stato, paga la sua tangente de' pubblici pesi, non ruba, non uccide, ec. è giusto *civilmente* ancorchè nel fondo della sua coscienza condanni ciò che di fare è astretto. I mezzi di cui la giustizia civile si serve per rendere l'uomo giusto sono le pene e le ricompense. Essa, dicevamo, non punisce il pensiero.

La giustizia siffatta adunque si è l'unico scopo del legislatore.

§. 4. La sola divisione che può farsi della giustizia, si è la *interna* e la *esterna* (1). La prima è la conformità della nostra volontà alla legge; la seconda, quella delle nostre azioni alla legge. La riunione di entrambi statuisce la giustizia perfetta. Obbietto della giurisprudenza è la giustizia esterna, l'interna l'è della morale.

Qui potremmo arrestarci; ma siccome le scuole dividono la giustizia in più giustizie, egli è pur necessario l'esaminare tali loro distinzioni.

§. 5. Ed in prima suole la giustizia dividersi in *distributiva*, o di geometrica proporzione, e *commutativa*, o di proporzione aritmetica; vale a dire la prima che dispensa i premî e le pene ed in generale i vantaggi e gli svantaggi sociali, la secon-

(1) Ved. Toullier tom. 1. p. 16.

da che presiede alle convenzioni umane, e regola i diritti e i doveri reciproci.

Codesta distinzione per verità era passata ne' breviari, o compendî che mettevansi nelle mani degli allievi prima della restaurazione delle scuole di diritto, abbenchè Grozio, Eneccio, ed altri ne avessero da lungo tempo addimostrata la inutilità e la inesattezza (1) : pur nulladimeno a comprenderla esattamente, noi c' impegneremo di spiegarla.

Aristotile fu il primo che, seguendo le idee di Platone, espose con certo metodo, nelle sue opere sulla morale (2), la divisione della giustizia in distributiva e commutativa. Egli non concepiva la giustizia, al par di tutti gli antichi filosofi, che sotto l'idea di uguaglianza. Costoro pensavano che la giustizia e l'uguaglianza fossero una sola e medesima cosa: *Iustum aequale est, injustum inaequale*. La giustizia consiste nell'uguaglianza, essi dicevano, l'uomo giusto questa vuole (3).

L'uguaglianza è un'idea relativa la quale suppone necessariamente il paragone di più persone, di più cose. La tale persona, la tale cosa è uguale, a chi? Esse sono eguali o ineguali, in che? Ecco dei termini o dei punti di paragone.

Vi ha giustizia, allorchè interamente l'uguaglianza è conservata. Vi ha dunque giustizia, quando la proporzione è conservata nel paragone delle persone e delle cose; perocchè la proporzione costituisce l'uguaglianza. Colui che ha molto, dar dee mol-

(1) Ved. Eneccio h. t. §. 23; et Praelectiones in Grotium, lib. 1. cap. 1. § 8; Barbeyrac sull'istesso § 8, note 6, 7 e 9.

(2) Magnorum moralium lib. 1. cap. 34; et ad Nicomachum, lib. 5. cap. 2. 3 e 4.

(3) Magn. mor. lib. 1. cap. 34, et ubique passim.

to ; colui che poco riscuote , poco dar dee. Chi dura gran fatica , ricever deve molto ; chi lieve, poco ha diritto di avere. Il maggiore o minore salario , in proporzione debb' essere del lavoro. Se il lavoro di un individuo è come uno, e quello di un altro è come due , il salario di costui andar deve doppio del primo.

Suppongasi che Tizio e Cajo debbono divider si un bottino di 12 preso sul nemico. Se le due persone fossero uguali, la ripartizione sarebbe aritmeticamente uguale , ossia Tizio avrebbe 6 e Cajo ancora 6 ; ma se il valore di Cajo fosse superiore il doppio di quello di Tizio , al primo si spetterebbe 8 , al secondo 4. In cotal caso non vi ha uguaglianza aritmetica , ma proporzionale , perchè 8 sta a 4 come 12 a 6. Questo paragone di meriti , *rationum* , dicea Aristotile , vien detto da' matematici geometrico.

Ecco precisamente ciò ch'egli chiamava giustizia distributiva , in cui vi ha uguaglianza proporzionale , tuttocchè non vi sia quella di aritmetica. La giustizia distributiva adunque è quella che riparte le ricompense e gli onori, secondo la proporzione geometrica , paragonando il merito delle persone.

Non vi ha in teorica una dottrina migliore di codesta ; e sarebbe cosa da desiderare che i governi prendessero sempre in considerazione il merito delle persone nella distribuzione degl' impieghi e degli onori.

Ma la dottrina siffatta riceve incessantemente nell' applicazione molte doglianze e contese. Imperocchè se si conviene unanimamente che gl' impieghi e gli onori debbonsi dare ai più degni , non si potrà esser di accordo sul genere del merito che costituisce il più degno , e su quello che dar deve la preferenza, e rendere la ripartizione ineguale nella di-

stribuzione degl' impieghi e degli onori. Fin dai tempi di Aristotile il popolo pretendeva doversi attendere unicamente alla qualità di uomo libero e di cittadino ; gli oligarchici al credito dell' opulenza ; gli aristocratici (*nonnulli*) alla nobiltà ; la maggior parte degli uomini da bene al merito personale ed alla virtù.

Aristotile limitava la giustizia distributiva , che considerava il merito e la dignità delle persone , alla distribuzione degli onori e delle altre cose in comune, quali appartengono alla società, e che sono da compartirsi fra i suoi membri. Egli non la estendeva all' applicazione delle pene contra i delinquenti.

In quanto alla giustizia *commutativa* , che Aristotile chiamava ancora con maggiore proprietà giustizia correttiva , *justum emendativum* , è quella che, secondo il suo modo di pensare , consiste in mantenere o ristabilire l' uguaglianza tra gli uomini , in correggere i torti o le ingiustizie che gli uni soffrono da parte degli altri , e che li costringono di ricorrere ad un giudice il quale fa restituire all' uno ciò che ha perduto , *damnum* , dall' altro che ingiustamente l' ha guadagnato , *lucrum* ; e ciò senza considerare il merito o la dignità delle persone , nè la proporzione geometrica , avendo solo riguardo alla proporzione aritmetica del guadagno dell' uno e della perdita dell' altro. Imperocchè nulla importa, egli dicea , che sia un uomo da bene colui che lese un uomo tristo , o al contrario ; che l' uno o l' altro abbia commesso un adulterio ; che l' uno facesse un torto, e l' altro lo sofferisse. La legge non considera se non la estensione del pregiudizio che l' altro ha patito : *ad differentiam nocumenti lex respicit tantum*.

Or cotai danno può aversi ad occasione de' contratti che gli uomini si fanno volontariamente tra lo-

ro , come la vendita , la locazione , il deposito ec. , o per ragione de' fatti seguiti contro la volontà di colui che soffre il danno , come nel furto , nell' adulterio nell' omicidio , nelle ingiurie , negli oltraggi ec.

La giustizia commutativa o correttiva adunque si applica alle cose soltanto , senza aver riguardo alle persone. Adempiendosi i doveri che prescrive , si osserva , in una proporzione aritmetica , la rigorosa uguaglianza de' contratti: un negoziante , per esempio , non dee vendere le sue mercanzie più care al ricco che al povero. Si estende alla repressione de' reati del pari che agli affari di un interesse puramente pecuniario.

Da tutto ciò sembra chiaro che la divisione della giustizia in distributiva e commutativa non fa che indicare i doveri dell' uomo giusto , e non due specie di giustizia.

§. 6. Suol dividersi altresì la giustizia in *esplettrice* ed *attributrice* , ed autore di una tal distinzione fu Grozio (1). Egli la fondava sulla distinzione de' diritti e de' doveri in *perfetti* ed *imperfetti*.

I moralisti fanno distinzione de' doveri , la violazione de' quali è colpa degna di pena , da' doveri cui è gloria e virtù lo adempiere , ma non delitto il trasandare. I primi chiaman perfetti , imperfetti i secondi , ed uffizî di umanità anzichè doveri avrebbero a dirsi. Così non violare la proprietà altrui , non calunniare , non uccidere sono doveri perfetti , in modo che trasgredirli è colpa che le leggi puniscono. Ma l'esser grato ai nostri benefattori , umano , leale ne' detti e ne' fatti , sono doveri imperfetti di cui la legge ne lascia la cura ed il merito alla sola virtù , e di niuna pena minaccia l' uomo duro , l' ingrato , l' ipocrita etc.

(1) Nel lib. 1 de *jure belli et pacis*.

Adunque Grozio intendeva per giustizia esplettrice quella virtù che adempie ai doveri perfetti, ossia a quei doveri che la legge c'impone; attributrice quella ch' esegue i doveri imperfetti, ossia gli uffizi di umanità che altri non ha diritto di esigere da noi. Ma questa distinzione pecca anch' essa in ciò che confonde con la giustizia la pietà e la beneficenza, virtù quali appartengono ad altra scienza, ossia all' etica.

§. 7. In appoggio della divisione siffatta, Giustiniano ci da tre precetti del diritto. Dessi sono: *vivere onestamente; non far male ad alcuno; dare ad ognuno quel che gli è dovuto* (1).

Pel primo egli vuole intendere esser proibito tutto ciò che ripugna con la pietà, il pudore, la riputazione, e generalmente quello ch' è contro i buoni costumi e l' onestà, comechè sia permesso o tollerato dalle leggi civili. Donde il proverbio: *Non omne quod licet, honestum est* (2). E Cicerone pro Balbo, facendo allusione a codesto principio; dicea: *Est aliquid quod non oporteat, etiamsi licet.*

Il secondo precetto, *non far male ad alcuno*, si rapporta alla persona de' nostri concittadini, la quale è debito rispettare; la loro vita, la salute, la libertà, la riputazione tutto fa parte di questo precetto; ed è perciò che la calunnia si è un delitto. Ogni uomo ha diritto di essere stimato, e spessamente vale tanto l' ucciderlo, quanto perderlo di riputazione.

Il terzo ed ultimo precetto, *dare ad ognuno quel che gli è dovuto*, si riferisce ai beni che altri pos-

(1) *Tria sunt praecepta juris: honeste vivere, alterum non laedere, et jus suum cuique tribuere.* §. 22 Inst. h. t.

(2) L. 194 ff. de reg. jur.

siede , e c' impone l'obbligo non solo di astenerci dalle cose quali non ci appartengono , di non sottrarle o diminuirle , ma eziandio di sofferire che ne godano i proprietari a loro piacimento ; in una parola di rendere tutto ciò che possediamo , e che non è nostro.

La giustizia *attributrice* adunque , appartenente ai doveri imperfetti , è il precetto di *vivere onestamente*.

L' *esplettrice* , riguardante i doveri perfetti , è il precetto di *non far male ad alcuno*. Essa c' impone di astenerci dalle azioni proibite dalle leggi civili , e di conformarci a quelle che autorizzano. Il cittadino quindi che adempie ai doveri prescrittigli dalle leggi , ubbidisce al precetto di *dare ad ognuno ciò che gli è dovuto*.

Tali sono i precetti cui si riducono tutt' i doveri del diritto.

Così , *giusto* è colui che non commette nè brigantaggio , nè vessazioni , perchè non fa male ad alcuno.

Giusto è pur colui ch' esegue fedelmente i contratti stipulati , perchè accorda ad ognuno ciò che gli è dovuto.

È del pari giusto , e vive onestamente quell' altro che serve la sua patria , ed adempie i doveri religiosi e civili.

Cicerone (1) ben classificava i divisati precetti , esprimendosi così : *Iustitia primum munus est ut ne cui quis noceat; deinde ut communibus utatur pro communibus , privatis ut suis*.

§. 8. La terza divisione che la giustizia soffre è in *universale e particolare* ; ancora questa

(1) Lib. 1. de Off.

venne immaginata da Aristotile (1). La universale, secondo lui, era quella che comprendeva tutte le virtù; la particolare l'altra che si limitava a distribuire con imparzialità gli utili ed i pesi. E però che siffatta distinzione pecca di due vizi: l'uno che comprende sotto la voce giustizia tutte le altre virtù, e dà alla medesima una distinzione atta a confondere ciò che la ragione distingue; l'altro è che la prima specie del genere, ossia la giustizia universale, contiene in se necessariamente la seconda.

§. 9. Si distingue finalmente la giustizia in *naturale e civile*. La prima dicesi quella ch'è conforme alla ragion primitiva, comechè non garantita dalle leggi civili; la seconda chiamasi quella ch'è uniforme alle leggi civili, quantunque declini dalla ragione primitiva.

Così la ragion primitiva richiede che una donna maritata o un minore adempiano alle obbligazioni contratte verso un terzo, sebbene non vi sia intervenuto il consenso del marito o del padre, pur nondimeno la legge non garantisce la loro obbligazione; perocchè uno degli effetti più notabili dell'autorità maritale, ad oggetto di conservare l'armonia della società conjugale ed il rispetto che si deve al marito, è quello che la moglie perde nel maritarsi la facoltà di esercitare da se sola la maggior parte de' suoi diritti civili: ella cade nell'incapacità legale di contrattare (2), e di stare in giudizio (3) senza l'autorizzazione del marito. Così ancora pel figliuolo il quale, tutt'occhè maggiore, per le antiche leggi, era durante la vita del padre sotto la sua potestà, salvo i casi di eccezioni, e per le leggi vi-

(1) Lib. 5. dell' Etica a Nicomaco.

(2) Art. 1078 ll. cc.

(3) Art. 204 e 206 dette leggi.

genti, pria che giunga agli anni 25 compiti, non può ipotecare, donare, alienare gl' immobili, prendere danaro a mutuo etc. senza il consenso del padre; perchè si crede che il figlio; il quale non ha oltrepassato il quinto lustro, non sia tanto esperto da valutare con maturità di senno gli obblighi cui va ad assoggettarsi (1).

Questa distinzione adunque è reale e non immaginaria; nè è ingiusta come a taluni sembrar potrebbe; imperocchè costituiti gli uomini in società, facea mestieri che le leggi civili regolassero i diritti di ciascun socio, tal che non distruggessero quei che sono inseparabili dalla natura umana.

Certo che comuni a tutto il genere umano sono le leggi della natura, quelle cioè che ciascuno usando di propria ragione può derivare dalla sua natural costituzione, ossia da quell' istinto che ci spinge a provvedere alla nostra conservazione, da quel sentimento insieme di benevolenza che ci attrae verso i nostri simili. Esse sono le stesse per tutti, immutabili, eterne e niuno potrà mai cancellarle dal suo cuore; ma da questi due sentimenti, essendo nate pria le famiglie, e poi le tribù o borgate, poscia le nazioni, e finalmente la proprietà e i governi, sursero nuove relazioni; e quindi la necessità di derivare dalla legge naturale nuovi corollari e nuove regole dirette a conservare, ed a migliorare questo nuovo ordine di cose, ossia a contenere tra giusti limiti l'amor di noi stessi. Da ciò l'origine e le cause di tutte le leggi fatte e da farsi dagli uomini.

Comunque però le leggi naturali sieno le stesse per tutto il genere umano, pur nondimeno avendo la natura messe tante differenze nel fisico degli uo-

(1) Art. 295 ll. ec.

mini, nei climi e nel suolo; ed avendo la forza sola del tempo o altre cause accidentali indotto tante varietà nelle abitudini, nelle credenze, e nelle passioni degl'individui e delle nazioni, le leggi fatte e da farsi dagli uomini non possono nè potranno mai esser immutabili, nè le stesse per tutt' i popoli; e forza è che si accomodino alle circostanze fisiche invincibili, e mirino gradatamente ad immutare le abitudini morali viziose. Non si vuol dire con ciò che i principî di giustizia varino secondo i gradi di latitudine e le età delle nazioni, nè che il legislatore possa impunemente stabilir regole e precetti, quali siano in contradizione de' diritti inseparabili dall' umana natura, ma sì bene ch' egli nel derivare queste regole dal fonte comune abbia a consultare le circostanze fisiche e morali in cui un popolo si trovi.

SEZIONE II.

Della giurisprudenza.

§. 1. La voce giurisprudenza (1) importa per vero dire *scienza legale*; *studio*, *esercizio e professione de' giuristi* (2). Presa nel suo più ampio significato comprende la scienza di tutte le leggi divine ed umane; sia ch' esse regolino i diritti e i doveri reciproci tra tutti gli esseri della specie umana; sia fra nazione e nazione; sia tra governo e soggetti; sia tra soggetti e soggetti fra loro. Appartengono quindi alla medesima, e sono altrettanti rami di essa, e la scienza del diritto di natura, e quella delle leggi divine positive, e l'altra del diritto

(1) A *jure* jurisprudentia dicitur. L. pr. ff. h. t.

(2) Il giurista è colui che professa le leggi, il giureconsulto.

internazionale, e quella del diritto pubblico nazionale, e quella del diritto civile e commerciale.

§. 2. Ed egli è probabile che sotto questo ampio aspetto i giureconsulti romani risguardarono la voce giurisprudenza, e per essi Ulpiano, allorchè dissero esser dessa: *La notizia delle divine ed umane cose, la scienza del giusto e dell'ingiusto* (1); ma pur tuttavolta essi trascesero ogni confine; imperocchè vi si confonde la definizione della filosofia e l'altra della giurisprudenza.

Seneca (2) definiva la filosofia: *Rerum divinarum et humanarum notitia*; con che intendeva dire non solo le produzioni della terra, l'influsso dell'aria, le qualità dell'acqua, conoscenze quali si acquistano con lo studio della *fisica*, della *botanica* e dell'*astronomia*; ma eziandio la esistenza di un Essere Supremo ed i diritti suoi, i nostri doveri morali e tutto ciò che alla Divinità si riferisce. Laonde nella logica, la filosofia, si applica a discernere il vero dal falso; nella morale il bene dal male; nella politica gli effetti delle buone dalle cattive istituzioni; nella fisica le cause de' fenomeni della natura: scienze tutte accessorie alla filosofia ed affatto straniere alla giurisprudenza. Adunque la *notizia delle cose divine ed umane* non è che la stessa filosofia.

E però che a persuadersi come i giureconsulti romani avessero adoperata la definizione siffatta, egli è mestieri ricorrere a' principî di rivalità quale tra costoro ed i filosofi campeggiava. I primi sdegnavano questi quali oziosi contemplatori, intesi a

(1) *Jurisprudencia est rerum divinarum et humanarum rerum notitia, justis injustisque scientia.* §. 25 *Instit. tit. de just. et jure.*

(2) *Epist. 89.*

foggiare de' vani sistemi ; si reputavan perciò i soli professori della vera filosofia costantemente occupati a fare una saggia applicazione delle regole della giustizia , e come quelli che tendevano a migliorare gli uomini , fissando i giusti limiti delle pene e delle ricompense , e rendendogli degni de' pubblici impieghi (1).

Ciò dimostra chiaramente che Ulpiano diede alla definizione della giurisprudenza tutte le qualità specifiche che i filosofi attribuivano alla filosofia , in preferenza di ogni altra scienza morale , aggiugnendovi per distintivo le parole *justi injustique scientia*. Ma tal definizione , dettata dal puro spirito di setta , non la diffinisce per affatto.

§. 3. Taluni , tra' quali il dottissimo Einacio , han detto che la giurisprudenza fusse *l'abito pratico d'interpentrare rettamente le leggi , e di applicarle con senno* (2). Però siccome il senno può stare senza l'abito pratico , e la conoscenza delle leggi in difetto del senno , non pare che codesta definizione sia esatta.

Sembra adunque che la giurisprudenza andar dovesse diffinita così : *La scienza delle leggi applicate alle umane transazioni*. O , secondo un moderno autore (3): *La scienza di tutto ciò che sotto l'aspetto del giusto , e dell'ingiusto costituisce il mondo civile*.

Tale è il significato primitivo della parola giurisprudenza ; se non che questa voce suole talvolta

(1) L. 1. ff. de just. et jure:

(2) Jurisprudentia est habitus practicus leges recte interpentrandi , applicandique rite quibusvis speciebus obvenientibus. §. 26 *Inst. de just. et jure*.

(3) Vedi il dizionario legale di Liberatore alla parola in disame.

essere impiegata ad esprimere la serie delle decisioni giudiziarie concordi sullo stesso punto , ossia il così detto *jus receptum*.

§. 4. Impertanto , ogni obbligazione ogni diritto è fondato sia immediatamente sulla legge , sia sulle dichiarazioni de' particolari dalla legge medesima sanzionate. Ma le disposizioni del legislatore e le dichiarazioni de' particolari sono spesso equivoche o oscure , e spesso ancora esse non esprimono se non una parte di ciò che i di loro autori han voluto enunciare ; sarebbe perciò o impossibile o dannoso di attaccarsi al senso letterale delle leggi , o degli atti dei particolari. È necessario d' *interpctrare* le leggi o gli accordi siffatti , e le parole di cui il legislatore o i particolari si sono serviti , debbono considerarsi come il segno principale , ma non come il segno unico della loro volontà. E questa la più bella opera del magistrato e del giureconsulto. Interpretare le leggi , le dichiarazioni dei particolari , è *sviluppare le idee ch' esse presentano*. Questa necessità può nascere dalle stesse *parole* , da non potervi comprendere tutt' i casi ; *dai motivi di esecuzione* ; *dai nuovi bisogni civili* (1).

L' interpretazione adunque è *la spiegazione più verisimile di ciò ch' è oscuro o ambiguo*; è *l' arte di scovrire il pensiero che esprimono le leggi, e le scritture de' particolari*. Secondo Volfio (2) : *Est investigatio mentis , per versus aliaque signa indicatae*.

Or per conoscere la vera estensione ed i limiti delle disposizioni del legislatore o de' particolari , bisogna penetrarsi bene dello scopo che si hanno proposto nè loro rispettivi atti. Mostrare lo sco-

(1) Nicol. pag: 440.

(2) Int. part. 1, n. 459.

po. del legislatore nelle sue diverse leggi, come quello de' particolari ne' loro contratti o in altre loro dichiarazioni, ecco le risorse che una buona teoria può offrire a' giureconsulti.

§. 5. Generalmente, in teorica, si conviene che nella interpretazione delle leggi si deve ricercare non solo il loro senso letterale, ma la mente del legislatore (1). Nella pratica si esegue, il più spesso, la regola opposta.

Ma che s' intende per mente della legge? A quali caratteri può riconoscersi? Come, ed in che può differirne il senso letterale?

Necessarie ricerche. Occorre intanto di premettere che molti, non usi a meditar gravemente sulla scienza del diritto, trovan soverchio ardito il pensiero di deviarci, nelle quistioni legali, dalle parole della legge sulla quale il dubbio si elevi. Per istabilire, essi dicono, fuori ogni arbitrio, ciò che la legge abbia disposto, bisogna consultarne di preferenza le espressioni. La osservanza della legge sta nell' eseguirla, come è scritta: altro è proporre nuove disposizioni, anche più sagge, e ben altro è lo eseguire le leggi. La cura di rettificare le leggi dev' essere tutta del legislatore: il magistrato ha il dovere di applicarle come giacciono; nè bisogna conculcarne i precetti sotto pretesto di migliorarle.

Certamente il magistrato, organo della legge, ha il dovere di eseguirla, senza poterne variare, comunque ed in qualunque caso, le disposizioni. Non è senza gravi motivi che si è distinto il potere giudiziario dall' autorità legislativa. I contendenti hanno il diritto di esser giudicati con le leggi scritte; le sole che sono loro note, ed alle quali possono con-

(1) *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem intelligere. L. 17. ff. de legib.*

formarsi ne' loro atti. Certamente la stretta osservanza di una legge, anche imperfetta, è sempre più conducente della osservanza di altre disposizioni forse più opportune, ma che non siano riconosciute come leggi.

Se i giudici fuori i limiti del loro mandato, ed anzi contro il dovere unico della loro missione, se arroghino una volta la facoltà di sostituire, al volere della legge, la loro privata opinione; se si rendano arbitri della rettitudine delle leggi; se si permettano di non eseguirle se non quando essi le reputino giuste; cesserà il potere assoluto delle leggi; subentrerà l'incertezza delle opinioni particolari; e le tante cure del legislatore, nella formazione de' Codici, resteranno all'intutto vane.

In qualunque società ben regolata, i privati debbono avere, pe' loro interessi, una norma costante; e questo vantaggio incalcolabile, lo presenta unicamente la legge.

Le opinioni del meglio possibile, effettivo o immaginario, variano all'infinito, secondo lo stato de' lumi di ciascuno; nè è possibile di conoscerle anticipatamente; donde la niuna corrispondenza degli atti, tra il modo in cui gl'interessati li formano, ed il modo della loro esecuzione innanzi ai tribunali. Altronde ordinariamente gl'interpreti han vedute più circoscritte. Il legislatore, dall'alto della sua sede, ha mezzi di procurarsi una più vasta conoscenza de' bisogni sociali, e può meglio calcolare i modi onde provvedervi.

In fine, una giurisprudenza (1), formata dagli elementi discordi delle opinioni individuali, ci ricondurrebbe a tutt' i mali che la sola legge ha ripara-

(1) Qui nel senso di collezione di leggi.

ti ; all' ondeggiamento , alla niuna consistenza dei diritti , ed all' arbitrario che si maschererebbe sotto i colori benigni della equità naturale e di una più esatta giustizia.

Adunque nel commendare la regola di ricercarsi il volere del legislatore , non s' intende punto di promuovere la inosservanza della legge. La legge anzi altro non è se non il parto della mente del legislatore. Si raccomanda bensì di scovire i pensieri che hanno regolato la formazione de' Codici, e di eseguire l' autore della legge ne' suoi elevati calcoli legislativi.

§. 6. Se il senso delle voci offrissi sempre una corrispondenza perfetta tra la mente di chi l' usa , e lo intendimento di chi le consulta ; se i redattori degli atti legislativi meditassero ordinatamente sulle differenti materie di cui si compone la legislazione , e sulla generalità de' casi che presenta la combinazione varia delle cose ; se si esprimessero abitualmente con una esattezza rigorosa ; se ponessero in un migliore accordo tra di loro le enunciazioni delle diverse leggi ; se si adottasse una divisione di materie meglio circoscritta etc. etc. ; allora sì che, a parte il vantaggio incalcolabile di una gran diminuzione delle liti , potrebbe seguirsi con assai miglior fiducia il senso letterale.

Ma questa *desiderata perfezione* , incompatibile anche in parte con i limiti dell' ingegno umano e con la progressiva formazione delle leggi in varî tempi e da più individui , fino a questo punto non esiste in nessun Codice ; il fonte unico di tutte le quistioni sulle leggi , come anche sugli atti privati, sta precisamente nella imperfezione più o meno sensibile della redazione ; e la maggior parte degli errori forensi dipende da un attaccamento troppo servile alle espressioni anche inesatte delle leggi.

Quindi sia per mancanza di senso preciso in una legge, sia ne' casi omessi, laddove si dubiti de' limiti positivi di una disposizione, se cioè abbracci la generalità de' casi in una materia qualunque; se vi si trovi preveduta la specie che si presenta; se riceva delle restrizioni, e quali; se sia scritta indistintamente, o pure limitatamente nel rapporto tra talune persone; il mezzo unico, per decidersi in una simile incertezza, consiste nell'investigare la mente del legislatore con la guida de' suoi stessi principî, manifestati più chiaramente in altra parte.

§. 7. Una simile indagine offre difficoltà non lievi; ma ecco i mezzi di facilitarla.

Si scovre la mente del legislatore con la ricerca dell'oggetto che si ha egli proposto, sia nelle leggi in generale, sia particolarmente in ciascuna legge. Nelle materie legali, del pari che in tutte le cose intellettuali, conosciuto il fine che l'autore di un atto qualunque si abbia proposto, è facile di seguirlo nel suo andamento. Per determinare, ne' Codici di ciascun popolo, l'oggetto del legislatore, e per ben conoscere i principî che vi sono stabiliti, bisogna ricercare, nell'insieme delle disposizioni che li compongono, il cammino che il legislatore ha seguito. In questa ricerca conviene esaminare profondamente ciascuna di queste disposizioni, e soprattutto come le une modificano le altre. In mezzo a tante leggi s'incontra, or nell'una, or nell'altra un gran numero di elementi i quali, riuniti insieme, svelano la mente del legislatore, dileguano l'oscurità, suppliscono alle omissioni, e riconducono a quel sistema di uniformità, che i vizî di redazione turbano costantemente. Così si trova il rimedio nella sorgente del male. La moltitudine delle leggi, nascente dalla varietà quasi illimitata delle relazioni sociali, occasiona frequenti dubbî: questa stessa molteplicità

offre, a chi medita , i mezzi di rischiarare tali dubbî.

È oggetto generale delle leggi civili , comprese in queste le commerciali , il determinare a riguardo di ciascuno il diritto di proprietà , o delle persone , e di garentirlo. Or non può seguirsi il senso letterale di alcuna legge , nel significato che invece l' uno o l' altro diritto resti menomamente turbato. Una delle più fondate massime legali è quella che , nel concorso di ragioni identiche o di ragioni anche più eminenti , debba seguirsi una stessa legge. Perocchè siccome non può arbitrariamente supporre , che il legislatore abbia contravvenuto egli il primo allo scopo, quale si aveva proposto ; abbia inteso di dettare disposizioni contraddittorie ; abbia stabilito i principî , e non volute le conseguenze ; così allorchè per mezzo di talune sue disposizioni non equivoche , e conformi allo scopo generale delle sue stessi leggi , sia manifesta la di lui mente , relativamente a taluni punti , nel silenzio e nella oscurità del testo su di altri punti , deve necessariamente conchiudersi , nel concorso delle stesse ragioni , che non abbia inteso di emettere altre disposizioni , se non quelle che siano conseguenti alle altre chiaramente manifestate.

Il chiaro, l' espresso, spiega l' oscuro, l' omesso. Allorchè una legge è scritta con una chiarezza tale che non lasci verun motivo di dubitare del precetto del legislatore , abbiamo già avvertito che un tal precetto si deve inviolabilmente seguire, anche quando si creda di una ingiustizia evidente. Ma , quando non s' incontri una simile precisione , e che il senso apparente lasci scorgere una disposizione difforme dall' oggetto cui tendono le leggi ; mentre è possibile che , per omissione , per poca esattezza , o per imprevidenza , non si sia inteso di esprimere ciò che sembri espresso ; in una si-

mile ipotesi, non bisogna sacrificare ad una redazione, probabilmente imperfetta, i principî altronde manifesti del legislatore.

Adunque la mente del legislatore sta tutta nel di lui volere, determinato dal fine di provvedere ai bisogni sociali.

Si riconosce, ricercandosi lo scopo ch' egli ha avuto in mira, sia in generale, sia in ciascuna disposizione particolare. E la differenza che vi è più o meno spesso tra il senso letterale, ed il volere della legge è quella che in generale si realizza sovente tra le idee come si concepiscono, ed il modo con cui si esprimono.

In difetto di esattezza, il senso apparente è diverso dal senso reale.

Infine si tradisce il pensiero dell' autore di un atto, e non si segue, quando si abbandonino gli argomenti che lo manifestano, e si consultino invece le nude voci; le quali, laddove per inesattezza non corrispondano alle nostre idee, cessano di esserne il segno enunciativo.

§. 8. E però distinguonsi tre specie d' interpretazione; l' *autentica* cioè, l' *usuale*, e la *dottrinale*.

La prima consiste nel risolvere i dubbî, e fissare il senso di una legge in forma di disposizione generale, obbligatoria per tutt' i cittadini, e per tutt' i tribunali. Questa si appartiene al potere legislativo, comechè punto non differisce dalla legge.

L' *usuale*, allorchè il giudice interpreta la legge in conformità del *jus receptum*, ossia de' *giudicati* in simili affari (1) emessi.

La *dottrinale* si ha nell' intendere il vero senso della legge, nella sua applicazione a' casi parti-

(1) L. 12 ff. de legib.

colari (1). Questa è l'opera de' giureconsulti, i quali spiegano la legge secondo i principî della scienza.

La dottrinale si divide in *estensiva*, *restrittiva*, e *dichiarativa*.

La *estensiva* è quando la ragione della legge ha un senso più esteso di quel che contengono le parole ; ella quindi si applica a quei casi, che la legge medesima non avea espressi.

La *restrittiva* al contrario si ha quando le espressioni della legge hanno una latitudine maggiore della sua ragione ; ed ha luogo in quei casi che la legge sembra di non avere nelle sue disposizioni rinchiuso , applicandola meno di quel che si esprime colle parole.

La *dichiarativa* è quando la ragione della legge concorre del pari colle sue parole , bastando di spiegarla per averne il senso completo.

§. 9. Per applicare le leggi bisogna essere ugualmente abile ;

1. A *consigliare*. È questo uno special dovere del giureconsulto ;

2. *Ad agire in giudizio*. Queste funzioni sono particolari al ministero degli avvocati, e de' patrocinatori ;

3. A *redigere gli atti* nelle transazioni civili *da renderli inattaccabili*. È questo il dovere degli avvocati e de' notai in fatto di contratti , di testamenti o di altri atti pubblici e privati , da *prevenir* tutt' i vizi , che potrebbero farne pronunziare la nullità o la rescissione.

4. Infine a *giudicare*. È questo il dovere del magistrato chiamato a decidere i litigî, dopo di aver intesa la discussione di fatto e di diritto.

Tali sono le qualità necessarie al vero giure-

(1) L. 13. ff. de legib.

consulto che , secondo Cicerone , è l' oracolo della città.

SEZIONE III.

Del diritto , o del gius

§. 1. La voce diritto ha quattro significati, ossia intendimenti diversi (1).

Ella viene adoperata qualche volta come sinonima di legge o di ragione. Si suol dire, per esempio , *il diritto vuole* , in vece di dire *la legge vuole* ; come dicesi ancora *far diritto ad una* , o *ad un' altra persona* , in luogo di dire *far ragione*.

Tal altra volta colla voce *diritti* noi esprimiamo le prestazioni, che un tale è autorizzato a riscuotere da molti ; e l' usiamo in questo senso precisamente quando vogliamo dinotare le prestazioni che taluno riscuote a titolo di signoria.

Impieghiamo altresì la stessa voce ad esprimere la facoltà ossia il potere legittimo che ad uomo compete sopra altro uomo , o sopra un dato oggetto.

E finalmente l' adoperiamo ad esprimere il complesso , ossia la collezione di un ordine di leggi che han comune l' autore e l' oggetto. Adoperata però nel terzo e nel quarto senso , la voce *diritto* comprende una moltitudine d' idee ch' è necessario di svelare partitamente.

§. 2. Allorchè colla voce *diritto* vuoi esprimere la facoltà morale, ossia il potere legittimo che ad uomo compete , si distingue primieramente in

(1) Deriva a *jubendo* , ordinare , comandare , imporre; perciocchè gli antichi, secondo Festo, chiamavano *jussa*, comandandi, ordinanze, ciò che noi diciamo *jura*, diritto. Così le espressioni *contra jus esse* , esser contro il diritto ; *jure quid fieri* , agir per diritto etc.

diritto sulla cosa, e *diritto alla cosa*; e come i latini dicevano *jus in re*, e *jus ad rem*. Dicesi *diritto sulla cosa* così quello ch'è infisso sull'oggetto che sta fuori di noi, come quello ch'è inerente a noi stessi, ossia alla nostra qualità personale di uomini, di membri dello stato, di cittadini, di mariti, di padri, di figli etc.

Dicesi all'incontro *diritto alla cosa*, la facoltà che abbiamo a costringere alcuno a dare, a fare, o a non fare una qualche cosa.

I *diritti sulla cosa* possiamo farli valere contra chiunque possenga la cosa che ci appartiene, o ci contenda le nostre qualità personali, comechè da niuna obbligazione sieno ligati verso di noi.

I *diritti* poi della seconda classe, ossia *alla cosa*, non possiamo invocarli ed esercitarli, se non contro di coloro, che per una obbligazione qualunque sieno ligati verso di noi.

§. 3. Inoltre i *diritti personali* si distinguono in *naturali*, *politici*, *civili*, e *municipali*.

I *diritti naturali* sono quelli che ci appartengono in qualità di esseri appartenenti al genere umano. Tali sono il diritto di pensare, di volere, e di far uso de' nostri organi.

I *diritti politici* son quelli che ci riguardano in qualità di membri della nazione di cui facciam parte. Tali il diritto di poter esser promossi a tutte le cariche ed a tutte le dignità dello stato; di reclamare i vantaggi stipulati dal nostro con gli altri regni; di navigare con la bandiera nazionale; di esser protetti negli stati esteri, secondo le regole stabilite dal diritto delle genti, di partecipare in fine ai poteri pubblici ne' limiti prescritti dalle leggi fondamentali dello stato.

I *diritti civili* sono quelli ai quali partecipiamo come uomini liberi associati in nazione, soggetta ad

uno stesso principe, e ad una medesima legislazione. Sono detti civili in opposizione ai politici, non perchè non sono fondati sulla ragione comune, ma perchè garentiti, e modificati dalle leggi civili di ciascun paese. Tali sono il diritto alla proprietà ed all'amministrazione de' beni; il diritto di testare e di donare; non che di acquistare per gli stessi titoli; il poter esser nominato tutore; il concorrere agli atti relativi alla tutela, il poter essere in giudizio; e finalmente il prestar testimonianza negli atti autentici e giudiziari.

I diritti *municipali* da ultimo sono quelli che ci appartengono non come cittadini dello stato, ma in qualità di cittadini (*municipes*) di uno o di un altro comune. Tali sono il diritto del suffragio attivo e passivo nelle assemblee decurionali; la facoltà di usare del demanio comunale aperto; il poter esser iscritto alle chiese recettizie del proprio comune, ed ordinato a titolo delle medesime; ed in generale il partecipare a tutt' i vantaggi del proprio municipio.

Sin qui della parola *diritto* impiegata ad esprimere la facoltà che ad un uomo compete sopra un altro uomo, o sopra un dato oggetto.

§. 4. La stessa voce però è adoperata tal altra volta ad esprimere lo insieme, ossia la collezione di un ordine di leggi che abbian comune l'*origine* e l'*oggetto*.

Risguardandone l'*origine*, il diritto si distingue in *divino* ed *umano*.

Dicesi *diritto divino* quello che ha per suo autore immediato Iddio; e *diritto umano* quello ch'è stato dato alle nazioni dalla potestà della terra.

1. Il *diritto divino* si suddivide in *diritto divino naturale*, e in *diritto divino positivo*.

Il *diritto divino naturale* che, applicato al genere umano chiamasi altresì *diritto delle genti*, e

diritto pubblico universale, egli è quel complesso di regole, e di precetti che deduciamo per mezzo della ragione dalla natural costituzione dell' uomo. Esso non è scritto in alcun Codice, ma nel fondo del nostro cuore.

Il *diritto positivo divino* è la collezione delle regole e dei precetti rivelati da Dio, ed a noi trasmessi ne' libri santi della bibbia, se non che fa uopo discernere le regole ed i precetti speciali dati da Dio al popolo eletto, da quei che risguardano tutto il genere umano. I primi costituiscono il *diritto divino speciale* dato al popolo ebreo, e riflettono il governo temporale di quella nazione e la polizia esteriore del loro culto. I secondi spettano ed obbligano tutto il genere umano.

2. Il *diritto umano*, avuto riguardo alla nazione che lo ha adottato, o al legislatore che ne fu l' autore, prende la denominazione dalla stessa nazione cui appartiene, o dallo stesso autore; e quindi il diritto de' napolitani dicesi napolitano, dei romani romano, dei francesi francese, e così sempre.

§. 5. Avuto riguardo poi all' *oggetto* di cui un ordine, o una classe di leggi si occupa, prende i seguenti diversi qualificativi.

I. Dicesi *jus internazionale* quell'ordine di leggi colle quali sono state regolate le relazioni tra una ed un' altra nazione per mezzo di trattati stipulati tra loro, o per usi da tutti ricevuti, perchè derivati immediatamente dalla natura della umana società (1).

(1) I detti trattati trovansi raccolti da molti compilatori, tra' quali i più noti sono *Dumont, Schoell, Martens, Koch, e Malby*. I trattati che riguardano il regno nostro sono nelle raccolte delle prammatiche: pe' trattati posteriori al 1806 forza è ricorrere alle istorie contemporanee, quindi al *bulletino delle leggi*.

II. Dicesi *jus pubblico nazionale* quel complesso di regole e di precetti stabilito ed ordinato pel governo e l'amministrazione interna di uno stato, e si divide in diritto *nazionale politico*, in diritto nazionale *ecclesiastico*, in diritto nazionale *penale*, e diritto *regolatore della liturgia de' giudizi*.

1. Diritto nazionale *politico* dicesi quello che regola i pubblici poteri, la successione al trono, la forma ed autorità de' diversi atti legislativi, la divisione e circoscrizione territoriale dello stato, i sistemi relativi all'amministrazione pubblica, l'organizzazione giudiziaria, la composizione delle armate, la navigazione, la caccia, la pesca, l'istruzione pubblica, le manifatture, le arti.

2. Diritto nazionale *ecclesiastico* è quello che riguarda la disciplina ecclesiastica, e la polizia esterna del culto divino.

3. Diritto nazionale *penale* dicesi quello che contiene le regole ed i precetti co' quali sono caratterizzati i reati, e distribuite le pene.

4. E finalmente diritto pubblico *regolatore della liturgia de' giudizi* chiamasi l'altro che regola l'ordine e le forme de' giudizi.

III. Diritto *civile privato* dicesi quel complesso di regole e di precetti co' quali è stato determinato lo stato civile delle persone, fissati i doveri risultanti dalla condizione di padre, di figlio, di marito, di moglie etc., e regolato i modi di acquistare, di trasmettere, di conservare, di revindicare, e di abdicare la proprietà.

IV. E da ultimo diritto *commerciale* appellasi quella raccolta di precetti e di regole colle quali sono state determinate le materie commerciali, ed i doveri de' commercianti.

§. 6. Rassegnate così da alto le significazioni e distinzioni diverse della voce diritto; passiamo al-

la disamina, particolarizzata, delle principali cose, ossia del diritto naturale, delle genti, politico e civile che faremo, in separate sezioni, nel seguente

TITOL O II.

Del diritto naturale, delle genti, politico, e civile.

SEZIONE I.

Del diritto naturale.

§. 1. Il diritto naturale riguarda l' uomo come semplice creatura ragionevole. Non è che un lume o dettame della retta ragione, infuso dall' autore della natura alla divisata creatura ragionevole, per mezzo del quale ella, indipendentemente da ogni principio positivo, discerne l' onesto dal turpe. Questo dettame di ragione addiviene una legge la quale sa determinare ciò che conviene o disconviene alla natura ragionevole, da quel che può essergli indifferente (1).

La legge o dettame di natura siffatto preso in un senso lato, sembra non differire dal dettame della coscienza. Ma v' ha pure una grande diversità. Il diritto o legge di natura stabilisce la regola generale sopra le azioni rispettive; la coscienza altronde statuisce il dettame pratico ne' singoli rapporti, vale a dire, ciò che si debba fare nelle particolari cir-

(1) S. Paolo meglio di tutti insegnò *ad Rom. 2.* » *Cum gentes quae legem non habent, naturaliter ea quae legis sunt faciunt, ejusmodi legem non habentes, ipsi sunt lex* ». Ved. Grozio *de jure belli et pacis cap. 1, §. 10.*

costanze. In poche parole, la coscienza fa l'applicazione della legge di natura all'azione particolare (1).

S. Paolo, superando tutti gli umani gius-pubblicisti, assegnava (2) nel tempo stesso alla coscienza due grandi funzioni: la prima di applicar la legge di natura alle singole azioni; la seconda di pronunciare il suo giudizio, ossia la sua testimonianza, sul merito di essa applicazione. La coscienza adunque applica, e giudica. Per altro queste due funzioni dipendono dalla regola generale del diritto di natura, ed in conseguenza la coscienza non può confondersi con lo stesso diritto di natura, ma n'è distinta, come sono il potere legislativo e l'esecutivo, li giudici e la legge positiva (3).

§. 2. Il legislatore mediato delle leggi di natura è l'intelletto. Ciochè esso stabilisce si chiama legge, o dettame di ragione. La volontà, che altrimenti dicesi appetito, dev'essere soggetta alle regole di questa legge (4).

Il legislatore immediato è lo stesso Dio autore della natura il quale, nell'infondere l'anima ragionevole, accende nell'intelletto una lucerna divina (5) che, fin quando non resta offuscata ed estinta dai vizî e dalle passioni (6), illumina l'intelletto di pronunciar le naturali regole archetipe, o primitive ch'egli ha contrassegnate.

(1) Lo stesso S. Paolo al 1. c. prosiegue: « *Ostenderunt opus legis, scriptum in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientia ipsorum.* »

(2) Vedi il testo sopra citato nella nota.

(3) Vedi il Suarez de legibus lib. 2. cap. 5. e seg.

(4) » *Sub te erit appetitus tuus, et tu dominaberis illius* » Genes. 4.

(5) » 4 Esdr. 14. v. 15.

(6) Ephes. 4. v. 18.

I principî generali del diritto di natura sono due:
 1.° *Fuggire il male , e fare il bene* 2.° *Ciò che non piace per se non fare agli altri* (1). Da questi principî ne derivano tutti gli altri. Il diritto di natura regola gli uomini , sebbene isolati , in famiglie e non ancora riuniti in società (2).

I doveri assegnati dal diritto di natura sono tre. I primi si riferiscono allo stesso Dio autore della natura. I secondi sono proprî degl' individui. Li terzi han relazione al prossimo , ossia alla società.

§. 3. Gli antichi giureconsulti , insieme all' imperatore Giustiniano , seguendo i principî de' pagani giureconsulti , i quali avevano offuscato il lume dell' intelletto da una religione carnale e di prostituzione , definivano il diritto naturale: *Quella legge che la natura insegna a tutti gli animali* (3).

Da questa definizione si è conchiuso che gli antichi attribuivano la ragione alle bestie , il diritto non potendo esistere che fra gli esseri ragionevoli. E Vinio ha creduto che il solo Ulpiano avesse attribuito alle bestie la suscettibilità del *jus* ; mentre la opinione siffatta non è del solo Ulpiano , ma di tutti gli

(1) Seybold. *Dicaeomachia* , seu *Respublica Christianorum* part. 1. sect. 1. per plures §. §. edit. Oeniponti 1721.

(2) Dice a questo proposito Omero nell' *Odissea* lib. 9. v. 106. « *I ciclopi non riconoscono veruna legge positiva. Ciascuno governa la propria famiglia , e regna sopra la sua moglie , ed i suoi figli. Gli affari dei loro vicini non gli fanno pena alcuna , nè credono che possano interessarli. Non tengono nè assemblea sugli affari pubblici , nè si governano con leggi generali. Il loro nutrimento consiste nei frutti della terra ; il loro soggiorno sulla cima de' monti , e gli antri servono per loro ritirata.* È questo il vero ritratto della vita naturale.

(3) » *Jus naturale dicitur , quod natura omnia animalia docuit* » *Inst. h. t. §. 1. — L. 1. §. 3 ff. de just. et jure.*

antichi filosofi i quali sostenevano che il diritto di natura non esigesse altra cosa che vivere secondo la natura. Essi distinguevano la natura comune a tutti gli esseri, da quella particolare e propria dell' uomo. Dalla prima facevano risultare il *jus* naturale, comune, in conseguenza, a tutti gli animali; e dalla seconda il diritto delle *genti* particolare alla specie umana.

§. 4. In tal guisa gli antichi, Ulpiano, Giustiniano, non indicarono il diritto di natura, ma l' istinto e la propensione della natura sensitiva: non considerarono l' uomo, come uomo, ma soltanto come animale: legislatore, e giureconsulti quali erano, in vece di rimediare ai disordini, ponevan in trono la libidine e la voluttà che gli animali prescrivono a se stessi; escludevano in fine tutt' i precetti dell' onestà naturale (1). Ed è meraviglia com' eglino imparato non avessero almeno da Cicerone, che l' uomo è non solo animale, ma dotato di anima ragionevole (2).

V' ha però il caso in cui le funzioni meramente animali, come la commestione, la propagazione della specie, la conservazione della vita ed il moderame della propria difesa, divengono precetti del vero diritto di natura; ciò succede, allorquando queste funzioni si sottopongono al giudizio della retta ragione, ed al rapporto di un fine onesto; come la commestione per riparare le proprie forze, la propagazione in matrimonio onesto per sostenere l' umana specie, la conservazione della vita per obbedire al precetto dell' ordinata dilezione di se stesso, ed il moderame della propria difesa per seguire

(1) Gravina de Orig. jur. lib. 2. §. 1.

(2) Cicerone de offic. lib. 1. cap. 34.

lo stesso precetto, e comprendere nella propria difesa ancora la tutela di coloro che ci appartengono. In tali casi non operiamo per istinto come fanno gli animali, ma per un principio più nobile che viene regolato dal criterio di una retta ragione, e dalla riflessione d'un fine lecito ed onesto.

Adunque da tutto ciò possiam definire:

1.° La legge naturale « *La volontà di Dio promulgata dalla retta ragione* »; in altri termini « *La legge scolpita nel cuore degli uomini dalla Divinità* ».

2.° Il diritto naturale « *Il sistema, ossia la collezione di queste leggi riunite in ordine metodico* ». (1).

SEZIONE II.

Del diritto delle genti.

§. 1. Secondo il calcolo della scrittura, Caino fu il primo che nell'anno 140 del mondo riunì molte genti in società, e fondò la prima città chiamata *Enochia*, per solennizzare il nome di suo figlio Enoch (2).

Qui sembra fallare l'autore *della storia dell'uomo*, il quale fissa la prima origine della società circa l'anno 850. Forse volle intendere l'aumento della società e l'origine delle diverse nazioni che potevano conoscersi nell'anno 850 (3). Di

(1) Qui la voce *diritto* è presa nel senso di collezione di più leggi.

(2) Genes 4. 17.

(3) « Nell'anno 850 la stessa causa la quale stabilì aveva delle corrispondenze tra differenti famiglie, ne stabilì consimili fra li borghi, e le città, e da queste varie corrispondenze nacque una certa unità di costumi, di caratteri,

fatti circa quel tempo *Nembrot* potè aver fondato delle città, e stabilita la prima monarchia del mondo (1).

Quel ch'è certo si è, che se il diritto di natura regolò l'uomo come creatura ragionevole, il diritto delle genti lo regola come cittadino e parte della società, non prima per altro che convenga in relazioni sociali; poichè allora nasce il diritto delle genti.

§. 2. Gli antichi giureconsulti che errarono sulla definizione del diritto di natura, molto meno indovinarono quella del diritto delle genti. Essi lo chiamarono. « *Un istinto proprio e comune degli uomini, quale non conviene agli animali* » (2).

E però che codesta definizione allude a quella del diritto di natura ragionevole, comunque questo non possa chiamarsi un istinto, dipendendo da un intelletto puro e non offuscato da vizi.

La definizione quindi che si è potuta conciliare da giustissimi principî, si è questa: » *È una legge non scritta, ma fondata su i dettami della retta ragione, la quale per comun consenso, e pe' costumi delle genti riunite in relazioni sociali, forma autorità presso tutto il genere umano* ». Questa definizione è più pingue di quella di *Puffendorf*, che definì il diritto delle genti « *Qual diritto naturale applicato al commercio delle nazioni, e loro relazioni, e rapporti* » (3).

Perocchè tal definizione non pare possa sostener-

e d'inclinazione che in ciascuna contrada cominciarono a caratterizzare i popoli della terra ». Storia dell'uomo tom. 1. pag. 155. Yverdon 1781.

(1) Genes. cap. 10. vers. 10.

(2) L. 1. §. ultim., et L. 2. ff. de just. et jure.

(3) Puffendorf. de jur. natur. et gent. lib. 2. cap. 3.

si ; giacchè non è il solo diritto di natura , ma sono i costumi e consenso delle nazioni che concorrono a formare il diritto delle genti , non tanto per via di applicazione semplice , che per mezzo di legislazione non scritta, insita nel cuor nostro , e da noi consentita.

Egli è osservabile pertanto , che il diritto delle genti suggerisce i doveri reciproci tra nazioni e genti riunite in società, ma non può diramare questi doveri ai popoli barbari e feroci , quali non conoscono nè un sistema di religione , nè forma di un governo politico (1).

§. 3. Tra tutte le divisioni del diritto delle genti , la più giusta sembraci quella ch'altro sia *interno*, ed altro *esterno*. L'interno non contiene alcuna obbligazione propria coll'estero ; poichè tende a mantenere le relazioni interne , il decoro , e la esistenza di qualunque privato popolo e nazione. I doveri di questo diritto interno pesano a responsabilità di chi governa , mentre dalla manutenzione e garentia di questi doveri , dipende la manutenzione e garentia del popolo. Tali doveri riguardano 1. L'adozione di quella religione che si conosce la più vera , e la più conducente al bene pubblico ; 2. La conservazione dell'annona ; 3. La fabbrica delle case ; 4. Le fortificazioni della città ; 5. La divisione delle cose ; 6. La tutela del *postliminio*, per cui li reduci dalla guerra ritornano ai primitivi loro diritti ; 7. La circolazione della moneta ; 8. Le contrattazioni particolari , come sono la compra e vendita , e consimili obbligazioni corrispettive , le quali cose riguardano le relazioni interne della stessa nazione , e non han verun contatto con la felicità e conservazione di tutto il genere umano ; 9. L'accoglienza

(1) Loesio ad tit. ff. de just. et jure num. 32 e seg.

ed ospitalità di uomini inermi e pacifici che domandano asilo, ricovero ed assistenza. Si osservi che venendo tolto, o dimenticato alcuno de' suddetti doveri, la nazione, o popolo qualunque, mancherebbe di elementi per sussistere.

Il diritto delle genti *esterno*, ossia propriamente detto, riguarda le relazioni commerciali ed esterne di qualunque nazione o popolo, con le altre nazioni e popoli della terra. Codesto diritto genera il così detto patto, o contratto sociale *di fare, o non fare; di osservare, o dimenticare alcune cose* (1).

Da questo patto sociale implicito e stabilito per i costumi e consenso delle genti, nasce tra nazione e nazione la facoltà, ossia l'azione di domandare o di ricusare alcune cose. Ciò che si possa domandare, o ricusare è già stabilito dal consenso e costumi di tutte le genti, talchè gli articoli del gran patto sono abbastanza promulgati. L'obbligazione di osservare il patto è tutta propria del diritto naturale, non ostante che il patto sociale discenda soltanto dal diritto delle genti, e preordini il fondamento del diritto pubblico.

La garanzia del patto sociale spetta a' sovrani ne' governi monarchici, al senato ne' governi aristocratici, od oligarchici, ai rappresentanti del popolo nelle repubbliche.

Gli oggetti sopra i quali si aggira il gran patto sociale sono i seguenti: 1. La consuetudine di ammettere ambasciatori, nunzi, o agenti diplomatici (2) tra l'una e l'altra nazione, come personag-

(1) Ved. il Goguet Origine delle leggi pag. 75, il quale prova, che il patto sociale può fissare li poteri d' un sovrano.

(2) *Scienza diplomatica* è la scienza de' trattati, che regolano le relazioni de' popoli. *Corpo diplomatico* è la riu-

gi destinati a mantenere le relazioni di amicizia, e rappresentare i loro sovrani: d'indi nasce, che se una nazione non voglia ammetterli, o li dispreggi, incorre nella violazione del patto sociale; 2. L'ordinazione del regime pubblico in cui si comprende la divisione delle terre, la fondazione delle colonie, l'erezione de' principati, le terminazioni o confinazioni de' territorî, le distribuzioni de' poteri, le distinzioni de' domini, i pubblici stabilimenti, le relazioni commerciali, ed i contratti primitivi sociali comuni all'estero; come la permuta di merci, la compra e vendita di derrate, le locazioni e conduzioni, l'istituzione de' patti reciproci, ossia obbligazioni, eccettuate alcune che sono state introdotte dalla legge civile per un perfezionamento del regime sociale; in fine i patti d'avarie, di prese marittime, e di sequestri commerciali; 3. Il diritto di dichiarare la guerra, che compete ai principi, o repubbliche aventi alto dominio, e che non riconoscono superiori, ad oggetto di legittima difesa, o per la riparazione de' torti che ledano l'onore, e l'interesse dello stato; 4. Il modo e gli effetti della guerra: circa il modo, che consisteva una volta nella solennità de' feciali (1), si ha ora in una so-

nione di più ambasciatori, o ministri, che risiedono presso una potenza, e che talvolta si riuniscono in conferenze. La parola *diplomatica* nasce dai diplomi, ne' quali sogliono essere estesi i pubblici trattati, ed in questo senso la scienza *diplomatica* è subordinata al diritto delle genti. Il *Leibnizio* lo dimostrò chiaramente nella sua grande opera, intitolata: « *Codex juris gentium diplomaticus* ».

(1) Il ceto de' feciali era sacerdotale. Essi avevano la pubblica fede, ed erano inviolabili. Al tempo di Varrone, com'esso attesta *lib. 4 de ling. lat.* il collegio loro era di 20 e seguivano ad essere consultati in affari di guerra — *Statuerunt Feciales viginti, qui de his rebus cognoscerent.*

lenne e diplomatica dichiarazione, che si chiama *nota ministeriale* dal verbo *noscere*, perchè il mondo conosca, e giudichi della giustizia della guerra; e perciò ciascuna di queste note è non solo ragionata, ma cita ben anco de' documenti in appoggio. Quindi si dee osservare la previdenza che le armi e le acque non vengono avvelenate, che il nemico non ci sorprenda per mezzo di sicarî ed assassini, o violando una promessa, e che nè li generali o principi belligeranti, nè li soldati stessi si servano d'inganni, d'arti ludiche, e specialmente di tradimenti per ottenere la vittoria. Circa gli effetti, questi consistono nella regolare occupazione ed acquisto delle proprietà, del bottino, e della cassa militare caduta in potere del vincitore, nell'impunità de' nemici che cadono prigionieri in una guerra giusta: (poichè nelle guerre ingiuste si puniscono come ribelli e sediziosi), come pure nella ritenzione, trattamento, o cambio di prigionieri; 5.° Finalmente sono oggetto del gran patto li trattati di pace, le tregue, gli armistizî, le ambasciate parlamentarie, articoli preliminari e cose simili che lo stesso patto sociale, consentito da tutte le genti, vieta di violare o di deludere.

§. 4. Intanto, secondo gli stessi stoici, Giustiano divide il diritto delle genti in *primario* e *secondario*. Per *primario* intende quello che la ragio-

Dopo stabilita la guerra, un sacerdote faciale delegato dal collegio, si recava ai confini del nemico, ed ivi piantando un' asta di ferro colorita di sangue ed abbrustolita, recitava la formola: « *Quoniam populus Hermundulus, hominesque populi Hermunduli adversus populum Romanum bellum facere relinquere, populus Romanus populo Hermundulo, hominibusque Hermundulis bellum jussit. Ob eam rem ego, populusque Romanus, populo Hermundulo, hominibusque Hermundulis bellum indico, facioque.* Tit. Liv. lib. 1.

ne naturale , propria all' uomo , stabilisce tra tutti gl' individui dell' umana specie , da' quali viene uniformemente osservato.

Per secondario , quello che si è introdotto fra gli uomini in forza dell' uso e per i bisogni umani ; o come dice Modestino (1), ciò che la necessità ha stabilito. Il diritto primario adunque è assoluto; il secondario è ipotetico , perchè risulta dalle circostanze.

Ma codesta distinzione non fa che simbatizzare con un sistema d' arbitraria ideologia , ossia moltiplicare la confusione d' idee fondate su principî incompetenti.

SIZIONE III.

Del diritto pubblico.

§. 1. Il diritto delle genti nasce appena riunita la società e costituita sotto una qualche forma di governo. Si pensa allora alla distribuzione delle case, alle fortificazioni ed agli oggetti interni sopra enunciati. Di poi si da opera a ricercar amicizia con altre nazioni , si spediscono ambasciatori , si tratta la guerra o la pace per propria indennità e conservazione , e si adempie anche con gli esteri alla legge del contratto sociale.

Se giustamente si divide il diritto pubblico dal diritto delle genti , questi provvede alla fondazione e conservazione materiale della società ; ma è indispensabile ancora la sua fondazione e conservazione formale. Questa si deve al diritto pubblico.

Quindi il diritto pubblico chiama a se il mantenimento del culto di quella religione che diven-

(1) Leg. 2. ff. de justitia et jure §. 2. v. nam usu ;
L. penult. ff. de leg.

ne adottata e dominante per consenso delle genti (1) : in conseguenza rispetta , mantiene e protegge i sacerdoti , conoscendo che senz' animare il culto non potrebbe sussistere la macchina della società. Perciò in un governo musulmano il diritto pubblico protegge le moschee ed i dervis , in un governo cinese difende i pagodi ed i mandarini , ed in un governo cattolico, il diritto pubblico, guarentisce le chiese.

§. 2. Già s'intende che il diritto pubblico esercita le sue funzioni per mezzo di quello o quelli che per consenso delle nazioni dichiarati furono sovrani o capi della società , avuto riguardo alle tre diverse forme di governi sopra indicati (2). E quelli appunto che furono designati sovrani o capi, dopo aver assicurato la manutenzione del culto pubblico e de' sacerdoti , conoscono la necessità indispensabile di chiamare altri agenti per reggere la gran macchina del governo. Quindi per sostenere il decoro dello stato , nasce il ramo di corte; per fermare la sicurezza pubblica , sorge il ramo di polizia e quello della guerra ; e per il pubblico governo , nasce l'organizzazione de' magistrati, la fondazione degli uffiziali pubblici nel ramo amministrativo e giudiziario , li regolamenti e disposizioni sulle loro attribuzioni e doveri (3). Diviene in fine di

(1) Dicea una legge ateniese riportata da Samuele Petit pag. 9 « *Ne quis novos colat deos, neque ignotas caeremonias adhibeat, nisi publice adscitos* ». E prosiegue : « *Statuit igitur Atheniensium civitas publica sua templa, in quibus sacra fiebant, publico totius civitatis sumptu* ».

(2) *Necessum est, universae Reipublicae, ut societatis regimen, ac administratio sit penes eum, qui summae rerum praeest.* Vander Muelen ad tit. de just. et jur. pag. 49.

(3) Dicea Cicerone lib. 3 de leg. « *Magistratibus opus est, sine quorum prudentia, ac diligentia civitas esse non*

pubblico diritto tutto ciò che si riferisce alla materia e forma dell'organizzazione amministrativa e giudiziaria. Tali sono li stessi regolamenti , gli editti , i protocolli , le rendite fiscali , li dazî , le vie pubbliche , le carceri , le scuole , gli edifizî pubblici , il sistema monetario , e tanti altri oggetti che sono descritti negli ultimi titoli del Codice e delle Pandette (1).

Ed è cosa meravigliosa come Ulpiano , nel primo suo libro delle Istituta , comprendea tutti questi grandi obbietti del diritto pubblico in tre parole , dicendo : *Il diritto pubblico consiste negli oggetti sacri al culto , ne' sacerdoti , e ne' magistrati* (2); ma pure con tanto laconismo seppe comprendervi il tutto , abbandonando lo sviluppo a quelli che far dovevano professione di cotale scienza.

§. 3. Piuttosto non si comprende come i più celebri giuristi siansi confusi nel cercare la differenza tra il diritto naturale , quello delle genti , e l'altro pubblico. *Cujacio* medesimo dovè confessare , che niun argomento era stato trattato dagl' interpreti più indecorosamente di questo (3). Egli poi im- prende a trattarlo con isquisita erudizione e dottrina , e conclude una notevole differenza tra codesti diritti. La conclusione non si può negare , ma i

potest, quorum descriptione omnis reipublicae administratio continetur.

(1) *Seybold de jurispr. part. 2 pag. 232.*

(2) *Publicum jus in sacris , in sacerdotibus , in magistratibus consistit.* Ulpiano nel tit. 1 §. 2 dig. de just. et jure.

(3) *Cujacio in tit. dig. de just. et jure tom. 7 pag. 13. Jus publicum neque naturale , neque gentium , neque civile est. . . Haec nobis perspicue explicanda sunt , non foedissime , ut interpetres fecerunt , quia nihil foedius scriptis doctorum ad hunc titulum.*

principî sono sostenuti più da sforzo di dottrina, che di ragione; poichè *Cujacio* era per dir così superstizioso nel ritenere certi principî di Giustiniano, tra' quali l'umiliante definizione del diritto di natura che solo l'istinto degli animali spiegava, e l'altra parimenti incoerente del diritto delle genti (1).

A noi sembra che ci voglia più filosofia che dottrina nel riflettere, che il diritto naturale regola gli uomini isolati, in famiglie ed ignoranti di ogni principio sociale; il diritto delle genti somministra gli elementi per la fabbrica materiale della società; il diritto pubblico poi provvede alla forma ed organizzazione costitutiva ossia fondamentale della stessa società (2).

Adunque riunendo insieme un uomo naturale, con un altro che vive col diritto delle genti, v'ha tra di loro quella differenza ch'esiste tra i principî elementari, e gli altri formali e costitutivi, ossia tra la materia e la forma (3). Merita per altro una somma lode il sistema del signor *Domat*, che più da vicino a noi, più minutamente ha trattato le materie del diritto pubblico. Esso riconoscendo il principio che il diritto pubblico contiene la forma e l'organizzazione della società, non si dipartì da questi principî generali, che anzi procurò di ordinarli e di sottoporli al più minuto esame. Ed assegnò a tutte le classi i rispettivi doveri, formando così un completo sistema di ordine pubblico, col quale

(1) Ved. il Comment. di Cujac. ad §. hujus studii de just. et jure nel luogo citato.

(2) Così ancora pensava il gran *Bacone da Verulamio*, De augm. scient. lib. 5 aform. 4. *Ius publicum extenditur ad religionem, et arma, et disciplinam, et ornamenta, et opes, denique ad omnia, circa bene esse civitatis.*

(3) Chauvin Lexic. philos. pag. 259, ad 390.

provvedè con dignità all' onor del culto , de' sacerdoti , del principe , de' magistrati , ed a tutte le dipendenze della pubblica amministrazione. Può asserirsi che sarebbe felice quello stato , dove si osservassero i regolamenti e i doveri che rassegna questo celebre autore.

§. 4. L' idea del diritto pubblico, che abbiain qui data brevemente, appartiene al diritto pubblico universale , quale si applica a tutt' i popoli e nazioni con qualche varietà indifferente circa la scelta della forma , la quale non varia però la sostanza de' principî. Ma il diritto pubblico che chiama Ulpiano *rei Romanae* (1) , e l' odierno diritto romano-germanico a cui appartiene la bolla d' oro (2) , li recessi dell' impero (3) , le pacificazioni , e le costituzioni germaniche , o consimili sistemi nazionali ; codesti unitamente al diritto pubblico universale , regolano ed obbligano quelle sole nazioni che li professano.

(1) *Publicum jus est, quod ad statum rei romanae pertinet* » Ulpiano nella *L. 1. §. 2. ff. de just. et jur.* Si potrebbe anco congetturare , che Ulpiano ritenesse come barbare e non civilizzate quelle nazioni che non dipendevano da Roma, e perciò costringesse il diritto pubblico universale al solo impero romano. Ma se valesse questa congettura , Ulpiano potrebbe tacciarsi di soverchio stoicismo , o di *paganiana adulazione*.

(2) Fu questa una costituzione dell' imperatore Carlo IV. nel 1356. circa l' elezione dell' imperatore , così detta da un bollo o singillo d' oro che ne pendea. Le ultime vicende han prodotto la deroga al bollo d' oro.

(3) *Recessus imperi* è una frase latino-germanica , per indicare la riunione de' voti o determinazioni di una dieta imperiale. L' etimologia di *recessus* nasce a *recedendo* , cioè , che la raccolta de' voti seguiva nel ritiro de' deputati — Ved. Enrico Spelmanno nel suo Glossario archeologico pag. 189.

SEZIONE IV.

Del diritto privato e civile.

§. 1. Le relazioni tra socio e socio , i diritti e i doveri nel solo interesse de' particolari , costituiscono un'altro capo essenziale di pubblica amministrazione. Dopo la divisione delle sostanze , la distinzione degli averi (1) , e lo stabilimento della moneta che accadde nell'epoca in cui gli nomini consentirono a vivere col diritto delle genti , nacquero le contese e le liti tra i cittadini delle quali non potè occuparsi il diritto pubblico intento a consolidare nell'interno e nell'esterno l'impianto dell'opera sociale. Dovè di ciò intrattenersi il diritto civile qual'eresse i tribunali , abilità i difensori , creò i giudici e diede le regole per decidere le quistioni particolari che formano il corpo del diritto civile.

§. 2. Senza dubbio che le prime cure de' legislatori furon quelle di rivolgersi a frenare , anche con leggi positive civili , li gravi disordini che la promiscuità de' due sessi commetteva appena uscita dallo stato naturale e non ancora istruita delle massime di religione (2). E però che le leggi civili sul matrimonio furono le prime istituzioni (3) , e la sapienza del legislatore divino vi diede poi l'ultima mano

(1) La divisione delle terre e l'apposizione de' confini , precede di molto i *tempi omerici* , è forse ancora l'epoca di *Giobbe* e di *Mosè*. Così dice l'autore della storia dell'uomo tom. 7. pag. 180.

(2) « *Quos Venerem incertam sapientes, more ferarum Viribus aeditior cedebat, ut in grege Taurus* »
Horat. lib. 1. sat. 3. v. 109.

(3) « *Concubitu prohibere vago, dare jura maritis* — *Ideam de arte poetica 398.*

elevandolo ad una sagra qualità (1). Dovettero quindi, i legislatori, subito occuparsi delle contestazioni fra cittadini e concepir delle formole con una certa pubblicità affin garentire gl'interessi de' reclamanti (2). Nacquero dappresso disposizioni positive sull'autorità de' giudici, sul luogo de' tribunali, e sul modo d' introdurre le azioni.

Insegna l' antichità remota che queste disposizioni venivano pubblicate col canto ed inversi perchè restassero impresse nella mente degli uomini. Si vuole che *Apollo* fosse uno de' primi legislatori quale pubblicasse le leggi al suono della lire (3), ed è certo che le prime leggi della Grecia conservavano un metro (4). Ciò anche si prova dalle prime leggi di Spagna (5), e da quelle promulgate da *Tuiscone* che diede il suo nome alla gente *tuisca*, ossia li *tedeschi* (6). Così ebbero pure origine molte istituzioni ritmiche presso i popoli del *nord*, e forse anche le sentenze e frasi politiche degli antichi *troubadours* nella Francia (7).

§. 3. Ma non bastava che le leggi si credessero ispirate e rimanessero impresse nelle menti degli uomini; faceva d'uopo d'istituire persone destinate ad interpretare le leggi, ed i luoghi dove si reggesse la giustizia. La prima divisione de' popoli fu

(1) « *Sacramentum magnum est, ego autem dico in Christo, et in Ecclesia* » *Ephes.* 5. v. 32.

(2) Vedi *Strabone. lib. 9 pag. 646.*

(3) Così attesta *Platone in Min. p. 587*; ed *Aristot. problema. 28.* Vedi anche *Strabone loco cit.*

(4) Varie leggi ateniesi che rimontano ai tempi di *Dracone* e *Solone*, i cui frammenti sono riportati da *Samuele Petit* nella sua opera *ad leg. Atticas*, conservano una specie di metro e di cadenza.

(5) *Strabone. lib. 3 p. 204.*

(6) Ved. *Kuhnus ad Aelian. Var. histor. lib. 2 cap. 39.*

(7) *Echart* nella sua storia della Francia orientale.

fatta in tribù. Il popolo d'Israele fu diviso in dodici tribù. La città di Atene fu dipartita in dieci tribù; e *Servio Tullio* divise Roma in trenta, e quindi in trentacinque tribù. I tribunali adunque trassero il nome dalle tribù ov' eran situati per render giustizia (1). Le persone a ciò destinate eran sagge, elette dal popolo presso gli ebrei, che si chiamavano giudici d'*Israello* (2). Presso gli ateniesi si sceglievano dal ceto de' patrizi (3). Appo i romani e prima dell' impero si eleggevano dal popolo e loro veniva assegnata la rispettiva attribuzione; poichè v'erano i pretori, i decemviri, i triumviri, i duumviri, i tribuni della plebe, i giudici pedanei ed altre sorta di giudici ed ufficiali di giustizia, quali crebbero infinitamente presso gl'imperatori (4).

§. 4. Da tutto ciò è agevol cosa comprendere la idea che debb'aversi *del diritto civile*; perocchè chiamasi quel complesso di regole e di precetti co' quali si determina lo stato civile delle persone, si fissano i doveri risultanti dalla condizione di padre, di figlio, di marito, di moglie etc. etc; e si regolano i modi di acquistare, di trasmettere, di conservare, di rivendicare e di abdicare la proprietà.

Quindi il diritto civile privato è proprio della nazione cui si appartiene; comechè costituito nel suo peculiare interesse; e differisce così dal diritto naturale e quello delle genti, essendo questi comuni al genere umano.

(1) *Cedreno* lib. 1 pag. 29.

(2) *Exod.* 18 v. 21. 22.

(3) Vedi le leggi antiche del *Petit lib.* 1. tit. 3. p. 8.

(4) Vedi *Giuliano Taboeziano de magistratibus; et personarum delecto*, pag. 80.

Quanto poi alla prima emanazione delle leggi, veggasi ciò che abbiám detto nella prima parte di quest'opuscolo, p. 7.

§. 5. Questo diritto si divide in diritto *scritto*, e *non scritto*. I giureconsulti chiamano diritto civile scritto quello ch'è stato promulgato da un' autorità legittima; e diritto non scritto l'altro che s'introduce insensibilmente con l'uso, ossia la consuetudine. Basta dunque che una legge sia promulgata perchè faccia parte del diritto scritto.

Il diritto scritto de' romani si componeva 1.° delle leggi; 2.° de' plebisciti; 3.° dell' editto del pretore; 4.° de' senato-consulti; 5.° delle costituzioni dei principi; 6.° in fine de' responsi dei giureconsulti.

I.

Della legge.

§. 1. Poche voci sono state sì svariamente definite quanto la parola legge.

Secondo Cicerone « *Legge è quella che prescrive in iscritto ciò che vuole, o imperando, o vietando* (1) — Seneca disse « *Esser la legge la regola del giusto e dell'ingiusto* (2) — Plutarco si contentò di chiamarla « *La regina de' mortali e degli immortali* (3) — Secondo Papiniano « *Comune praeceptum virorum prudentum consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio comunis Reipublicae sponsio* — A parere di Giustiniano « *Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante (veluti consule)*

(1) Lex est quae scripto sanxit quod, aut jubendo, aut vetando L. 1. de leg.

(2) Lib. 4. de Benef. c. 12.

(3) Nel trattato: *Dell'importanza che un principe sia sapiente.*

constituit (1) — Montesquieu vuole che le leggi sieno « *i necessari rapporti quali* derivano dalla natura delle cose (2) — La legge, dicono gli autori del Codice francese, la è presso tutt' i popoli « *Una dichiarazione solenne del poter legislativo sopra un oggetto di amministrazione interna d' interesse comune* — Tali altri infine si sono limitati a dire che la legge fosse « *Una regola obbligatoria di condotta*.

Le quali definizioni talune sono generali e vaghe, tali altre insufficienti; alcune di esse comprendono e le leggi fisiche e le morali; taluna, come quella di Giustiniano, non indica che le forme e la persona rivestita del potere legislativo.

§. 2. Recentemente il chiarissimo giureconsulto cavalier Vaselli, nel suo manuale per lo giureconsulto (3), ci ha data un' esatta definizione della legge; noi, a maggior chiarezza, la trascriveremo:

LEGGE

È volontà suprema regolatrice di equilibrio tra forze e desideri.

» 1.° Volontà suprema di Dio *nello stato di natura* l' equilibrio governa tra forze e desideri.
 » Coi primi vagiti estrinseca il bambino desiderare
 » quel latte che in pari tempo stimola con febbre
 » di forza la madre. Legge, volontà del Creatore
 » sospinge, senzachè alcun ne dia consiglio umano,
 » quella donna a mettere in *equilibrio la forza* del
 » latte suo, finchè i desideri si compiano del figlio:

(1) Instit. lib. 1. tit. 2. §. 4.

(2) Esprit des lois, lib. 1. cap. 1.

(3) Vol. 1 pag. 5.

» desiderî, che natura e non consiglio sospingea co-
 » lui ad estrinsecare col pianto : legge, nella quale
 » è scritto dalla mano immortale « *Il proprio indi-
 » viduo si conservi* ».

» Cresca pure isolato il fanciullo, lo seguirà que-
 » sta legge. Nel deserto più orrendo, allo strepito di
 » tuono, all'empito di fulmine, al fragor di tempesta,
 » egli in caverne cercherà un asilo: interna voce farà
 » comprendergli il suo nulla dirimpetto ad un Essere
 » che tutto può, tutto domina, tutto regge; e quando,
 » sedato il turbine, la calma lo avrà mosso al deside-
 » rio di luce, eleverà per istinto le pupille al cielo,
 » e legge sentirà « *Sii grato a quell' Essere onni-
 » possente : rispettalo : tutto da quell' Essere di-
 » pende* ».

» S' incontri dopo ciò col suo simile. Sentimen-
 » to comune ad ambedue detterà » *Si facci al-
 » l'altro quel che vorremmo di bene a noi fatto* ».
 » Il più forte fra i due soccorrerà il più debole, pre-
 » venuto e compensato da una gioja ch' egli intende-
 » rà esser *premio*, ed esserne contrapposto il rimor-
 » so come *pena*, se al meno forte non avesse dato
 » favore con quei mezzi di cui egli era *più forte*, di
 » cui l'altro estrinsecava moderato *desiderio*: *mode-
 » rato*, e non *ismodato*: desiderio tale, che a com-
 » pierlo, sottraendo forza dalle forze di chi soccorre,
 » non rimanga dopo la sottrazione colui che dà privo
 » de' mezzi *a conservare il proprio individuo*.

» Fin quì abbiám considerato l'uomo sotto l'im-
 » pero della volontà suprema di Dio regolatrice di
 » forze e desiderî nello stato di *natura*, per quan-
 » to di questa legge immortale, col solo mezzo della
 » ragione, è nell'uomo istesso. Ma l'uomo ordi-
 » nariamente allo sviluppo di sua ragione, lungi
 » dal trovarsi isolato, apprende ch' egli ha uno sta-
 » to di famiglia; ch' è legge rispettar del padre suo,

» della madre que' ch' essi con tenerezza diffondono
 » o precetti, o consigli. E quando soffermati ven-
 » gano gli strani o nocivi *desideri* di lui, mercè
 » quella *forza* che provvida emerge dalla paterna
 » autorità, la volontà suprema del capo di sua fa-
 » miglia, immagine ed emanazione della suprema
 » volontà del Creatore, fa sentirgli i vantaggi dello
 » *equilibrio* nella educazione che ne deriva.

» L'adulto va a nozze: stringe alleanza di fami-
 » glie, germe di primitiva società. Sorgono in lui le
 » idee di *patto*, di *diritti*, di *doveri*; ed egli inten-
 » de che colui il quale *osservanza di promesse* chie-
 » de, *desidera*: che quegli il quale la ricusi, fa *for-*
 » *za* contro: che l'*equilibrio* sta nell'adempimento.
 » Questo equilibrio anelando, egli vorrebbe vederlo
 » tutelato da forze tali e tante riunite, che lo inosser-
 » vante, ancorchè più forte sia, ceder debba al desi-
 » derio di chi la promessa adempiuta reclama. A' vo-
 » ti suoi, diffusi nelle famiglie, unanime voce rispon-
 » de « *È giusto che i diritti, i doveri, i patti si*
 » *rispettino* ». L'equilibrio che ne deriva, può dirsi
 » avere i suoi cardini nel diritto di natura applicato
 » alla generica idea di società. La volontà suprema
 » regolatrice di siffatto equilibrio prende il nome di
 » *diritto delle genti primario*.

» II.° Dalle famiglie ingrandite, dal complesso
 » di molte e molte famiglie le popolazioni derivaro-
 » no. Divise esse e sparse in separate regioni, in
 » differenti climi, nacque il rapporto fra popoli. Su-
 » perfluo nell'un popolo il prodotto, sia della natura,
 » sia dell'opera umana, morale, o fisica, se necessa-
 » rio divenga questo prodotto per l'altro, il primo è
 » sovrabbondante di *forze*, mentre ne *desidera* l'al-
 » tro. E, salva sempre la *conservazione propria*,
 » se il desiderio moderato del meno forte possa com-
 » piersi con quel sovrabbondante, una volontà supre-

» ma fa sentire l'impero suo « *Che in pace un po-*
 » *polo faccia all'altro il maggior bene possibile —*
 » Del pari in guerra l'inerte prigioniero desidera la
 » vita, mentre il vincitore è più forte: e, salva la
 » conservazione propria, quel desiderio di vita per
 » volontà suprema è tutelato «. *Un popolo in guer-*
 » *ra faccia all'inimico il minor possibile de' ma-*
 » *li —* Questa volontà suprema è la istessa volontà
 » di Dio scolpita nella ragione umana: essa però,
 » dopo il consentimento de' popoli o solennemente
 » espresso in trattati o in consuetudini tacitamente
 » riconosciuto, costituisce ancora volontà delle na-
 » zioni incivilite regolatrice suprema di *equilibrio*,
 » che suol prendere il nome di *diritto delle genti*
 » *secondario*.

» III.° Siffatto consentimento unanime, dichiara-
 » tivo di quella suprema volontà Divina, segna un
 » centro sublime presso cui si riuniscono i cardini
 » della civile società, comuni a più popolazioni. Que-
 » sti cardini comuni applicabili a stati, a popoli di-
 » versi; i *principi regolatori* degl'interessi che i po-
 » poli han fra loro, considerati come corpi politici,
 » prendono il nome di *diritto pubblico universale* —
 » La tutela dello interesse che ciascun popolo ha di
 » conservare se stesso, il suo buon ordine, il vantag-
 » gio di tutt' i membri di uno stato collettivamente
 » considerati, prende il nome di *diritto pubblico par-*
 » *ticolare*, fin quando nell'alta sfera s'intrattiene di
 » tutelare i rapporti fra 'l popolo e 'l suo governo, la
 » gerarchia, la distribuzione del potere, il benessere
 » in somma degli uomini riuniti in una società, per
 » quanto miri allo *equilibrio tra forza e desideri*
 » collettivi di tutti essi, alla integrità, alla prosperità
 » permanente di quello insieme, di cui corpo è
 » il popolo, anima è il governo — Prende il nome di
 » *diritto privato*, quando scende a governare le a-

» zioni ed i rapporti degli individui, o de' più indi-
 » vidui, delle famiglie; ma azioni e rapporti ne' qua-
 » li tutt' altro si domandi (*desiderio*), tutt' altro si
 » contrasti (*forza*), menochè un oggetto il quale
 » interessi collettivamente la intera popolazione.

» Ciascuna popolazione ha depositato la somma
 » delle sue *forze* e de' suoi *desideri* nella *suprema*
 » *volontà* del governo. Sotto molteplici forme di go-
 » verni il primo principio animatore dello equilibrio
 » è la *conservazione propria* di ciascun popolo.
 » *La utilità comune fra' popoli* ne costituisce il se-
 » condo, in quanto non pregiudichi alla tutela del
 » primo. Un popolo senza governo è un corpo sen-
 » z' anima. Non è popolo, è orda.

« Nel governo monarchico delle due Sicilie il
 » sacro deposito delle *forze* e de' *desideri* della in-
 » tera popolazione è presso l' augustò Sovrano che
 » l' *equilibrio* reggendo, emana le leggi ed ese-
 » guir le fa in suo nome. Provvido egli ha un con-
 » siglio di stato, più ministri e regali segreterie,
 » una consulta generale. Egli ha costituito le au-
 » torità, e le ha in linee ed in gradi ripartito, co-
 » sì che dipendenti da ciascun de' vigili ministri sien
 » esse fra il Re ed il popolo altrettanti organi, pei
 » quali una *forza* benefica discenda a tener in *equi-*
 » *librio i desiderii* moderati, i voti collettivi ed in-
 » dividuali, se coincidono con la conservazione del
 » popolo e del suo governo — Ciò senza perder di
 » mira la utilità comune fra' popoli, in quanto non
 » pregiudichi al popolo, di cui la tutela egli regge
 » e sostiene. E mentre questo benefico effetto di *for-*
 » *za* scende, un' altra forza con regole di giusto
 » equilibrio dal basso del popolo sale fino al gover-
 » no onde rianimar la circolazione tra le vene del
 » corpo politico: *forza* de' mezzi tutti che il gover-
 » no *desidera* dal suo popolo, che al bene di es-

» so ordina la legge di fornirsi dal popolo ; che
 » perciò ha esso il dovere di corrispondere , non esi-
 » stendo volontà individuale a fronte del pubblico
 » potere , dopo il deposito fattone così che la *supre-*
 » *ma* autorità stesse nel governo — In tutta questa
 » circolazione la volontà suprema è regolatrice di
 » equilibrio tra *forze* e *desideri* ; e questa *volontà*
 » *suprema* è appunto ciò che chiamasi *legge*.

§. 3. Presso i romani , la *legge* era ciò che il popolo decideva ed ordinava sulla proposizione di un magistrato dell' ordine senatorio (1) ; come il console , il dittatore , il pretore , i decemviri. Gli altri magistrati , tali gli edili , i censori non avevano facoltà di proporre per legge. Affin però che una legge fosse sancita , facea mestieri di due circostanze essenziali. La prima che il popolo fosse convocato. La seconda , che cotal convocazione seguisse nei *comizi curiati*.

È chiaro per la storia di Roma che sin dal suo principio questa città da Romolo venne in tre parti divisa dette da ciò *tribù* , ed in trenta *curie* , comprendendo ciascuna *tribù* dieci *curie* ; e che propri numi , riti singolari , e determinati edifizî pubblici si ebbe assegnati ogni curia ed un soprintendente chiamato *curione*. Si attribuisce poi a Servio Tullio la istituzione del *censo* e la partizione del popolo in sei classi ed in centonovantatré *centurie*.

Venne per tal modo il popolo dopo i tempi di Servio Tullio in tre ordini diviso ; cioè in *tribù* per ragion di località , siccome direbbesi oggi in tanti *quartieri* ; in *curie* anche per motivo di località e di cose sacre , secondo gli usi nostri in tante *parrocchie* ; ed in *elassi* e *centurie* per ragion di ricchezze. Ma le *tribù* allora , e nei tempi seguenti , si

(1) §. 4. Instit. h. ti

aumentarono sino al numero di trentacinque, delle quali quattro sole urbane ch' erano d' ignominia a coloro che vi appartenevano, e le altre rustiche di onore e laude.

Da ciò avvenne che il popolo deliberava nei comizî o per *curie*, o per *centurie*, o per *tribù*. I primi ed i più antichi furono i *comizî curiati*, e ad essi seguirono nei tempi di Servio Tullio i *centuriati*. I *comizî tributi*, secondo Dionisio d' Alicarnasso (1), non nacquero che nei tempi posteriori della repubblica, e propriamente alla occasione della causa di Coriolano nell' anno CCLXIII. della fondazione di Roma. Ma i comizî curiati nel tratto successivo divennero ben rari, e non più si riunirono se non per affari di religione a cui erano stati principalmente ordinati — I due ultimi furono più frequenti.

Nei comizî centuriati non già per individui, ma per centurie venivano numerati i suffragi, e conseguentemente i patrizî che formavano il maggior numero delle centurie decidevano di tutti gli affari. Non così dei comizî tributi, ove dandosi per tribù i suffragi risolveva la plebe, la quale in ogni tribù era maggiore il numero. I primi non potevano convocarsi che col favore degli auspicî dietro l' autorità del senato, e fuori le mura della città *extra pomerium* propriamente nel campo di Marte; i secondi non facevano d' uopo di questo. Finalmente nei primi proponea gli affari un magistrato senatorio; nei secondi un tribuno della plebe.

Intendesi ora ciò ch' era la legge, cioè quello che decretava il popolo per curie o per centurie sulla proposizione di un magistrato dell' ordine senatorio.

(1) Ant. Lib. VII.

II.

Dei plebisciti.

Maggiore incremento alla legislazione romana diedero i plebisciti. Da prima i patrizi si opposero alla loro autorità con dirli illegittimi, come quelli ch'erano fatti da una sola parte del popolo, senza il previo permesso del senato, nè col favore degli auspici. Per la qual cosa tre leggi in diversi tempi furono emanate affin dare ai plebisciti la forza di obbligare tutt' i ceti; la prima *Orazia* dell' anno 304 dalla fondazione, l'altra *Publilia* dell' anno 414; ed infine la terza *Ortensia* dell' anno 464 colla quale fu posto fine all' astia dei patrizi, e consolidata la democrazia.

Dopo di quell' epoca divennero leggi i plebisciti, nè ricevettero anche il nome, e s'intitolarono dai tribuni della plebe i quali nei comizi tributi li avevano provocati; così si dissero le leggi *Atilia*, *Letoria*, *Aquilia*, *Voconia*, *Falcidia* etc. Adunque i plebisciti eran ciò che risolveva la plebe nei comizi tributi sulla proposizione del magistrato plebeo.

III.

Degli editti de' magistrati.

Di massimo aumento alla legislazione romana fu il *diritto onorario*.

Era in uso in Roma che ogni magistrato al primo dell' entrar nell' ufficio indicasse in un *editto* i modi coi quali avrebbe esercitata, durante il suo impiego, la parte di giurisdizione attribuitagli. La consuetudine dava forza obbligatoria a questi editti che costituivano il *jus honorarium* detto *ab*

honore, ufficio. Così facevano editti i tribuni della plebe, i censori, i proconsoli, gli edili, ed i pretori. E siccome le leggi decemvirali non più convenivano tutte al popolo, venuto in maggior aumento di numero, di coltura, e sotto governo democratico; così il pretore ne temperava il rigore con la equità naturale, ne estendeva i precetti, e ne suppliva il difetto.

Col finir dell' ufficio cessava dall' aver forza l' *editto*, ed il pretore che succedeva altro ne pubblicava. Intanto solevano i nuovi pretori ritenere gli editti dei predecessori, togliendo o aggiungendo, donde nacque l' *editto tralatizio* quasi trasferito dall' uno all' altro pretore. E però che acquistando l'impero sotto Adriano maggiore stabilità, questo imperatore non trovò conveniente che un semplice magistrato la facesse da legislatore. Quindi volle egli stesso formare un *editto* che disse *perpetuo* da servire di norma inalterabile a tutt' i pretori, dandone l' incarico di compilarne il progetto a Salvio Giuliano celebre giureconsulto di quei tempi. Questa novella compilazione di leggi venne approvata da un senato-consulto, e pubblicata sotto il nome di *editto perpetuo* circa l' anno 130 al 134 dell' era volgare. Credesi in essa si serbasse l' ordine medesimo delle leggi delle XII. tavole, ed è poi certo ch' era diviso in più parti, ciascuna parte in più titoli, ogni titolo con la sua rubrica indicante la materia in più paragrafi i quali contenevano decisioni distinte. L' autorità che si acquistò questo Codice di leggi venne ad oscurar quella delle XII. tavole, donde nacque che molti celebri giureconsulti ne fecero comenti, e che quasi per la metà le sue disposizioni furono trasfuse da Giustiano nel Digesto ed in altre opere degli antichi.

Il tempo ci ha involato questa sì famosa rac-

colta di leggi; ma gli eruditi si sono sforzati cavarne i frammenti sparsi nel Digesto e nelle opere degli antichi (1).

Oltre dell'editto perpetuo venne pure fatto l'*editto provinciale* ai tempi dello stesso Adriano, o come è più probabile sotto Marco Antonino.

IV.

De' senato-consulti.

Tale si fu lo stato della legislazione presso i romani durante la repubblica. Al cominciar poi dell'impero divennero leggi i senato-consulti.

Il senato istituito da Romolo sin dalla sua fondazione di Roma ebbe da prima il supremo potere nella repubblica, se dee prestrarsi fede a Dionigi d'Alicarnasso (2). Ma poscia per lo infuriar della plebe il potere legislativo rimase saldo nel popolo riunito nei comizi. Nondimeno il senato anche in questo stato della repubblica decideva di cose gravissime, come dell'impiegare il pubblico danaro, fissare il numero e gli stipendi dei soldati, prorogare finito l'anno, o togliere il comando delle province ai proconsoli, definire le controversie che si elevavano tra' popoli d'Italia, e di altri oggetti quali discorre Polibio, eccetto se per l'intercedere dei tribuni l'affare non si fosse al popolo denunciato.

L'astuto Tiberio, volendo tutto reggere a suo modo, ebbe l'arte di trasfondere dai comizi al senato le elezioni de' magistrati ed il potere di far le leggi; giustificando questa novità collo specioso pre-

(1) Vedi Gotofredo nel corpo del diritto civile al principio.

(2) Lib. 2.

testo di essere divenuta difficile la riunione della gran moltitudine dei cittadini in assemblea generale (1); ma vide in realtà che gli era facile il poter trarre alle sue voglie il senato già fatto ligio ai suoi voleri, e così a suo arbitrio governare. Di fatti dopo quel tempo gli stessi principi soleano proporre i progetti di leggi, esponendone le ragioni a voce o in iscritto. Per tal modo dai tempi di Tiberio si fecero rari i comizi, ed i senato-consulti ebbero forza di legge.

V.

Delle costituzioni dei principi.

All' autorità de' senato-consulti sottentrò, col volger del tempo, quella delle costituzioni dei principi, allorchè divenne Roma una perfetta monarchia.

Ma ciò non successe ad un tratto sì bene per gradi, siccome addivenir suole di ogni umana istituzione. E per verità i nomi d' *imperatore* o di *principe* non indicavano il supremo potere nello stato. Il primo era dato ai capitani dell' esercito dopo che avevano colta la palma della vittoria; e l' altro a colui ch' era salutato il primo tra' senatori. La repubblica romana, dopo la uccisione di Cesare, cadde in fine sotto la dominazione del solo Ottaviano Augusto. L' antico odio che il popolo, discacciati i Tarquinî, avea sempre nutrito contro il nome di *re*, e l' altro più recente per quello di *dittatore perpetuo* preso da Cesare, fecero accorto Augusto di non usurpare in modo aperto il monarchico potere. Ed usando di questa sua arte, tolse il nome d' *imperatore*

(1) Vedi Pomponio in L. 2. §. 9. ff. de Orig. jur.

ciò capo delle milizie per dinotare di prendere a se il carico di difendere la repubblica, e l'altro di *principe* ossia primo per dignità fra cittadini.

E però che non potendo per questi titoli governare, egli si studiò di farsi dal senato conferire tutte le magistrature, come quelle di pontefice massimo, di censore, di proconsole per dominar nelle province, e la dignità di senatore come principe, e la facoltà di riferire in senato la quale era una delle attribuzioni dei consoli, facendosi da ultimo salutare col nome di *padre della patria*.

Ai principi successori di Augusto soleva il senato, dopo la loro elezione, conferire con un solo atto tutt'i poteri a lui già in diverse volte conceduti.

Per tal guisa le decisioni dei principi acquistavano forza di legge, e si dissero *constitutiones a constituere* ordinare, stabilire. Ed esse dagli espositori del diritto civile si sogliono distinguere in generali e speciali; e le generali in *editti*, *rescritti*, e *decreti*.

Gli *editti*, che di propria volontà o per consiglio altrui emanava l'imperatore, eran leggi generali contenenti delle regole per comune utilità e dette però *leges edictales perpetuae*, *leges in perpetuum valiturae*.

I *rescritti* erano decisioni che risolvevano qualche punto controverso di diritto, e che dettati sulle suppliche dei privati cittadini diceansi *adnotationes o subnotationes*, provocati da un magistrato appellavansi *epistolae o literae*, ed indirizzati ad una corporazione morale prendevano il nome di *pragmaticae sanctiones* (1).

I *decreti* erano le decisioni dell'imperatore nel-

(1) Vedi LL. 6. e 7. 5. de diversis princ. rescript. L. 3. §. 1. D. de test. L. 31. D. de Re judic.

le cause per le quali contro le sentenze dei magistrati portavasi a lui gravame, e delle quali prendeva egli cognizione nel suo consiglio. Essi obbligavano i soli litiganti, eccetto se avesse il principe dichiarato il senso oscuro ed ambiguo della legge (1), ovvero ordinato in modo aperto che dovessero i casi simili nella stessa guisa esser decisi (2).

VI.

Dei responsi dei giureconsulti.

Per le cose discorse si è fatto aperto che Roma fu fermata dai primi suoi re e poscia dai decemviri *repubblica aristocratica* per le grandi attribuzioni del senato, pe' comizî centuriati, e per le leggi delle XII. tavole; trapassò quindi per gradi al governo democratico e dopo che le leggi Orazia Publilia ed Ortensia, in diversi tempi pubblicate, sancirono i plebisciti; ricadde nell' *aristocrazia* per l'astuzia di Tiberio che ridonò al senato il potere legislativo; e da ultimo a mano a mano addivenne perfetta *monarchia* non prima di Adriano e dell' editto perpetuo del pretore emanato da questo imperatore. La giurisprudenza che fu l'opera dei giureconsulti seguì del pari questi mutamenti, da prima per sostenere il potere de' patrizi, poscia per piegare alla equità il rigore aristocratico delle leggi, ed ultimamente per confortare il dominio del monarca. In generale i giureconsulti romani per tre modi si adoperarono a dar vita e movimento alla legislazione a fin di farla giovare a' cittadini nelle private loro facende, indicando cioè le pro-

(1) L. 12. §. 1. Cod. de legib. et const.

(2) L. 3. Cod. eod.

cedure e le forme da doversi osservare negli affari, interpretando le leggi per poterle applicare a casi particolari, e divisando nuove regole di diritto (1).

Per tanti utili lavori addivenne che furono i giureconsulti appellati *juris auctores*, *conditores res* (2), e le loro sentenze dette per eccellenza *jus civile*, e la loro casa chiamata da Cicerone *oraculum tutius civitatis* (3).

§. 4. Esaurito quel che risguardava il diritto scritto dei romani, rimane unicamente a dire del diritto *non scritto*. Questo era statuito dal così detto *diritto consuetudinario*.

Gli egiziani ne' loro geroglifici indicavano la consuetudine per mezzo di un augello detto *caprimulgo*, il quale dopò aver poppato le capre di Candia, inaridiva le poppe e faceva acciecare le capre (4). In tal modo (pensavano gli egiziani) la consuetudine inaridisce le poppe, che rappresentano le leggi, ed accieca le capre, con che intendevano i legislatori qualora chiudano gli occhi ai progressi della consuetudine. Di fatti la consuetudine *crescit eundo*, e non solo si riveste della rappresentanza della legge (5), ma usurpa le veci della natura (6).

Perchè la consuetudine prenda il rango di di-

(1) Veggasi ciò che abbiám detto nell' istoria del diritto dalla p. 7. in poi.

(2) L. 2. §. 13. D. de Orig. jur.

(3) De Orat. lib. 1. cap. 45.

(4) Così narra Pierio Valeriano ne' *geroglifici lib. 25. pag. 238.*

(5) *Consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex* » S. Greg. Taum. lib. 5. *etymol. cap. 3. pag. 57.*

(6) « *Assidua consuetudo in naturam vertitur* » Isid. hisp. lib. 1. *de synon.* — *Difficile est resistere consuedina, quia assimilatur naturae* Cicer. Orat. 8 *in Verrem.*

ritto tacito, o non scritto conviene 1.° che sia ragionevole, 2.° che sia legittimamente prescritta, 3.° introdotta da pluralità di persone, 4.° indichi una frequenza di atti, 5.° suppone una scienza, o consenso tacito del legislatore (1).

V' ha la consuetudine *secundum jus*, la quale non è in fatti che l'esecuzione della legge (2). La consuetudine *praeter jus* che supplisce la mancanza o la reticenza della legge (3). La consuetudine *contra jus* che corregge od abroga la legge nella sopravvenienza di quei casi quali hanno cambiato le circostanze, o non potevano prevedersi dal legislatore, alla emanazione della legge (4).

Infine il diritto consuetudinario vien suggerito dalla ragione. Nei primordî del mondo, la consuetudine si separò e formò un diritto a parte per eseguire, supplire e correggere le leggi scritte. Sembrerà che il diritto consuetudinario sia figlio del tempo e dell'esperienza. Un filosofo lo considera piuttosto figlio del bisogno e dell'umana imbecillità; poichè le sole leggi divine essendo perfette e non le umane, subentra il diritto consuetudinario per garantire le buone leggi o per supplire nel miglior modo possibile ai vuoti e deficienze od aberrazioni degli umani legislatori.

F I N E.

-
- (1) L. 32 et 35 ff. de legib.
 (2) Leg. de quibus ff. de legib.
 (3) Leg. 32 ff. de leg.
 (4) Leg. de quibus ff. de legib.

PRO 4373



this table, p. 200 and the columns 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.



