

PREFAZIONE

BRESCIA NEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

Gli studenti bresciani dei miei corsi di diritto romano sono tutt'altro che nuovi all'idea del sistema giuridico latinoamericano.

L'interesse per l'America Latina mi è stato trasmesso dalla scuola nella quale mi sono formato, e dal mio Maestro, Sandro Schipani. Tra le tantissime iniziative (Congressi, Seminari, Corsi, ecc.) che Egli nel corso del tempo ha organizzato, e di cui è qui impossibile dare conto, mi piace qui ricordare, oltre alla costituzione, presso l'Università di Roma 'Tor Vergata', del *Centro Studi Giuridici Latinoamericani (CSGLA)*, attualmente diretto dal collega e amico Riccardo Cardilli, la costituzione a Rosario (Argentina) nel 2008 del *Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano*¹, sulla scorta del quale, alcuni allievi latinoamericani di Schipani, che ho avuto il piacere di avere come colleghi di studio nel corso degli anni, e ora occupano posizioni accademiche di prestigio in varie Università latinoamericane, hanno costituito un Gruppo di lavoro, denominato *GADAL (Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina)*²: essi si incontrano con cadenza (almeno) annuale, con lo scopo di procedere alla redazione di un codice 'quadro' per le obbligazioni in America Latina³.

Fondamentale è stata e continua ad essere per me, la collaborazione, oltre che con il ricordato *CSGLA*, con vari Centri e Istituti che attivamente si occupano del diritto in America Latina, tra cui mi piace qui ricordare l'*ASSLA (Associazione di Studi Sociali Latino-Americani)*, l'Unità di Ri-

¹ Cfr. la *Declaración constitutiva del Grupo para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, 2008, 415 ss.

² Cfr. <https://gadal.uexternado.edu.co/>.

³ Notizie in argomento in D.F. ESBORRAZ, *La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano*, in *Revista de derecho (Univ. de Concepción – Chile)*, vol. 83, n. 237, 2015, 157 ss.; il gruppo si è successivamente riunito nel 2016 a Città del Messico e poi a Lima e nel 2017 a Santiago del Cile e a Bogotá; nel 2018 di nuovo a Lima; nel mese di marzo del 2019 il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia avrà il piacere di ospitare una di tali riunioni.

cerca G. La Pira, CNR-‘Sapienza’ Università di Roma, e l’*ISPRM* (Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo), animati tutti da Pierangelo Catalano, della cui amicizia e collaborazione (e soprattutto dei cui costanti insegnamenti) mi onoro.

L’interesse per il sistema giuridico latinoamericano si è poi nel tempo fortificato, sia grazie ai numerosi viaggi, per convegni, seminari, lezioni, ecc., che ho effettuato nel Sub-continente americano, ma sia grazie anche (e direi ‘soprattutto’) alla Direzione della Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, che ho assunto, insieme al Collega David Fabio Esborraz, nel 2011. Questo evento ha costituito in qualche modo il volano per una serie di iniziative che ho cominciato ad organizzare a Brescia, grazie al costante supporto del Dipartimento di Giurisprudenza e dell’Ateneo.

La cornice, mi pare quella fornita nelle due lezioni su ‘*Ius: sistema e ordinamenti*’ tenute nell’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza di Brescia dal prof. Pierangelo Catalano il 5 e il 6 novembre 2014. Il quadro mi pare quello della unità spirituale, ma anche sociale, economica e politica tra Europa (*rectius*: Eurasia) e America Latina, che, con percorsi netti e definiti⁴, viene cementata da una scienza giuridica di comune matrice e impostazione⁵, la quale, pur non disconoscendo le differenze e le specificità⁶, valorizza i fattori di unità e di armonizzazione.

Sono queste le caratteristiche essenziali del (sub)sistema giuridico latinoamericano, che si inserisce, pur con ragioni proprie di resistenza e di peculiarità (esemplificabili nell’idea di un ‘blocco romano-iberico-indigeno’), nell’ambito del sistema giuridico romanistico⁷.

Diversi colleghi latinoamericani si sono succeduti nel tempo per raccontare agli studenti bresciani, in varie lezioni o interventi seminariali, alcuni aspetti di questo fenomeno giuridico.

Tra i tanti, ricordo Norberto Rinaldi, Argentina; Fabio Siebeneichler de Andrade (Brasile); Lilian San Martin (Cile); Jorge Mena Brito (Messico); Manuel Grasso (Argentina).

Nella stessa direzione posso qui ricordare i due *visiting professor* che ho

⁴ Vedili descritti nel mio A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 3 ss.

⁵ Parafraso in tal modo le parole dirette da Giorgio La Pira con un messaggio al I Seminario interdisciplinare dell’ASSLA nel 1974: cfr. *Quaderni latinoamericani*, I, Firenze, 1977, 10.

⁶ Vd., per esempio, A. GUZMÁN BRITO, *Mos Latinoamericanus iura legendi*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 15 ss.

⁷ Mi limito qui a rimandare a D. ESBORRAZ, *La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, e (II) *La contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, rispettivamente 21, 2006, 5 ss. e 24, 2007, 34 ss.

finora avuto il piacere di ospitare a Brescia, il prof. Gian Franco Rosso, dell'*Universidad de los Andes* di Santiago del Cile e la prof. Orisel Hernández Aguilar, dell'*Universidad de Pinar del Río* (Cuba). Entrambi hanno tenuto un ciclo di lezioni di venti ore per gli studenti bresciani, tutti con ampia partecipazione: il prof. Rosso, dal 28 febbraio al 7 marzo 2017, con il titolo '*Desde Roma a Los Andes: la continuidad del sistema jurídico romanístico*'; la prof. Hernández, nei mesi di settembre-novembre 2017, dal titolo '*Il diritto romano a Cuba oggi*'⁸. Nel 2019 è già in corso di organizzazione, sempre nell'ambito del programma di *visiting professor*, un analogo ciclo di lezioni tenuto dal prof. Manuel Grasso, della *Universidad de Temuco*.

Accordi di cooperazione ho io stesso stipulato con diverse Università latinoamericane, tra cui la *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)* di Porto Alegre, la *Universidad de la Habana* e la *Unión de juristas* di Cuba, la *Universidad de Pinar del Río* (Cuba); la *UNAM* di Città del Messico, la *Universidad de los Andes* di Santiago del Cile, l'*Universidad Católica de La Plata*; altri sono attivi presso l'Ateneo bresciano (per es. quelli con l'*Universidad San Marcos de Lima* e con la *Pontificia Universidad Católica del Perú*) e altri ancora sono in corso di definizione.

In questo articolato quadro si inseriscono anche la IV e la VI *International Summer school* che ho organizzato presso i locali del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia entrambe significativamente intitolate '*Sistema jurídico latinoamericano*'.

La prima si è tenuta nei giorni 11-15 luglio 2016, e ha visto la partecipazione di oltre venti studenti (bresciani e non) e di docenti italiani (Aldo Petrucci, Università di Pisa; Andrea Trisciuglio, Università di Torino; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Susanna Pozzolo, Università di Brescia; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Cristina Amato, Università di Brescia; Iole Fagnoli, Università di Milano e di Berna; Silvia Viaro, Università di Padova; Giovanni Turelli, Università di Brescia; Stefano Liva, Università di Brescia) e latinoamericani (Danilo Borges dos Santos de Araujo, *Universidade Getulio Vargas*, San Paolo, Brasile; Sheraldine Pinto Oliveros, *Universidad Central de Venezuela y Pontificia Universidad Católica del Perú*; Catalina Salgado Ramírez, *Universidad Externado de Colombia*; Iacyr de Aguilar Vieira, *Universidade Federal de Viçosa*, Brasile; David Fabio Esborraz, *ISGI-CNR / CSGLA Università di Roma Tor Vergata*; Rómulo Morales Hervías, *Pontificia Universidad Católica del Perú*; Giovanni Priori Posada, *Pontificia Universidad Católica del Perú*).

La seconda⁹, che si è tenuta dal 9 al 13 luglio 2018, ha visto la parteci-

⁸ Su tutto ciò, rinvio ad A. SACCOCCIO, *Visiting professor, diritto romano e diritto latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 81 ss.

⁹ Vedine la cronaca a cura di G. RABAIOLI, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 2018, in corso di stampa.

pazione di studenti italiani e di venti studenti latinoamericani provenienti dalla *PUCP (Pontificia Universidad Católica del Perú)*, dall'*Universidad de los Andes* (Chile), dall'*Universidad Católica de Temuco* (Chile) e dalla *Universidad Externado de Colombia*. Vi hanno preso parte docenti italiani (Sandro Schipani, Università di Roma, La Sapienza; Iole Fargnoli, Università di Milano e Università di Berna; Susanna Pozzolo, Università di Brescia; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Cristina Amato, Università di Brescia; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Giovanni Turelli, Università di Brescia; Stefano Li-va, Università di Brescia; Luca Passanante, Università di Brescia) e latinoamericani (Fábio Siebeneichler de Andrade, *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*; Catalina Salgado Ramírez, *Universidad Externado de Colombia*; Gian Franco Rosso Elorriaga, *Universidad de los Andes*, Cile; Manuel Grasso, *Universidad Católica de Temuco*, Cile; Rómulo Morales Hervías, *Pontificia Universidad Católica del Perú*; Sheraldine Pinto Oliveros, *Universidad Central de Venezuela*; Edgar Cortés Moncayo, *Universidad Externado de Colombia*; David Fabio Esborraz, *ISGI-CNR/CSGLA Università di Roma 'Tor Vergata'*; Giovanni Prori Posada, *Pontificia Universidad Católica del Perú*).

Gli *Atti* che qui si pubblicano sono il frutto dei lavori di questa seconda *Summer school*. L'auspicio è che, anche attraverso essi, Brescia possa contribuire a porre una delle pietre di quel 'ponte sospeso attraverso l'oceano'¹⁰ che unisce idealmente l'Europa all'America Latina.

ANTONIO SACCOCCIO

Brescia, dicembre 2018

¹⁰ Mutuo nuovamente una immagine di G. La Pira: cfr. M. DE GIUSEPPE, *Quei ponti sospesi (attraverso l'oceano)*. *Giorgio La Pira e le voci dall'America Latina*, in *Italia contemporanea*, n. 236, settembre 2014, 385 ss.

SISTEMA

SISTEMA DI «CIÒ CHE È MIGLIORE E PIÙ UGUALE»

Sandro Schipani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione *generatim* del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza. – 3. Esempi: *Cic., de Leg.* 2,23,59; D. 33,9,3,9; D. 50,16,62 e 235,1; D. 50,16,234,1; D. 9,2; D. 46,3,80; *Gai.* 1,188-1,165; *Cic., Top.* 4,23. – 4. Due sviluppi del metodo: cenni alle macro-categorie e al riferimento ai *principia iuris*. – 5. *Sústēma* di «ciò che è migliore e più uguale». – 6. Altre prospettive da tenere presenti.

1. *Introduzione*

La mia lezione sul sistema del diritto romano si dedica ad una rilettura in comune con voi di alcuni testi delle fonti, traendoli principalmente dal *Libro unico del Manuale* di Pomponio, che i giuristi della Commissione che compose i Digesti stessi ritennero tanto importante, da porlo nel Titolo II del Libro primo. Mi limiterò a poche righe del menzionato lungo frammento, connettendovi alcuni pochissimi esempi e altri testi di eventuale completamento o sviluppo, che ritengo costituiscano interessanti spunti relativi a segmenti del percorso che conduce al formarsi del concetto di 'sistema'.

Questa *Summer School* approfondisce una articolazione particolarmente significativa di tale sistema: il sottosistema latinoamericano. La mia rilettura però, questa volta, si limita a ciò che è comune, rinviando ad un'altra occasione – che il collega Prof. Saccoccio auspico non faccia mancare – un mio ritorno ad una riflessione sul contributo specifico che offre l'America Latina, «a Nova-Roma» «a nova romanidade» «os neo-romano»¹; per essa apro solo uno spiraglio.

Premetto che non mi propongo di svolgere una riflessione di teoria generale del diritto, e neppure una riflessione storica, o di comparazione

¹ Cfr. Darcy Ribeiro nel messaggio all'ASSLA in occasione del conferimento del Premio Roma-Brasilia 1996 del Comune di Roma, in *Roma e America*, 3, 1997, 337 ss.

diacronica, ma di rileggere insieme molto sinteticamente come romanista queste fonti che sono principio, nel senso ciceroniano-gaiano-justinianeo², del nostro diritto attuale³, la cui elaborazione in sistema, comune e al suo interno comunicante, ma anche costantemente aperto, è parte essenziale, costitutiva dello stesso, e concorre a produrlo e a conformarlo, risultato del contributo di molti.

Premetto altresì l'osservazione che non tutti i complessi di esperienza giuridica comprendono se stessi come 'sistema di diritto', dove il termine 'sistema' ha, come vedremo, un significato più specifico di quello di 'complesso' di esperienza giuridica o anche di quello, già più specifico, di 'insieme'. 'Complesso', infatti, designerebbe la riunione di una pluralità di parti, senza precisare le rispettive relazioni; 'insieme' tendenzialmente esigerebbe che tali parti abbiano un connotato comune; 'sistema', peraltro, è termine di origine greca, e su di esso tornerò *infra*.

2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione generatim del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza

I giuristi a Roma acquisivano una formazione specialistica sia ascoltando⁴ un giurista la cui competenza fosse già riconosciuta dagli altri giuristi, sia, in epoca successiva, seguendo corsi organizzati⁵. La formazione che acquisivano consentiva loro di svolgere interventi nella vita del diritto, orientati verso la guida dell'attività giuridicamente rilevante sia di magistrati che di singole persone, per indirizzarle nel conseguimento dei loro fini le-

² D. 1,2,1 su cui S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto (schede sulla formazione di un concetto)*, in *Ricerche dedicate a F. Gallo*, 3, Napoli, 1997, 631 ss. (= in ID., *La codificazione del diritto romano del diritto romano comune*, con Note aggiuntive, Torino, 2011², 87 ss.; trad. sp. di J.F. CHAMIE, *La codificación del Derecho romano común*, Bogotá, 2010, 115 ss.).

³ Uso il termine 'attuale' con evidente riferimento al modo in cui V. Scialoja tradusse il titolo dell'opera di F.K. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlino, 1840-1849, trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del Diritto romano attuale*, Torino, 1886-1888: 'attuale', infatti, oltre un profilo descrittivo, manifesta un giudizio positivo rispetto al ruolo odierno che esso ha.

⁴ Cfr. l'uso di 'auditores' o di 'audire' per designare la loro attività, in D. 1,2,2,40. 43. 45². 47.

⁵ Sull'insegnamento universitario, cfr. CTh. 14,9,3,1 (= C. 11,19,1,1) *Imp. Teod. A. e Valentiniano Ces.*: «Abbia, quindi, la nostra scuola specialmente in primo luogo coloro che sono raccomandabili per insegnare l'eloquenza romana, tre oratori e dieci docenti di grammatica; e in secondo luogo di quelli che emergono per l'oratoria greca, vi siano cinque esperti dell'argomentare e dieci docenti di grammatica [...] vogliamo poi che sia aggiunto agli altri uno che esponga gli arcani della filosofia, e due che spieghino le formule del diritto e delle leggi [...]».

citi e per evitare che insorgessero controversie fra loro, ma anche, nel caso in cui fossero insorte, per orientare la soluzione delle stesse; soprattutto, poi, in età tardo antica, tale formazione divenne presupposto per esercitare funzioni pubbliche⁶. Si inseriva ed era parte di questa vita quotidiana.

Dell'attività dei giuristi, troviamo i risultati anche negli atti negoziali (contratti, testamenti) o giudiziari di cui ci sono pervenuti documenti⁷; ma la più significativa testimonianza è nei testi di libri riconducibili ai giuristi stessi come frutto della loro attività scientifica, la maggior parte dei quali a noi pervenuta è quella conservata nei Digesti⁸. I loro scritti contengono un discorso volto a definire previamente effetti giuridici di situazioni che si creino e/o di atti che si compiano; a volte è anche costituito da pareri su situazioni o atti concretamente in svolgimento. È un discorso dommatico, prescrittivo.

È necessario, quindi, per approfondire il metodo di lavoro dei giuristi romani, leggere direttamente i frammenti dei loro testi presenti nei Digesti, nei quali la *prudentia*, la *peritia*, la competenza professionale, per lo più attraverso la discussione di esempi, si traduce, come detto, in elaborazione preventiva di fattispecie e delle conseguenze di esse secondo il *ius*, cioè, appunto, si manifesta come *iuris peritia*, *iuris prudentia*, come attività esperta volta alla salvaguardia e/o alla produzione della *pax*; del *bonum*, che qualifica anche la *fides* (*fides bona*), il *vir* (*vir bonus*); dell'*aequum*, ecc.

Pomponio, però, nell'opera già sopra richiamata, ci offre altresì qualche notizia che costituisce una illuminante sintesi di questo metodo, e qui mi limito a richiamare tali cenni⁹ e a collegarli con pochissimi testi nei quali vediamo quelle discussioni di esempi, o di casi concreti a loro prospettati, ora indicati; di essi, un più esteso esame non è possibile in questa sede¹⁰.

A. Pomponio individua un primo metodo di lavoro dei giuristi consistente nel «riunire in unità» le leggi, senza aggiungere «nulla di proprio»¹¹.

⁶ Const. *Imperatoriam* 7.

⁷ Una raccolta di tali atti è pubblicata in *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, I, *Negotia*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1943.

⁸ Si deve però tenere presente che i Digesti ci hanno tramandato solo il 5% delle opere dei giuristi che erano state raccolte e utilizzate (Const. *Omnem* 1); certamente in molta parte erano ripetitive, ma, pur sempre, erano solo una parte della vasta produzione che era stata realizzata e che la qualità, l'uso e il tempo avevano selezionato.

⁹ Cfr. L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* (Appunti per un seminario di Storia del diritto romano), Torino, 1979, in particolare 47 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971; S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano*, in Scr. A. Guarino, 7, Napoli, 1984, 3411 ss. (= in ID., *La codificazione del diritto romano*, cit., 199 ss.; in sp. in *La codificación del Derecho romano*, cit., 247 ss.).

¹⁰ Una rassegna d'insieme dei metodi dell'interpretazione dei giuristi romani in A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000.

¹¹ Cfr. D. 1,2,2,2 POMPONIO, nel libro unico *Del manuale*: «Tali leggi restano conservate, tutte scritte insieme nel libro di Sesto Papirio, il quale fu uno tra gli uomini preminentissimi ai

Pomponio sottolinea che le leggi erano state approvate «senza ordine» e, cioè, egli esplicita di considerare l'ordine cronologico secondo il quale le leggi vengono approvate e potrebbero essere raccolte in un archivio, non come un 'ordine'. La riunione «in unità», che viene compiuta dal giurista Sesto Papirio alla fine del VI sec. a.C., indica quindi certamente qualche cosa di diverso e di più, cioè implica l'introduzione di un ordine, i cui criteri non conosciamo, ma che era espressione di un momento di riflessione e di organizzazione del materiale raccolto, che porta a riconoscerli, appunto, una unità; questa può riflettere o preparare un orientamento dell'interpretazione, anche se viene espressamente precisato che non viene aggiunto nessun commento.

A questo stesso tipo di opera appartiene anche quella di Appio Claudio Cieco¹² e/o del suo liberto Gneo Flavio, che conteneva le azioni, senza nessun commento¹³.

È un metodo che continuerà ad essere usato nel lavoro del giurista, come ci risulta, ad es., dalle raccolte di Costituzioni imperiali, quali i venti libri di Costituzioni di Papirio Giusto, che raccolgono i rescritti di Marco Aurelio e Lucio Vero, o quali il Codice Gregoriano e l'Ermogeniano del III-IV sec. d.C., nei quali i testi delle leggi risultano riuniti senza alcun commento (potremmo osservare che è un metodo usato ancora oggi).

All'assenza di 'propri' commenti rispetto al testo delle leggi, sembra corrispondere, nell'età arcaica, una fase di interpretazione letterale di esso, di cui abbiamo testimonianza, ad es., per la emancipazione delle donne o nel testo del posteriore plebiscito Aquilio¹⁴; a questa prima, grande valorizzazione delle parole nel loro stretto significato, peraltro, corrispondeva una notevole capacità innovativa ad opera dei giuristi stessi negli adattamenti dell'uso degli atti solenni, cui era propria una solennità di parole e gesti, per situazioni per le quali non erano stati originariamente elaborati, ma per i quali le parole stesse in essi pronunciate lo consentiva (si pensi, ad es., all'uso della *mancipatio* e delle clausole dette nel corso di tale atto che lo trasformano in una forma di testamento o la diversa utilizzazione di ta-

tempi in cui visse Tarquinio il Superbo, figlio di Demarato di Corinto. Tale libro, come abbiamo detto, è chiamato *Diritto civile Papiriano* non perché Papirio vi aggiunse qualcosa di suo, ma perché mise insieme, in unità, leggi approvate senza ordine»; cfr. anche D.1,2,2,36: «[...] Publio Papirio che raccolse in unità le leggi regie [...]».

¹² Appio Claudio Cieco fu console nel 307 e nel 296 a.C.

¹³ D. 1,2,2,7. Sulle «probabili ragioni che indussero i pontefici a quella compilazione», cfr. F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, Libri e commentari, Sassari, 1983, 164 s.

¹⁴ Le XII Tavole prevedevano: «Se il padre abbia alienato il figlio tre volte, il figlio sia libero rispetto al padre»; per le figlie si ritenne che bastasse una alienazione perché la legge si riferiva a 'figlio' (*Gai.* 1,132). Nella legge Aquilia, sulla responsabilità extracontrattuale, si prevedeva (D. 9,2,2pr.) che: «Se taluno senza giustificazione abbia ucciso un servo o una serva altrui [...]» e l'uso del maschile e del femminile fa fondatamente supporre che ciò fosse necessario per includere nella previsione normativa sia i servi maschi che le femmine, secondo una tecnica interpretativa molto letterale.

le atto per gli effetti potestativi da connettere al matrimonio). Corrispose altresì l'inizio di una produzione di regole¹⁵. Di ciò, però, Pomponio non ci dice nulla, salvo un cenno assai indiretto al ruolo dei pontefici¹⁶.

B. Pomponio ci ricorda, poi, anche opere che vertevano su temi monografici, come l'interruzione dell'usucapione, nelle quali veniva maturando l'aggiunta di commenti¹⁷, ma evidenzia incisivamente l'opera di Sesto Elio Peto Cato¹⁸, i *Tripartiti*, che realizza un secondo metodo di lavoro, consistente nell'interpretazione delle leggi seguendo l'ordine della legge stessa, e nel collegarvi le azioni. Il testo della legge delle XII Tavole costituisce, quindi, la struttura testuale che dà ordine al commento, ed anche all'individuazione delle azioni da usare. Si tratta di un ordine che conosciamo poco, ma si tenga presente che è possibile che, nella composizione di esso, si fosse esercitata una riflessione di giuristi¹⁹. Pomponio qualifica il lavoro di Sesto Elio la «culla del diritto», ed invero possiamo supporre che l'impostazione fondata sul testo della legge si articolasse nel commento parola per parola, fondasse e sviluppasse rigore analitico ed approfondimenti concettuali e dogmatici; incorporasse regole²⁰. È un metodo che continuerà ad offrire una guida e la forza della propria logica al lavoro del giurista. In seguito, ad es., tutte le opere di commento all'editto seguono l'ordine dell'editto stesso e sono poi fondate sull'esame delle formule, parola per parola, come anche i commenti alle leggi, per le quali verrà raccomandata l'attenzione alla intera legge²¹. In rapporto al contesto edittole, va, però, tenuto altresì presente che l'interpretazione delle parole può anche risentire dell'insieme degli strumenti processuali convergenti, cioè di una logica che supera la lettura dell'unità testuale in cui la parola è inserita.

C. Certo, gli sviluppi del diritto dal V al II sec. a.C. erano stati grandissimi: ad es.: la trasferibilità *inter vivos* dei fondi che, ancora all'epoca dei

¹⁵ L'opera di enucleazione di 'precetti' e di 'regole' è parte del metodo dei giuristi ed ha origini assai risalenti: A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966, 64 ss.; S. SCHIPANI, *Iuris praecepta nell'esperienza giuridica romana e la loro eredità nei principi generali del diritto. Conferenza Milano*, (pubblicazione in preparazione).

¹⁶ D. 1,2,2,6.

¹⁷ D. 1,2,2,36.

¹⁸ Sesto Elio Peto Cato fu console nel 198 a.C.

¹⁹ D. 1,2,2,38. Sul tema, cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992; AA.VV., *XII Tavole. Testo e commento*, a cura di F. CURSI, 2, Napoli, 2018.

²⁰ Di quest'epoca sono i Catoni, padre e figlio (D. 1,2,2,38), e i precetti di M.P. Catone al figlio Marco, come pure la 'regola Catoniana' (D.36,2,17; D. 34,7,1); più difficile è la datazione di altre regole del diritto civile antico, come, ad es., la regola *noxia caput sequitur*/ 'la responsabilità per il delitto compiuto segue la persona che lo ha commesso' (D. 9,1,1,12), o quella *superficies solo cedit*/ 'ciò che viene incorporato sopra al suolo accede a questo' (Gai. 2,73), ecc.; cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, 61 ss.

²¹ D. 1,3,24.

re, potevano essere trasferiti solo a causa di morte; la creazione dei diritti reali di godimento su cosa altrui; l'emancipazione dei figli e delle figlie; le nuove forme del matrimonio e del testamento; l'affiancamento del contrarre secondo 'buona fede' al più antico contrarre obbligazione con la dazione di una cosa, con le parole solenni, con lo scritto formale, ecc. Quasi tutte le novità erano state realizzate senza ricorrere a leggi, per cui, se da un lato erano ancora le XII Tavole a offrire il loro ordine a un diritto tanto più ricco, d'altro lato esse erano sempre meno adeguate a tale scopo.

Pomponio sottolinea che Publio Mucio Scevola, Marco Giunio Bruto e Manio Manilio²² perfezionarono un terzo livello del lavoro dei giuristi e «fondarono» il diritto civile²³. L'effetto delle loro opere, cioè, realizzò un salto di qualità tale da meritare che fosse qualificato con lo stesso termine 'fondare' con cui era stato qualificato il ruolo svolto dalle Leggi delle XII Tavole in ordine alla comunità cittadina²⁴. Con questa 'fondazione', Pomponio riteneva iniziasse la letteratura che possiamo designare come della scienza del diritto. Possiamo cioè dire che, abbandonato l'ordine espositivo delle XII Tavole (il quale ormai assai male si adattava all'esposizione del diritto, che si era grandemente accresciuto), i giuristi citati abbiano, per così dire, capovolto l'impostazione, creando essi l'ordine complessivo che incorporava i testi dei pareri e delle dottrine dei propri predecessori, le regole fissatesi, le loro proprie conclusioni, ponendo essi le connessioni che ritenevano rilevanti per giungere ad esse. Questo capovolgimento fu un vero e proprio 'fondare' il diritto dei cittadini, il 'diritto civile' a cui veniva data una forma che, anche se non ne conosciamo i profili logici specifici, sorreggeva un insieme dotato di una coerenza interna propria, aperta ad esporre una realtà giuridica molto più complessa di quella dell'età decenvirale ed in via di ulteriori profonde trasformazioni.

D. Successivamente, Pomponio pone in luce che Quinto Mucio²⁵, «*primus* / per primo», segue regole metodologiche che sono oggetto di specifica esplicita riflessione per l'elaborazione di una coerente costruzione giuridica. Di questa noi, guidati dalle informazioni che abbiamo, riconosciamo elementi già parzialmente e implicitamente presenti nelle forme di lavoro anteriori, ma proprio l'esplicitazione della logica di essa costituisce

²² Marco Giunio Bruto fu pretore probabilmente prima della metà del II sec. a.C.; Manio Manilio fu console nel 149 a.C.; Publio Mucio Scevola fu console nel 133 a.C. e fu anche pontefice massimo; tutti e tre lasciarono opere scritte e, all'epoca di Pomponio, erano rimasti i volumi intitolati *Monumenti di Manilio*.

²³ D. 1,2,2,39.

²⁴ D. 1,2,2,4 Pomponio, *nel libro unico Del manuale*: «... la comunità cittadina venisse fondata con le leggi» (il collegamento del 'fondare la comunità' 'con le leggi' è già in Virgilio, *Aen.* 6,810 s., riferito però al re Numa Pompilio, ed è certo assai rilevante anche questo spostamento a favore del popolo).

²⁵ Quinto Mucio fu console nel 95 a.C.; fu autore di un'opera in diciotto libri di diritto civile, a commento della quale lo stesso Pomponio sviluppò una propria opera.

una svolta per lo sviluppo di elaborazione degli istituti che ne unifica, dall'interno, il commento realizzato. Con l'opera di Quinto Mucio si è così proceduto oltre la letteratura di pura ricompilazione ordinante delle leggi. Si è proceduto altresì oltre il metodo di Sesto Elio di interpretazione di un testo legislativo preso come base, testo che pure dall'opera di giuristi aveva ricevuto il suo ordine. Queste forme di lavoro non sono venute meno, ma si è proceduto anche a 'fondare' il diritto civile nelle opere proprie di giuristi che tendono ad includere, coordinare testi legislativi, responsi ed esempi, strumenti processuali in un disegno che in queste loro opere è elaborato e che implica, quindi, una fissazione di esso con una tecnica di lavoro più ricca e complessa. Nell'opera di Quinto Mucio, questo profilo metodologico diventa una specifica e individuata struttura dell'esposizione del diritto formalmente elaborata: «*generatim/* per generi e specie»; «*constitutum/* stabilito saldamente insieme». È una struttura che emerge come caratterizzante un quarto livello del lavoro dei giuristi²⁶.

Generatim. Il carattere proprio dell'opera di Quinto Mucio è nella ricerca dei profili comuni per riunire una pluralità di istituti entro generi e nel distinguere le specificità²⁷. La costruzione di un'opera modellata da questo obiettivo rappresenta una tappa fondamentale nella elaborazione del diritto che, nel lavoro dei giuristi romani, è risalente e che ora si traduce in esplicita forma del discorso impostata secondo modalità rigorosamente verificabili. Secondo la natura non puramente descrittiva, ma prescrittiva del discorso giuridico, questa forma, incorporandosi ad esso, ne acquisisce tale carattere e viene ad includere altresì l'elaborazione di regole prescrittive²⁸ e a vagliarne la possibile estensione analogica, di cui

²⁶ D. 1,2,2,41: «Dopo costoro, Quinto Mucio, figlio di Publio, Pontefice massimo, per primo costituì il diritto civile in una disposizione ordinata per generi, facendone redazione in diciotto libri».

²⁷ In modo generale, si può dire che 'genere', nel suo significato più ampio, indica una nozione che comprende in sé più specie che hanno caratteri comuni. In particolare, in filosofia, indica una categoria di oggetti che hanno in comune proprietà essenziali mentre differiscono per proprietà non essenziali, dal punto di vista del genere; queste proprietà specifiche, che costituiscono le differenze specifiche, caratterizzano ciascuna specie e sono essenziali in relazione ad essa. Si distingue altresì un genere '*prossimo*', quello suddiviso in specie («animale» è genere prossimo della specie «uomo»), e un genere '*remoto*', quello che, per la sua estensione, include generi di minore estensione («essere vivente» è genere remoto della specie «uomo»), e a volte ciò che si qualifica specie, in relazione ad un genere, viene poi qualificato genere in relazione ad un suo ulteriore includere una pluralità di specie, in una sorta di piramide concettuale (va tenuto presente, però, che a volte, con un altro modo di usare il termine, *species* indica il singolo individuo, la singola situazione concreta).

²⁸ Le regole delle scienze naturali o della matematica o della geometria non sono evidentemente prescrittive, ma descrittive. L'opera di enucleazione di 'regole' prescrittive, come ho accennato, è parte del metodo dei giuristi, ma qui rileva segnalare che il carattere prescrittivo del lavoro dei giuristi, presente proprio anche nell'elaborazione di generi e specie, nel quadro della esplicitazione delle coerenze interne degli istituti che esso viene componendo, è orientato anche verso una loro incorporazione. Questa ricomposizione si affianca ad una oscillazione fra definizioni e regole. Essa è, peraltro, sorretta dal senso della coerenza che

il procedere *generatim* costituisce il fondamento.

Con il suo unire specie in generi, o dividere generi in specie, cogliendo i caratteri comuni delle diverse specie o distinguendole, questa forma di ragionamento offre un metodo che, usato con *peritia*, con *prudentia*, con un attento tradizionalismo che procede attraverso il razionale adattamento a nuove funzioni dei nuclei di schemi giuridici esistenti, si inserisce potentemente nel rivelare le eventuali disequaglianze e nell'*aequare libertatem*²⁹, nel dare la forza della propria coerenza logica al *respondere*. Questo metodo sta alla base della definizione con cui Celso, poi, adottandolo, attraverso l'individuazione del genere prossimo e della differenza specifica, coglie l'essenza del diritto come *ars boni et aequi* / 'attività esperta che procede *generatim* per produrre ciò che è uguale e buono'³⁰, con parole che lo esplicitano, e ne vengono plasmate in una specifica condizione d'uso, sia per quanto attiene al termine *ars*³¹, sia per i due profili del *bonum* e dell'*aequum*, in rapporto ai quali espongono un messaggio radicato anche in formule processuali³² e in particolare nell'editto, equissimo, in base al quale chi propone diritto nuovo, o chi ne chiede l'uso nei confronti di altri, deve valutarlo come se lo proponesse per se stesso³³.

Constitutum. Di questo metodo, Pomponio sottolinea che ha un effetto 'costitutivo' del diritto stesso in una forma che diventa sua propria per eccellenza: infatti, il diritto, stabilito in un insieme unitario da un tale rigore di metodo i cui nessi argomentativi sono resi sempre più espliciti, verificabili, accettati e concatenantisi, ha una forza intrinseca, che guida l'elaborazione di esso e sostiene la verità, la maggior probabilità, la condivisione da parte dell'autore e la conseguente vigenza del responso. Questo metodo non comporta, però, una fissità definitiva, perché esso è un modello tendenziale che si riferisce ad una realtà che può essere capita me-

guidava i giuristi romani anche, come ho accennato, anteriormente a questa innovazione metodologica (ma alcune volte li indusse a segnalare la difficoltà di riconoscere la *ratio* di un parere, come segnalato da Giuliano; D. 1,3,20, e altre volte a conservare pareri diversi, come ad es. fra Celso, Marcello, Ulpiano e Giuliano: D. 9,2,11,3 e D. 9,2,51,2). Cfr. definizioni e regole: R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; A. CARCATERRA, *Le definizioni*, cit.; P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh, 1966; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit.

²⁹ Sull'*aequare libertatem* come obiettivo della *civitas* fondata nelle leggi, cfr. *infra*.

³⁰ Celso in Ulpiano, D. 1,1,1pr. Su questa definizione, cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7 ss. (= in *Opuscula selecta*, Padova, 1999, 553 ss.); S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano*, in *Id.*, *La codificazione*, cit., 210 ss. (= in sp. in *La codificación*, cit., 247 ss.).

³¹ Cfr. la sintetica precisazione del *in arte reducere* compiuta da Cicerone, *de Orat.* 1,42,187-188; *Brut.* 41,152-153.

³² Gaio, D. 4,5,8; Ulpiano, D. 9,3,5,5; Ulpiano, D. 11,7,14,6; Paolo, D. 12,6,65,4, ecc.; con riferimento a condizioni d'uso più generali, cfr. Ulpiano, D. 1,1,1,1; Paolo, D. 1,1,11; Ulpiano, D. 2,11,2,8; Paolo, D. 4,4,24,1, ecc.

³³ Mi riferisco all'editto della fine del I sec. a.C. di cui in D. 2,2.

glio e che, inoltre, si modifica e si accresce con situazioni nuove, così che deve costantemente adeguarsi a coglierne i profili rilevanti rispetto ai fini propri del diritto; laddove l'attività dei giuristi è, come sottolinea lo stesso Pomponio, costantemente dinamica: «perché il diritto non può stare saldo insieme se non vi è qualche giurista attraverso cui, giorno dopo giorno, possa venir condotto innanzi verso il meglio»³⁴. Il diritto, che i giuristi costantemente migliorano, accrescono e di cui i giuristi sono la fonte³⁵, nasce attraverso il confronto di opinioni, necessario in particolare per una scienza che non si sviluppa in un isolato laboratorio; si avvale del patrimonio di elaborazioni già esistenti; lo ridiscute criticamente, come vediamo dalle sia pur ridotte tracce di tali controversie ancora presenti in molti frammenti delle loro opere; e in queste operazioni è teso a statuirlo insieme in modo unitario e coerente grazie agli strumenti metodologici e al fine sopra richiamati.

Primus. Per primo, per la prima volta, ma anche per quella non superata. Certo, anche altre forme argomentative continuano ad essere presenti nel discorso dei giuristi, ma quella così indicata da Pomponio con tale riferimento, «per generi», è da ritenere caratterizzante tale opera. Data la frammentarietà dei testi di Quinto Mucio pervenuti a noi, è difficile valutare con esattezza il livello di realizzazione di tale metodo raggiunto nell'opera muciana³⁶, e non possiamo dire se esso fosse migliore o peggiore che in opere successive; certamente era adeguato a farlo riconoscere presente da parte di Pomponio, che conosceva bene l'opera di Quinto Mucio perché le aveva anche dedicato un commento³⁷ e che non si sarebbe esposto ad essere contestato da altri che, ai suoi tempi, ancora potevano leggerla direttamente.

Si deve, piuttosto, ancora notare che, nella successiva descrizione delle opere giuridiche, le novità che vengono segnalate da Pomponio non toccano più l'aspetto metodologico, ma l'espandersi del metodo di Quinto Mucio.

Così, Pomponio ci riferisce che Servio «fu introdotto agli studi» dagli

³⁴ Pomponio, D. 1,2,2,13.

³⁵ Cfr. Gai. 1,7 che usa altresì in modo generalizzato la qualifica di *conditores* / 'fondatori' del diritto già per gli antichi giuristi: *Gai.* 4,30; Pomponio, D. 1,2,25. 12; Papiniano: D. 1,1,7pr.

³⁶ Cfr. il contributo di Q. Mucio alla determinazione dei generi di tutela (*Gai.* 1,188), alla definizione del *nexum* (Varrone, *de Lingua Lat.* 7,5,105), di *gentiles*, di *postliminium*, di *aquaplivia* (Cic., *Top.* 6,29; 9, 37; 9,38), di *penus* (Gellio, *Noctes Att.*, 4,1,17; D. 33,9,3pr.), di *culpa* (D. 9,2,31), di *argentum factum* (D. 34,2,27pr. e D. 34,2,19,9), di *ruta caesa* (D. 50,16,241), di *pars* (D. 50,16,25,1), di *vi factum* e di *clam factum* (D.50,17,73,2; D. 43,24,1,5), alla individuazione di alcune regole (D. 17,2,30; D. 50,17,73pr., 3 e 4; D. 50,17,203; D. 50,17,204), ad una prima elaborazione delle fonti del contrarre obbligazione (D. 46,3,80 su cui *infra*).

³⁷ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, 60 ss.