

# FORME E ITINERARI DEL DIRITTO

Diretta da F. Fasolino, A. Lovato, F. Lucrezi

Franz Wieacker

Vom römischen Recht

Dal diritto romano

*Saggi scelti*

Traduzione di Filippo Bonin

Con la collaborazione di:

Andrea Lovato, Sergio Alessandrì, Aurelio Arnese

Pasqua Cantarone, Maria Casola, Anna De Francesco

Yuri González Roldán, Daniele Vittorio Piacente, Pia Starace



G. Giappichelli Editore

# **FORME E ITINERARI DEL DIRITTO**

Diretta da F. Fasolino, A. Lovato, F. Lucrezi

---

12



Franz Wieacker

Vom römischen Recht

Dal diritto romano

*Saggi scelti*

*Traduzione di* Filippo Bonin

*Con la collaborazione di:*

Andrea Lovato, Sergio Alessandrì, Aurelio Arnese

Pasqua Cantarone, Maria Casola, Anna De Francesco

Yuri González Roldán, Daniele Vittorio Piacente, Pia Starace



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-1216-0

ISBN/EAN 979-12-211-6147-2 (ebook)

*Titolo originale:*

Franz Wieacker, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche*, seconda edizione  
Koehler Verlag, Stuttgart, 1961.

*La presente pubblicazione è stata realizzata con i fondi inerenti al Progetto di ricerca PRIN 2017 dal titolo: "Visioni criminali dall'antico: crimini e pene nello specchio della letteratura tra esperienze e deformazioni". Fondi erogati dal MUR codice CUP H98D19001950006.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i> (A. Lovato)	IX
<i>Premessa</i> (F. Bonin)	XI

## INTRODUZIONE

F. BONIN

Romanità, diritto e pensiero antico nella tradizione europea	3
--	---

## TRADUZIONE

Romanità e diritto romano	33
Il giurista romano	55
L'Europa e il diritto romano	99

**CONTRIBUTI**

A. ARNESE

Brevi osservazioni su *disputatio fori* e  
giurisprudenza 125

M. CASOLA

Brevi note a margine del rapporto tra  
'giuridico' e 'non giuridico' 143

A. DE FRANCESCO

La 'realtà storica' del giurista romano.  
Note in margine a un dialogo tra maestri 157

Y. GONZÁLEZ ROLDÁN

Considerazioni minime sulla  
*Regularjurisprudenz* 171

D.V. PIACENTE

Dal 'collasso' alla giurisprudenza umanistica 191

P. STARACE

Tra fungibilità e infungibilità dei giuristi  
romani: echi di Schulz e oscillazioni di  
Wieacker 201

**CONCLUSIONI**

A. LOVATO

Tradizione come 'modello' per l'uomo  
e il giurista romano

225

*Indice analitico* (F. Bonin)

245



## PRESENTAZIONE

Il volume è frutto di un capillare lavoro condotto negli ultimi due anni dai docenti e studiosi di diritto romano del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Bari Aldo Moro e del Dipartimento Jonico della medesima Università. La traduzione dei tre saggi di Franz Wieacker, selezionati dall'opera originale, è stata sottoposta ad approfondite analisi nel corso di frequenti incontri. La comune riflessione sorta dal confronto scientifico sui molteplici profili esaminati ha poi dato vita ai contributi che precedono e seguono la traduzione.

Nelle intenzioni e nell'auspicio di coloro che hanno collaborato all'iniziativa è che questo lavoro possa continuare nel tempo, al fine di agevolare la lettura di pagine fondamentali della grande Romanistica tedesca.

Bari, dicembre 2024

Andrea Lovato

*All'atto di licenziare per la stampa il volume, siamo stati informati della prematura scomparsa del prof. Cosimo Cascione, amico fraterno, esponente di spicco della scienza storico-giuridica internazionale. Una notizia devastante, un dolore incolmabile. A Lui dedichiamo queste pagine, con affetto profondo. Ciao Cosimo carissimo, vivrai per sempre nei cuori e nella memoria dei tanti che Ti hanno conosciuto e amato.*

## PREMESSA

Le pagine che seguono rappresentano l'esito di una iniziativa scientifica che il Professor Andrea Lovato mi illustrò pochi mesi dopo l'inizio della mia bellissima esperienza universitaria e umana nella città di Bari. Accolsi con onore la possibilità, offertami dal mio Maestro, di misurarmi con alcuni testi di uno studioso del calibro di Franz Wieacker.

Nonostante avessi avuto il privilegio di entrare in contatto con la Scuola di quest'ultimo durante gli anni trascorsi a Colonia, ben presto capii che si trattava, in realtà, di una vera e propria sfida, di rara bellezza, ma di grande difficoltà. Anche per questo desidero ringraziare coloro che, in questi mesi, hanno condiviso e affrontato, con passione e dedizione, lo sforzo necessario per condurre a termine l'impresa. Mi riferisco, naturalmente, a tutti gli amici della 'squadra' romanistica barese.

Bari, dicembre 2024

Filippo Bonin



# **INTRODUZIONE**



**Filippo Bonin**  
**ROMANITÀ, DIRITTO**  
**E PENSIERO ANTICO**  
**NELLA TRADIZIONE EUROPEA**

Nel 1961 Franz Wieacker (1908-1994)<sup>1</sup>, ormai stabilmente Professore a Göttingen<sup>2</sup>, poco dopo aver dato alle stampe le celebri *Textstufen*<sup>3</sup>, decise di pubblicare la seconda edizione di una raccolta di scritti editi e inediti, uscita la prima volta con il titolo *Vom römischen Recht*:

---

<sup>1</sup> Su Franz Wieacker si vedano H. LANGE (1994), p. 354; D. SIMON (1994), pp. 1 ss.; J.G. WOLF (1994), pp. 763 ss.; Id. (2004), pp. 538 ss.; Id. (2007), pp. 73 ss.; O. BEHREND (1995), pp. XIII ss.; D. NÖRR (1995), pp. 1 ss.; i contributi contenuti in O. BEHREND-E. SCHUMANN (2010), in particolare D. LIEBS (2010), pp. 23 ss.; V. WINKLER (2014); V. ERKKILÄ (2019).

<sup>2</sup> Vi si era stabilito, come molti Professori provenienti dall'est della Germania, già nell'immediato dopoguerra. Nel semestre invernale del 1945 ebbe una docenza a contratto. Nel 1948, essendo stato chiamato come Professore contemporaneamente a Göttingen e Freiburg, scelse quest'ultima, ma già nel 1953, dopo una nuova chiamata, tornò a Göttingen, senza tuttavia trascurare l'Università in cui era stato assistente del maestro Fritz Pringsheim (1882-1967) a partire dalla fine del 1929, si era addottorato (1930), aveva conseguito l'abilitazione (1933) ed era stato *Privatdozent* fino al 1939, cfr. J.G. WOLF (1994), p. 765.

<sup>3</sup> F. WIEACKER (1960).

*Wirklichkeit und Überlieferung* nel 1944<sup>4</sup>, anno in cui da Lipsia era partito per il fronte italiano<sup>5</sup>.

Si tratta di una nuova edizione assai rielaborata<sup>6</sup>, la quale consta, come si evince già dal sottotitolo (che è diverso: *Zehn Versuche*), di ben dieci contributi<sup>7</sup>. I cinque saggi già inclusi nella prima raccolta, aventi a oggetto rispettivamente la figura del giurista romano<sup>8</sup>, la *lex publica*<sup>9</sup>, il pretore<sup>10</sup>, il *Corpus iuris*<sup>11</sup> e lo studio del diritto

---

<sup>4</sup>F. WIEACKER (1944), anche se forse essa comparve effettivamente l'anno successivo (cfr. *infra* p. 63 nt. 5).

<sup>5</sup>Come è noto, Franz Wieacker fu membro del Partito Nazional-socialista [a partire dal giorno 1 maggio 1937, oltre che della *Nationalsozialistische Deutsche Dozentenbund*, cfr. D. LIEBS (2010), p. 24 e nt. 3]. Dopo la fine della guerra assunse, però, un orientamento politico di fatto opposto, entrando a far parte della SPD, cfr. D. LIEBS (2010), p. 29. Professore a Leipzig già a partire dal 1 gennaio 1937, dopo le brevi parentesi di Francoforte e Kiel [cfr. J.G. WOLF (1994), pp. 765 s.], prestò servizio militare nel 1939, poco dopo aver conseguito l'ordinariato. Nondimeno, egli poté tornare subito ai suoi studi già all'inizio del 1940 e proseguirli sino all'estate del 1944 [cfr. D. LIEBS (2010), p. 28 e V. WINKLER (2014), p. 456 nt. 3], quando, anche per la sua eccellente conoscenza della lingua italiana, fu chiamato a partecipare alle operazioni belliche tedesche nella penisola conseguenti all'armistizio dell'8 settembre 1943. Dopo pochi mesi fu catturato e fatto prigioniero a Bellaria, nei pressi di Rimini, dove fu decano e professore nell'Università del campo. Sul rapporto di Wieacker con l'Italia cfr., in particolare, L. LABRUNA-C. CASCIONE (2010), pp. 325 ss.

<sup>6</sup>Come ebbe a rilevare efficacemente G. GROSSO (1966), p. 227, si trattò di una ripubblicazione «alla Wieacker».

<sup>7</sup>F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>).

<sup>8</sup>*Vom römischen Juristen* (pp. 7-37, già pubblicato in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 99 [1939], pp. 440 ss.).

<sup>9</sup>*Lex publica und politische Grundordnung im römischen Freistaat* (pp. 38-85, già pubblicato in *Die Antike* XVI [1941], pp. 176 ss.).

<sup>10</sup>*Der Prätor* (pp. 86-147, inedito).

<sup>11</sup>*Corpus Iuris* (pp. 146-194, già pubblicato in *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 102, 1942, pp. 444 ss.).

romano da parte della scienza giuridica occidentale<sup>12</sup>, risultano profondamente modificati nella sostanza e sono posti in un diverso ordine. Nell'edizione del 1961 Wieacker affronta, infatti, dapprima, a fini introduttivi, il tema del rapporto tra romanità e diritto romano<sup>13</sup> e dello Stato<sup>14</sup> romano come ordinamento giuridico<sup>15</sup>, dopodiché, con una vistosa variazione rispetto alla prima edizione, troviamo nella seguente successione i temi della *lex publica*<sup>16</sup>, del pretore<sup>17</sup> e del giurista<sup>18</sup>. Lo studioso si concentra, poi, sul concetto di 'classico' nella giurisprudenza romana<sup>19</sup> e sull'evoluzione della proprietà romana<sup>20</sup>, per poi passare, stavolta in linea con l'edizione precedente, ai saggi dedicati al volgarismo nel diritto della tarda antichità<sup>21</sup> e

---

<sup>12</sup> *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft* (pp. 195-284, inedito).

<sup>13</sup> *Römertum und römisches Recht* (pp. 1-17, inedito).

<sup>14</sup> Anche nella traduzione dei testi scelti si è impiegata questa espressione, pur nella consapevolezza che con essa si allude a una particolare strutturazione del potere politico, dotata di sovranità territoriale, la quale appartiene a un'esperienza storica che si forma e si sviluppa solo a partire dal XVI secolo.

<sup>15</sup> *Der römische Staat als Rechtsordnung* (pp. 18-44, già edito nel 1949 per Zähringer Verlag).

<sup>16</sup> *Lex publica. Gesetz und Rechtsordnung im römischen Freistaat* (pp. 45-82).

<sup>17</sup> *Der Prätor. Gerichtsherrschaft und Rechtsgang* (pp. 83-127).

<sup>18</sup> *Der römische Jurist* (pp. 128-160).

<sup>19</sup> *Über das Klassische in der römische Jurisprudenz* (pp. 161-186, già pubblicato in *Recht und Staat* Nr. 151, Tübingen 1950).

<sup>20</sup> *Entwicklungsstufen des römischen Eigentums* (pp. 187-221, già pubblicato in *Das neue Bild der Antike*, II, Leipzig 1943, pp. 156-187).

<sup>21</sup> *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike* (pp. 222-241, già pubblicato con il titolo '*Vulgarismus und Klassizismus im römischen Recht der ausgehenden Spätantike*', in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, III, Milano 1954, pp. 117-136).

al *Corpus iuris*<sup>22</sup>, chiudendo il lavoro con un contributo del tutto inedito sul diritto romano e la tradizione giuridica europea<sup>23</sup>. Rispetto alla prima edizione, nella seconda compaiono, dunque, cinque contributi del tutto nuovi<sup>24</sup> e con riguardo all'ultimo si potrebbe parlare di una vera e propria sostituzione<sup>25</sup>. La sistematica ne risulta a dir poco accresciuta e conferisce una connotazione maggiormente antologica alla raccolta. Inoltre, rispetto all'edizione del 1944 l'opera si contraddistingue per una più elevata focalizzazione sul tema della giurisprudenza romana, cui sono dedicati due ampi saggi, che costituiscono il vero e proprio baricentro dell'intera raccolta. In quelli che definisce, forse anche troppo umilmente, 'dieci tentativi', Wieacker, nel pieno della propria maturità scientifica<sup>26</sup>, fornisce un quadro relativamente sintetico ma esaustivo<sup>27</sup> del diritto romano nel suo sviluppo diacronico, della sua realtà sociale<sup>28</sup> e, infine, del suo valore nella tradizione

---

<sup>22</sup> *Corpus Iuris* (pp. 242-287). Si tratta dell'unico contributo quasi del tutto invariato rispetto alla versione presente nella precedente edizione.

<sup>23</sup> *Europa und das römische Recht* (pp. 288-304, inedito).

<sup>24</sup> Di cui due del tutto inediti (cfr. *supra* ntt. 13 e 23).

<sup>25</sup> Cfr. in questo senso già G. GROSSO (1966), p. 227. Il riferimento è a *Ratio scripta. Das römische Recht und die abendländische Rechtswissenschaft* (cfr. *supra* nt. 12), al posto del quale compare l'inedito *Europa und das römische Recht* (cfr. *supra* nt. 23 e *infra* nel testo).

<sup>26</sup> Sarà appena il caso di ricordare che, oltre alle *Textstufen*, aveva già visto la luce la prima edizione di un'altra opera fondamentale, ossia *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* [F. WIEACKER (1952)].

<sup>27</sup> Il titolo della raccolta da questo punto di vista è altamente significativo, alludendo con quel *vom* probabilmente a una scelta degli apporti più salienti tra quelli che provengono 'dal' diritto romano.

<sup>28</sup> Come, del resto, si evince chiaramente dal sottotitolo della raccolta del 1944, la quale in buona sostanza è inglobata nella seconda

giuridica europea. Nonostante il loro taglio generale, gli scritti offrono allo studioso tedesco l'occasione di liberare il suo estro, di definire, in maniera del tutto originale, il proprio indirizzo metodologico di studio del diritto romano, nonché di fornire un considerevole numero di spunti e stimoli<sup>29</sup>.

A trent'anni dalla scomparsa del grande romanista tedesco in questo volume presentiamo la traduzione di tre dei dieci scritti contenuti nella seconda edizione della raccolta, ossia *Römertum und römisches Recht* (pp. 1-17), *Der römische Jurist* (pp. 128-160) ed *Europa und das römische Recht* (pp. 288-304). Si tratta di una scelta operata, innanzitutto, in ragione del tradizionale e spiccato interesse della scuola barese per la giurisprudenza romana, che, come si è detto, ricopre nella raccolta un ruolo centrale, e anche per quelli che oggi sono definiti fondamenti storici del diritto europeo, cui in buona sostanza è dedicato il terzo contributo. In secondo luogo, è significativo che i testi selezionati siano altamente rilevanti con riguardo all'approccio metodologico allo studio del diritto romano, il quale – lo si può già anticipare – in Wieacker si presenta autenticamente storicista e libero da condizionamenti dogmatico-attualizzanti<sup>30</sup>.

*Römertum und römisches Recht* è il contributo inedito che apre l'opera. Si tratta di un incisivo studio relativo alla romanità, alla creazione dello 'Stato' romano e al suo diritto. L'autore cerca di fare chiarezza sull'essenza dell'origine della romanità, il che svela, da subito, il ruolo in-

---

edizione. In particolare, il termine *Wirklichkeit* in generale nell'opera di Wieacker assume una valenza assai pregnante nel suo significato di 'vita quotidiana'. Cfr. in questo senso V. ERKKILÄ (2019), *passim*, part. p. 68.

<sup>29</sup> Così, in maniera condivisibile, G. GROSSO (1966), p. 227.

<sup>30</sup> Cfr., in questo senso, con specifico riguardo alla raccolta del 1961, ancora G. GROSSO (1966), p. 234.

troductivo svolto del saggio all'interno della raccolta. Nella visione di Wieacker, stante l'impossibilità di individuare esattamente la 'materia prima' antropologica di partenza, essa è, innanzitutto, contadina, come dimostra la vocazione agli irriducibili cicli dell'anno, ma allo stesso tempo anche cittadina e guerriera, ossia votata alla disciplina e all'obbedienza, nonché, infine, spiccatamente mercantile.

La romanità è, però, da subito anche statualità oligarchica e gerontocratica, specchio di una ancestrale organizzazione familiare che pone al vertice il membro maschio più anziano e, di fatto, conduce alla creazione dell'*imperium*. In origine il valore ultimo è incarnato dal *mos maiorum*, ma manca qualsiasi sguardo spirituale e artistico sulla realtà, il che impedisce l'ideazione del reale, tipica della greicità. Saldamente ancorato al tangibile, il romano diventerà conquistatore di territori.

Quanto al diritto romano, lo studioso si concentra, innanzitutto, sulle sue strutture formali e, in un secondo momento sui suoi fondamenti materiali, per concludere che questi ultimi emergano dalle prime. Ciò equivale a dire che a Roma la forma giuridica viene prima della sostanza e caratterizza fortemente la romanità. Il diritto ha una duplice dimensione, costituendo sia l'essere che il dover essere della realtà, sia l'esperienza che l'idea, e la giurisprudenza romana si colloca decisamente nella prima sfera, che è prevalente in una civiltà persistente e conservatrice. Ma il diritto di Roma è, soprattutto, un diritto di giuristi. Ne consegue che la sua conoscenza dipende dalla loro esperienza. Non vi è spazio, almeno in origine, per costruzioni teoriche, per le categorie, per il sistema. Se la giurisprudenza romana è passata alla storia per la sua chiarezza e le sue potenti idee è perché, in primo luogo, essa aveva un'alta capacità di astrazione, favorita dall'*Isolierung* del giurista romano<sup>31</sup> e, in secondo luogo, perché

---

<sup>31</sup> Il riferimento, totalmente adesivo, alla nota teoria compiuta-

al conservatorismo tipico della società romana si opposero ben presto forze progressiste, portatrici di proposte di correzione. Con ciò, Wieacker, passando all'analisi dei fondamenti materiali del diritto, individua ed esamina, in conclusione, tre gruppi di valori. Un primo, che definisce autoritario, composto da *imperium*, *potestas*, *manus*, *dominium* e *auctoritas*, un secondo tradizionalista, nel quale include *mos maiorum*, *pietas* e *fides*, infine, un terzo progressista, che fondamentalmente si sostanzia nell'*aequitas* e quindi nel diritto pretorio, sebbene il principio di quest'ultimo decisivo fenomeno possa essere fatto risalire solo all'età delle XII Tavole.

*Der römische Jurist* è la versione rielaborata alla luce dei nuovi studi condotti da Wieacker sulle *Textstufen* di un saggio edito per la prima volta nel 1939 con il titolo di *Vom römischen Juristen* e incluso nella raccolta del 1944<sup>32</sup>, che nel 1961 molto probabilmente era già alquanto noto<sup>33</sup>. Si tratta originariamente della prolusione tenuta da Wieacker a Leipzig nel 1937 e ha come oggetto l'essenza della giurisprudenza romana. A una parte introduttiva sulle condizioni di partenza, fanno seguito altre quattro sezioni, dedicate rispettivamente alla professione del giurista romano, agli inizi della giurisprudenza, ai giuristi 'classici', all'eclissi della scienza giuridica in età tarda. Chiudono il contributo alcune brevi osservazioni conclusive.

Per Wieacker il *ius civile* romano è in buona sostanza una creazione dei giuristi, i quali non fanno parte dell'or-

---

mente formulata in F. SCHULZ (1954) è qui chiaramente espresso. Cfr. F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), pp. 9 e 305.

<sup>32</sup> Cfr. *supra* nt. 8.

<sup>33</sup> Anche da parte dell'autore stesso. Cfr. in questo senso V. ERKILÄ (2019), p. 216 e nt. 149, il quale rileva come Wieacker stesso in svariate missive, oltre che in scritti successivi, lo ebbe a definire come il suo contributo più significativo.

ganizzazione pubblica, ma godono di una *auctoritas* che consente loro di essere consultati e di dare responsi, pur non avendo l'*imperium*<sup>34</sup>. Attraverso il *respondere*, il *cavere* e l'*agere* il giurista riveste un ruolo decisivo nella società e nell'amministrazione della giustizia<sup>35</sup>. Anzi, è ragionevole ritenere che ci sia proprio questa figura all'origine di ogni nuova formula processuale. In età imperiale, poi, il *ius respondendi ex auctoritate principis*, pur sottoponendolo a un controllo, conferisce una nuova validità ai *responsa* del giurista, che, peraltro, a partire da Adriano acquisisce nuovi compiti. Egli non contribuisce più a creare formule, ma le sue decisioni sui casi concreti risultano ancora più importanti. Divenuto membro di un ceto a seguito di quella che è definita, ormai di consueto – ancorché, a ben vedere, impropriamente – una 'laicizzazione'<sup>36</sup>, il giurista romano svolge la sua professione (in realtà il suo *honos*) gratuitamente, anche per ottenere consenso e prestigio. Si tratta dunque di una professione che è appannaggio esclusivo della aristocrazia. Solo con la crisi della Repubblica, pur continuando a richiedere, una spiccata integrità morale, essa sarà svolta anche dai cavalieri (lo erano gli *auditores Servii*), fino a che, a partire dalla dinastia Flavia, essa tornerà nelle mani della nobiltà. Non esiste una organizzazione sovraperonale, ma solamente gruppi, dai quali in un certo senso nasceranno le *sectae*, che nella visione di Wieacker si distinguono per il continuo susse-

---

<sup>34</sup> Evidenzia l'importanza di questo aspetto A. SCHIAVONE (2010<sup>2</sup>), pp. 18 s.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. A. LOVATO (2022), pp. 96 ss.

<sup>36</sup> Per una discussione del concetto, invero problematico, di 'laicizzazione' si veda ora E. STOLFI (2023), p. 60, all'avviso del quale il termine, in realtà, sarebbe improprio, in quanto a verificarsi «non fu un secolarizzarsi del religioso ma un distinguersi di dimensioni del vissuto cittadino, e rispettive discipline», per cui sarebbe più corretto parlare di una 'letteralizzazione'.

guirsi (e quindi contrapporsi) di indirizzi scolastici, il che le rende accostabili alle scuole filosofiche greche<sup>37</sup>.

In principio, la formazione del giurista è squisitamente pratica, ma già con la scoperta della *ratio decidendi* si sviluppa il sapere giuridico. Nondimeno, in questa prima fase, che copre il III e il II secolo a.C., non si può ancora parlare di scienza, ma solo in buona sostanza di mestiere. È nata solo la realtà virtuale del diritto<sup>38</sup> e sembrano esserle del tutto estranee le esigenze della giustizia<sup>39</sup>. Vi si contrappose la retorica, il cui influsso sulla giurisprudenza non è da sopravvalutare<sup>40</sup>. Fu piuttosto il contatto con la letteratura scientifica greca e, in particolare, con la topica aristotelica a consentire a Quinto Mucio Scevola di ordinare il *ius civile* in *genera* e *species*, di astrarre, e con ciò di dare inizio alla scienza giuridica romana<sup>41</sup>. A questa, però, rimasero sempre ignote la deduzione e la susunzione delle fattispecie in categorie generali. L'orientamento al caso concreto perdurò e con esso l'applicazione di un metodo in prevalenza induttivo, ma che, non essendo sempre logico, Wieacker definisce 'problematico', perché problematiche sono le aree attraverso le quali si sviluppa ciclicamente<sup>42</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. sul punto E. STOLFI (1997), part. pp. 84 ss.

<sup>38</sup> Sui caratteri della realtà virtuale del diritto si veda E. STOLFI (2018a), pp. 6 ss.

<sup>39</sup> Cfr. G. GROSSO (1966), p. 27, il quale evidenzia come a questo proposito siano estremamente rilevanti le definizioni alternative wieackeriane del diritto come *Sein der Wirklichkeit* e, al contempo, come *überwirkliches Sollen*, cfr. F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 6.

<sup>40</sup> Sulle diverse finalità del retore e del giureconsulto cfr. A. LOVATO (2011), pp. 9 ss., part. p. 13.

<sup>41</sup> Cfr. A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 190 ss.

<sup>42</sup> Sul *modus operandi* dei giuristi romani, che procede «dal caso alla regola, e di nuovo al caso», cfr. E. STOLFI (2018a), pp. 106 s.

Ne scaturì una scienza estremamente elastica e raffinata, ma profondamente legata alla comunità romana, tanto che, quando essa incontrò altre popolazioni, non fu compresa pienamente. Fu questo per lo studioso tedesco il motivo principale della sua decadenza dopo la concessione della cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero all'inizio del III secolo d.C., e, in seguito, anche della sua scomparsa<sup>43</sup>. Del giurista romano restò l'eredità<sup>44</sup>, la quale ben presto divenne materiale didattico, riassunto e volgarizzato in Occidente, ancora studiato in Oriente, dove però si assistette a una separazione netta e alquanto duratura tra teoria e prassi giuridica.

Nel contributo è significativa la critica alla nota teoria della 'fungibilità' dei giuristi romani, la quale, pur risultando ponderata e moderata<sup>45</sup>, segna la netta distanza dell'autore dall'approccio metodologico della Scuola storica. In questo lavoro, infatti, Wieacker cerca di liberare il diritto romano dalle incrostazioni dogmatiche e attualizzanti che avevano caratterizzato il suo studio per larga parte del secolo precedente in favore di un approccio autenticamente storicista. Lo scopo è quello di restituirgli un significato nuovo all'interno del mutato contesto giuridico e sociale della fine degli anni '30<sup>46</sup>, quando, come è noto, es-

---

<sup>43</sup> Si tratta di una idea che si trova già chiaramente espressa in E. SECKEL (1921), p. 14. Sul punto mi permetto di rinviare a F. BONIN (2022), pp. 53 s.

<sup>44</sup> Sul valore della giurisprudenza romana per gli ordinamenti giuridici tardoantichi si veda A. LOVATO (2014a), pp. 169 ss.

<sup>45</sup> Wieacker, infatti, evidenzia che essa conserva un lato corretto, nel senso che i giuristi romani hanno una esistenza tipica che rende accettabile e immediatamente comprensibile l'espressione 'giurista romano', cfr. F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 129. Sulla tensione tra storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi si veda CH. BALDUS-M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI-E. STOLFI (2012).

<sup>46</sup> Cfr. J. RÜCKERT (2010), pp. 84 s. Cfr. in questo senso, da ultimo, anche V. ERKKILÄ (2019), p. 217.

so visse una profonda crisi, indotta, almeno per buona parte, dalla retorica del regime che tendeva ad attribuirgli un carattere non ariano<sup>47</sup>. Tra i lavori più citati in senso adesivo nel contributo spicca la celebre *Herkunft* di Kunkel<sup>48</sup>. Compagno anche riferimenti al BGB, ma essi sono finalizzati a evidenziare la distanza tra il diritto romano e il diritto tedesco vigente, nonché la discontinuità dovuta al giusnaturalismo moderno, al quale sono dedicate le battute finali dello scritto. Vi torneremo tra breve. Ancor prima, Wieacker pone in evidenza il grande valore della scoperta dell'astrazione da parte di Quinto Mucio<sup>49</sup>, dalle cui dispute con Servio, invero qui solo adombrate, sembrano già nascere le due *sectae*, secondo una linea di pensiero che sarà poi compiutamente sviluppata e per così dire estremizzata sul piano filosofico dall'allievo Okko Behrends<sup>50</sup>. Altamente significative, oltre alle considerazioni sul metodo dei giuristi, sono le pagine relative alla cosiddetta eclissi della giurispruden-

---

<sup>47</sup> Il riferimento è ovviamente al § 19 del programma del NSDAP (*Nationalsozialistische deutsche Arbeiterpartei*). Sul punto mi permetto di rinviare a F. BONIN (2020), pp. 95 ss., ove bibliografia.

<sup>48</sup> Cfr. W. KUNKEL (1952). La necessità di affrontare la storia della giurisprudenza non solo esaminandone le forme letterarie, le dottrine e i metodi, ma anche l'origine e la posizione sociale dei suoi rappresentanti è chiaramente espressa anche in M. BRETONE (2016<sup>16</sup>), p. 461.

<sup>49</sup> Sull'opera del grande giurista si veda ora J.-L. FERRARY-A. SCHIAVONE-E. STOLFI (2018).

<sup>50</sup> Cfr., tra i molti lavori dello studioso, quello che in Italia è certamente il più celebre e il più adatto a fornire succintamente, con esempi, le linee teoriche di riferimento, ossia O. BEHREND (1983-1984), pp. 189 ss. Sui caratteri originali di questa scuola, con la quale anche chi scrive ha avuto il privilegio di entrare in contatto, si veda CH. BALDUS (2017), p. 204, al cui avviso con Behrends si passerebbe dall'approccio filologico, proprio di Wieacker, a uno prevalentemente filosofico.

za, nelle quali vengono espressamente richiamate alcune riflessioni sulla trasmissione dei testi compiutamente sviluppate nelle *Textstufen*.

Infine, estremamente rilevanti a livello metodologico, soprattutto per il dibattito che quasi subito suscitarono in Italia, risultano le battute conclusive del contributo (pp. 159 s.), ove Wieacker si chiede cosa possa ancora dire il giurista romano al presente. La risposta è singolare: molto di più di quanto possa dirci il diritto romano stesso. Anzi, sarebbe stata proprio la peculiare recezione di quest'ultimo da parte dell'assolutismo e del tardo giusnaturalismo a impedire il formarsi di una scienza giuridica pari a quella romana, che oggi resta un modello immortale, irraggiungibile, inimitabile. Anche la Pandettistica era troppo classicista per poter raggiungere quel livello e così la scienza giuridica avrebbe perso il rapporto con lo spirito del giurista romano, che sopravviverebbe, seppur in maniera tenue e non sempre, piuttosto presso i giudici.

Si tratta di parole che sono state intese in modo diverso e hanno fatto discutere. Giuseppe Grosso, nella sua recensione alla seconda edizione della raccolta, comparsa su *Labeo* nel 1966, ebbe a sostenere che con esse Wieacker avrebbe «colto l'insegnamento nell'incarnazione più piena dell'arte creativa del diritto»<sup>51</sup>. L'idea per la quale il giurista romano ci insegnerebbe più di quanto possa fare il diritto romano «ripensato coi nostri schemi» forse potrebbe costituire un paradosso, di certo – afferma Grosso – sarebbe «l'antitesi della nota posizione di Betti»<sup>52</sup>. La reazione del giurista camerte, com'era prevedibile, non si fece attendere. Appena due anni dopo, in seguito a uno scambio epistolare con Wieacker, vertente

---

<sup>51</sup> G. GROSSO (1966), p. 230.

<sup>52</sup> G. GROSSO (1966), p. 230.

appunto sulla questione in parola<sup>53</sup>, in uno scritto dedicato alla giurisdizione del pretore, comparso sulla stessa rivista, Emilio Betti intese dimostrare che l'antitesi di metodo, supposta da Grosso, in realtà non sussistesse<sup>54</sup>. Infatti, Wieacker si sarebbe occupato di problemi nomogenetici indirizzati allo scopo di trovare gli *Einfälle* cui aspira il pensiero giuridico classico, mentre egli avrebbe invece affrontato pensieri gnoseologici di qualificazione giuridica, facendo ricorso alla dogmatica per ricostruire «il sistema interiore dei principi e istituti classici»<sup>55</sup>. Non vi sarebbe dunque contrasto tra l'indirizzo storico-dogmatico di Betti e il metodo storico applicato da Wieacker nella ricostruzione del pensiero dei giuristi. Non solo. Com'è noto, nel pensiero di Betti la dogmatica costituisce uno strumento imprescindibile per l'interpretazione storica<sup>56</sup>. La questione, davvero infinita, del rapporto tra dogma e storia nel dibattito metodologico del Novecento chiaramente non può essere approfondita in questa sede, ove interessa solamente focalizzare la posizione di Franz Wieacker per come essa emerge in relazione a questo problema specifico. Da tale punto di vista, è significativa la fin troppo umile<sup>57</sup> risposta dello studioso tedesco alla missiva inviatagli da Betti in ordine alle parole impiegate da Grosso nella sua recensione<sup>58</sup>. Non era la

---

<sup>53</sup> Lo si può leggere in E. BETTI (1968), pp. 8 s.

<sup>54</sup> E. BETTI (1968), p. 10.

<sup>55</sup> Così ancora E. BETTI (1968), p. 10.

<sup>56</sup> Per una bibliografia sugli studi dedicati all'approccio 'neodogmatico' di Emilio Betti rinvio ancora a F. BONIN (2020), pp. 104 ss., ove bibliografia, cui *adde* ora A. BANFI-E. STOLFI-M. BRUTTI, (2020).

<sup>57</sup> Mi riferisco alle parole di chiusura, cfr. E. BETTI (1968), p. 10: «... Ohne Affektation: ich fürchte einfach, ich bin ein schlechterer Jurist als Sie, von der Philosophie ganz zu schweige», parole che suscitarono in Betti un sincero sentimento di imbarazzo.

<sup>58</sup> Cfr. E. BETTI (1968), p. 10: «Die Grösse der römischen Juristen

prima volta che i due grandi studiosi corrispondevano. Invero, Wieacker, appena un anno dopo l'uscita della raccolta che ci occupa, anche in contraddittorio con Gadamer<sup>59</sup> aveva approfondito la problematica dell'ermeneutica storico-giuridica, suscitando l'attenzione del giurista camerte, con il quale era entrato in dialogo<sup>60</sup>. Adesso Wieacker entra nel merito dell'arte di sperimentare la capacità decisionale dei romani<sup>61</sup>. In particolare, con riferimento alle decisioni dei giuristi e, soprattutto, a ciò che le tiene insieme, Wieacker parla di *geistigen Zusammenhänge*, di connessioni intellettuali. Sarebbero proprio tali connessioni a consentire la *spezifisch rechtswissenschaftliche Erkenntnis*, la conoscenza giuridica specifica<sup>62</sup>, tanto che sarebbe possibile parlare di un sistema giu-

---

und auch ihrer Texte ergreift mich in der Form, dass ich die Entscheidungen und das zarte Netz von geistigen Zusammenhängen, das sie zusammenhält, spontan und aktuell zu erfahren glaube, als das Vergangene das zugleich Aktualität hat. Vielleicht habe ich dabei gewisse Vorurteile gegen Verallgemeinerungen und äussere Systeme, eine zu puristische Abneigung gegen die Vermutung theoretischer Kontingenz im Denken der Juristen. Ich bemühe mich, die Vorurteile durch grössere Erfahrung zu überwinden ...». Purtroppo non disponiamo dell'intero testo di questa lettera del 21 gennaio 1967, in quanto, come è noto, l'epistolario di Betti presenta da tempo e tuttora difficoltà di accesso, cfr. F. BONIN (2020), p. 113 nt. 79.

<sup>59</sup> Su cui si veda M. AVENARIUS (2013), pp. 59 ss.

<sup>60</sup> Il riferimento è a E. BETTI (1964), pp. 66 ss., con il quale sul punto ebbe luogo anche uno prezioso scambio epistolare (p. 73).

<sup>61</sup> Cfr. in questo senso O. BEHREND (1995), pp. L s.

<sup>62</sup> Cosa Wieacker intendesse con questa espressione lo si capisce meglio, come rileva O. BEHREND (1995), p. XLIX, nel saggio sul 'classico' presente nella raccolta, allorquando con riferimento alla giurisprudenza dei primi due terzi del II secolo d.C. egli ritiene che essa abbia realizzato la giustizia come correttezza dell'operare pubblico, in cui si sovrappongono fine in se stesso e perfetta convenienza. Cfr. F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 172.

ridico positivo sulla base del concetto e della teoria del sistema che produce decisioni, e, dunque, di descrivere la giurisprudenza romana a partire dal II secolo a.C. come 'sottosistema' professionale e tecnicamente autonomo<sup>63</sup>. Lo studioso tedesco esprime, infine, la sua naturale attrazione per il pensiero giuridico (molto più che per il diritto) romano, pensiero che Wieacker cerca di cogliere in modo spontaneo e attuale. Come egli stesso ammette, ciò forse dipende da un suo pregiudizio, che peraltro cerca di combattere con l'esperienza, nei confronti delle generalizzazioni e i sistemi esterni e da una tendenza 'purista' contro la presunzione della coerenza teorica<sup>64</sup> nel pensiero dei giuristi. In altri termini, se dogmatica e attualizzazione non compaiono, se non in minima parte, nel metodo di Wieacker è perché, da un lato, il passato ha intrinsecamente e in una certa misura una sua attualità, conservata proprio nel pensiero giuridico romano, dall'altro, perché l'impiego di determinate categorie rischierebbe in qualche modo di distorcerlo, con la conseguenza che appunto si studierebbe il diritto romano recepito dalla modernità e non quello autentico, colto nella sua *Wirklichkeit*<sup>65</sup>. Ciò

---

<sup>63</sup> Si tratta di una idea che tornerà e sarà meglio specificata in F. WIEACKER (1977), pp. 1 ss., ove si parla di valutazioni 'aperte' dei giuristi romani come concessioni a nuove convinzioni convenzionali nel pubblico non professionale e quindi violazioni del riserbo professionale che è limitato al 'contesto giuridico della conoscenza'. Cfr. sul punto ancora O. BEHREND (1995), p. LI nt. 82, il quale ritiene che in virtù di questa distinzione di vasta portata, gli eventi rilevanti all'interno della cultura giuridica romana sono classificati come eventi primari non giuridici.

<sup>64</sup> Cfr. in questo senso O. BEHREND (1995), p. LI.

<sup>65</sup> È, infatti, in questa chiave interpretativa che sembra di poter leggere il dialogo Wieacker-Betti sull'ermeneutica risalente all'inizio degli anni '60 (cfr. *supra* nel testo), poco dopo l'uscita della seconda edizione della raccolta che ci occupa. In due contributi, frutto di

non significa che non vi sia spazio per la dogmatica, bensì che a questa si possa e debba fare ricorso per evitare di muoversi secondo un pregiudizio, che però solo una indagine empirica (e storica) potrebbe e dovrebbe smascherare e sconfiggere.

*Europa und das römische Recht* è il saggio inedito che chiude la raccolta e, per così dire, anche il cerchio<sup>66</sup>, se si considera che il testo altrettanto inedito che la apre, come si è visto, muove da un'indagine sull'origine della romanità e del diritto romano, ma si chiude con la domanda sulla capacità attuale del giurista romano di parlare al tempo presente. Il titolo è oltremodo significativo, in quanto riproduce letteralmente quello della celebre opera di Paul Koschaker del 1947<sup>67</sup> ed esprime quasi immediatamente l'intenzione di discuterne i risultati, se non proprio, in un certo senso, di riscriverla, seppur in poche pagine. Tra 'immersione e persistenza' (come si legge nel sottotitolo), partendo dalla ormai famosa immagi-

---

una discussione svoltasi tra Atene e Göttingen a cavaliere tra il 1961 e il 1962, Wieacker, a ben vedere, si era discostato dal pensiero metodologico di Emilio Betti in ordine a due punti centrali, che quest'ultimo sembra, forse eccessivamente, relativizzare, se non addirittura negare [cfr. E. BETTI (1964), pp. 70 s.]. Il primo concerne l'impiego delle categorie ermeneutiche. In particolare, Wieacker critica l'idea bettiana secondo la quale le sole ammissibili tra queste nella ricostruzione storica sarebbero quelle desunte da concetti e istituti della tradizione dogmatica romanistica, il che in buona sostanza rende la critica una 'accusa' di neo o post-pandettismo. Quanto al secondo punto, decisamente più significativo ai nostri fini, il metodo di Betti postulerebbe una *begriffslose Präexistenz* delle suddette categorie ermeneutiche. Ciò per Wieacker condurrebbe a una *anachronische Begriffsbildung* eccessiva nella ricostruzione storica del diritto romano, cfr. F. WIEACKER 1963a, pp. 362 s. e Id. 1963b, pp. 13 s.

<sup>66</sup> Cfr. in questo senso già G. GROSSO (1966), p. 233.

<sup>67</sup> P. KOSCHAKER (1947).

ne dell'anatra di Goethe<sup>68</sup>, Wieacker prende dapprima in esame i punti di partenza, ovvero il cosiddetto periodo del Medioevo della prassi<sup>69</sup>, poi la rinascita bolognese, l'Umanesimo giuridico, la Scuola storica e, infine, il diritto romano nel presente.

Con riguardo all'inizio della 'seconda vita' del diritto romano<sup>70</sup>, Wieacker ritiene che il periodo successivo alle invasioni barbariche e a Giustiniano sia stato a lungo e a torto interpretato come un'età catastrofica. La forte discontinuità che veniva registrata con la nascita dell'Università a Bologna doveva essere ridimensionata sulla scorta di studi più recenti e comunque già abbastanza diffusi all'inizio degli anni '60<sup>71</sup>. Per effetto di questa impostazione la fase di formazione e di emancipazione della scienza giuridica europea è dunque da retrodatare non necessariamente alla dominazione carolingia, ma a epoche diverse a seconda delle diverse zone dell'ecumene altomedievale.

Proseguendo su tale via, dovremmo anche ritenere che la rinascita bolognese non avesse comportato l'inserimento di qualcosa di estraneo e di completamente nuovo nei territori diversi da quello italico. Non a caso, del Rinascimento intellettuale bolognese Wieacker evidenzia il suo legame con il mondo dell'istruzione altomedievale, la cui formazione discendeva dalla scuola ellenistica squisitamente letteraria tardoantica e si basava sul trivio. Penetrati nell'amministrazione e nelle cancellerie dopo la svolta costantiniana, persistenti oltre il crollo dell'Impero e assistiti dal clero, i letterati ebbero il monopolio della formazione e in certi casi rivestirono anche la gran parte

---

<sup>68</sup> Sul punto si veda A. LOVATO (2012), pp. 118 ss.

<sup>69</sup> Cfr. P. GROSSI (2016), pp. 11 ss.

<sup>70</sup> Così A. LOVATO (2008), p. 1985.

<sup>71</sup> Cfr., tra altri, soprattutto, E. KANTOROWICZ (1938).

delle funzioni pubbliche. La discontinuità sarebbe semmai da ravvisare nel fatto che i protagonisti dello *studium iuris* bolognese, a differenza di quanto avvenne presso le prime Università d'Oltralpe, ancora legate ai benefici ecclesiastici, si formarono per soddisfare le esigenze del tutto laiche del comune di Bologna. In altri termini, la novità di Bologna risiede nella sua separazione, soprattutto a livello formativo, dal clero e nel suo spodestamento. Nella visione di Wieacker, quella realizzata dai Glossatori fu una vera e propria *ständische Profanisierung*<sup>72</sup>. Fondamentale naturalmente fu anche la scoperta del *Corpus Iuris*, soprattutto del Digesto, e il suo ingresso nella formazione, sebbene talune fonti giuridiche fossero note anche alla classe letteraria prebolognese. A questi nuovi testi furono applicate antiche figure grammaticali che condussero alla creazione di una dogmatica attraverso le Glosse. È questa applicazione della tradizione al nuovo a spiegare, secondo Wieacker, l'estraneità dei Glossatori a qualsiasi velleità di contestualizzazione storica dei passi e di sottoposizione degli stessi al tribunale della ragione. A questi viene piuttosto applicato lo strumentario delle arti liberali. L'autorità del testo non si discute. Le contraddizioni sono solo apparenti e vengono risolte facendo ricorso alla *distinctio*, la quale, lungi dal condurre alla creazione di un sistema, è in grado di raggiungere lo scopo preminente, ossia la risoluzione dei più svariati casi pratici che si presentavano nel comune di Bologna.

Quanto all'Umanesimo giuridico, Wieacker riscontra, invece, una netta discontinuità, dovuta al sorgere di una nuova *élite* che si pone al di fuori dello *studium civile* e rifiuta l'applicazione del metodo scolastico alle fonti del diritto romano in favore della filologia e della ricostruzione storica. Il primo Umanesimo, tuttavia, in Italia e Germa-

---

<sup>72</sup> F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 293.

nia riuscì solamente a mutare il clima, non a scalfire l'autorità letteraria bolognese, mentre in Francia il connubio tra filologia e scienza giuridica fu persistente. Furono, infatti, la giurisprudenza elegante e poi Domat e Pothier, anche sotto l'influsso del razionalismo, a spingersi oltre, giungendo a creare un sistema, basato sulle istituzioni, che avrebbe condotto al *Code civil*.

La Scuola storica si forma su questo terreno attraverso la mediazione decisiva degli olandesi, soprattutto di Donello, che rivive nel primo Savigny<sup>73</sup>, cui, però, è del tutto estranea la direttrice umanistica razionalizzante, nella quale, sebbene immerso, il diritto romano era presente<sup>74</sup>. La Scuola storica rinnova il diritto romano, ma in un modo estremamente complesso. Essa lo attualizza e vi ricollega una teoria giuridica fortemente influenzata dal diritto naturale, che viene positivizzato. Oltre che dal Romanticismo, per Wieacker la Scuola storica sorge da un classicismo nobile e un po' scialbo e instaura un nesso creativo tra storia e dogmatica, che si scioglierà solo partire dal 1880 con la critica interpolazionistica<sup>75</sup>. Tale fenomeno confermerebbe quella che lo studioso tedesco definisce *Gesetz der Polarität*<sup>76</sup>, legge secondo la quale alla penetrazione profonda nell'antichità segue sempre lo sviluppo di una indipendenza scientifica che conduce a uno sguardo libero sul diritto romano, ma al contempo lo proietta fuori dall'orbita della giurisprudenza europea.

Occorre, dunque, chiedersi quale sia il significato da attribuire al diritto romano nel presente. È in questo mo-

---

<sup>73</sup> Si tratta di un aspetto che è stato ben evidenziato da M. BRE-TONE (1997), p. 235.

<sup>74</sup> Cfr. in questo senso A. LOVATO (2008), pp. 1983 ss.

<sup>75</sup> Cfr. sul punto ancora A. LOVATO (2008), pp. 1983 ss.

<sup>76</sup> F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 301.

mento che Wieacker chiama in causa direttamente Koschaker, dapprima attribuendogli una cupa rassegnazione di fronte alla crisi del diritto romano durante il regime nazista, poi ponendo in discussione la diagnosi koschakeriana della crisi stessa e anche la proposta metodologica atta a risolverla. A quali condizioni il diritto romano può essere ancora esperienza viva per il giurista moderno, quando manca l'interesse da parte degli studenti per il fatto che i moderni campi del diritto hanno esigenze di comunicazione che non lo contempiono? Per Wieacker il diritto romano è il vincolo che lega insieme l'intero Occidente, nonché lo strumento di comprensione del diritto vigente ed essendo un fenomeno storico deve essere studiato con metodo storico, in modo che possiamo trarne quanto ci può insegnare a livello politico-giuridico, ossia la formulazione ottimale di problemi giuridici senza tempo. È proprio la distanza storica che ci divide dal diritto romano, il suo essere, per riprendere la metafora di Goethe, attualmente immerso, a offrirci la possibilità di una ricerca anche comparatistica sulla base dello stesso e dunque di dar vita a un nuovo umanesimo. La distanza dalla posizione di Koschaker, che aveva attribuito all'indirizzo 'neoumanistico' la responsabilità di aver rotto il nesso tra diritto romano e coscienza culturale generale col suo interesse meramente antiquario, è evidente. Per Wieacker questo interesse antiquario è causa e non conseguenza dell'allontanamento dal diritto romano. Sarebbe dunque stato necessario, piuttosto, renderlo oggetto di una sana indagine storica (e non attualizzante, come invece proponeva Koschaker) perché potesse penetrare di nuovo nella coscienza generale.

Come è evidente, nello scritto che chiude la raccolta si rinvencono idee che avevano già trovato espressione nella prima edizione di *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>77</sup>.

---

<sup>77</sup> F. WIEACKER (1952).

Innanzitutto, l'intuizione relativa alla laicità di Bologna è di per sé quasi innovativa, se si pensa che ancora oggi spesso in proposito si continua a evidenziare quasi unicamente il fatto che il diritto che offriva il *corpus* era perfetto perché cristiano e la sua autorità pari a quella delle Sacre Scritture. Ciò è certamente condivisibile, ma non esclude la piena validità del rilievo dello studioso tedesco, il quale, peraltro, rinviene significativamente nello stesso fenomeno la ragione per cui, di fatto, l'apparato glossatorio divenne più sacro del testo glossato medesimo. Un parziale profilo di continuità è originalmente colto anche nel passaggio dalla giurisprudenza elegante alla Scuola storica, a proposito della quale non si fa menzione alcuna del noto scontro tra Thibaut e Savigny, su cui, invece, la moderna manualistica quasi esclusivamente si profonde. Quanto alle divergenze con Koschaker, esse erano già state evidenziate in una recensione uscita due anni dopo la comparsa di *Europa und das römische Recht*<sup>78</sup>, ma adesso Wieacker si spinge oltre ed è come se riscrivesse sinteticamente l'opera. La critica principale è espressa nella chiusa del saggio, ove sembra risuonare quella rivolta a Koschaker negli anni '40 del secolo scorso all'indomani della pubblicazione della cosiddetta *Krisenschrift*<sup>79</sup> da molti romanisti italiani<sup>80</sup>, i quali fundamentalmente ritenevano che la *Historisierung* non fosse assolutamente stata una causa della crisi, come asseriva Koschaker, ben-

---

<sup>78</sup> Il riferimento è a F. WIEACKER (1949), pp. 187 ss. Cfr. sul punto diffusamente T. BEGGIO (2018), part. pp. 235 s., il quale evidenzia come per Wieacker la *Historisierung*, cui Koschaker imputava il decadimento degli studi romanistici, che avrebbero potuto ricevere nuova forza solamente adottando un metodo attualizzante, fosse, in realtà, l'unico modo per conoscere e capire il diritto romano e le sue fonti.

<sup>79</sup> P. KOSCHAKER (1938).

<sup>80</sup> Cfr., tra altri, G. PUGLIESE (1941), pp. 5 ss.

sì un effetto della stessa, in particolare delle esagerazioni della critica interpolazionistica <sup>81</sup>.

Non è questa la sede per giungere a conclusioni in ordine ai saggi selezionati di questa raccolta, che ho provato a introdurre. Nondimeno, in chiusura, mi concedo qualche nota minima per una prima visione di insieme. La grande lezione che possiamo trarre da questi tre magistrali contributi è, innanzitutto, la necessità che i testi della giurisprudenza romana siano esperienza viva in noi. Essi, infatti, parlano al nostro intimo di giuristi, un po' come il mito greco si rivolge al nostro intimo di uomini. A ben vedere, la grandiosa produzione giurisprudenziale dei romani in sé non è attuale, ma è proprio dalla consapevolezza della distanza che ci separa da essa che sorge la necessità di condurre, a livello metodologico, uno studio autenticamente storicista sul diritto romano <sup>82</sup>. Come significativamente afferma Wieacker nelle battute finali del contributo che chiude la raccolta, il diritto privato romano è fondamentale perché ci offre *eine optimale Fassung der zeitlosen Probleme* <sup>83</sup>. Da questo punto di vista esso rappresenta una straordinaria opportunità di confronto diacronico tra noi stessi e una realtà 'altra', dalla quale possiamo trarre molto. I testi dei giuristi romani, nella loro dimensione 'perenne' <sup>84</sup>, sono e vanno alla radice di problemi giuridici senza tempo e lo fanno con una perizia e una precisione che la scienza giuridica non ha mai più

---

<sup>81</sup> Cfr. sul punto F. BONIN (2020), pp. 100 ss., ove bibliografia.

<sup>82</sup> Studio che, peraltro, più in generale, è imposto dalla natura stessa del diritto, il quale, come è stato felicemente rilevato qualche anno fa da P. CARONI (2009), p. 123, «non ha una storia», semplicemente «perché è storia». Cfr. in questo senso anche E. STOLFI (2018b), p. 173.

<sup>83</sup> Cfr. F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>), p. 304.

<sup>84</sup> Cfr. A. LOVATO (2012), pp. 87 ss.

raggiunto<sup>85</sup>. Il grande studioso tedesco continua a insegnarci che il diritto oggi potrà essere studiato con profitto solo se avremo sempre ben presente il suo nesso inscindibile con il passato<sup>86</sup>.

I tre saggi di Franz Wieacker, che ora ci accingiamo a leggere per la prima volta in lingua italiana all'interno di questo volume, ci permettono di trarre non solo lezioni di metodo estremamente preziose per il nostro lavoro di romanisti, ma anche di rafforzare, in un'epoca in cui il diritto romano certo non gode del favore di governanti e studenti, la ferma convinzione che «dall'antico c'è sempre da imparare»<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Sulla storicità intrinseca dell'oggetto della *scientia iuris*, ma anche di ogni indagine scientifica, antica e moderna, si veda A. LOVATO (2017), pp. 76 s.

<sup>86</sup> Si veda in questo senso A. LOVATO (2008), p. 1990.

<sup>87</sup> A. LOVATO (2014b), p. 21.

## Riferimenti bibliografici

- M. AVENARIUS (2013) = M. AVENARIUS, *Universelle Hermeneutik und Praxis des Rechtshistorikers und Juristen Die Entwicklung ihres Verhältnisses im Lichte der Diskussion zwischen Gadamer und Wieacker*, in *Juristische Hermeneutik zwischen Vergangenheit und Zukunft*, a cura di S. Meder, G. Carlizzi, Ch.-E. Mecke, Ch. Sorge, Baden-Baden 2013, pp. 59-103.
- CH. BALDUS (2017) = CH. BALDUS, *Tendenze della ricerca romanistica in Germania*, in, *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC, Roma 10-11 ottobre 2014*, a cura di L. Vacca, Napoli 2017, pp. 193-214.
- CH. BALDUS-M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI-E. STOLFI (2012) = CH. BALDUS-M. MIGLIETTA-G. SANTUCCI-E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische individualität der römischen juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani: atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento 2012.
- A. BANFI-E. STOLFI-M. BRUTTI (2020) = A. BANFI-E. STOLFI-M. BRUTTI (a cura di), *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020.
- O. BEHREND (1983-1984) = O. BEHREND, *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, 12 (1983-1984), pp. 189-225.
- O. BEHREND (1995) = O. BEHREND, *Franz Wieacker 5.8.1908-17.2.1994*, in *ZSS*, 112 (1995), pp. XIII-LXII.
- O. BEHREND-E. SCHUMANN (1995) = O. BEHREND-E. SCHUMANN (a cura di), *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, Göttingen 2010.
- T. BEGGIO (2018) = T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951): Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg 2018.
- E. BETTI (1964) = E. BETTI, *L'ermeneutica storica nella prospettiva di Franz Wieacker*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, I, a cura di A. Guarino, L. Labruna, Napoli 1964, pp. 66-73.
- E. BETTI (1968) = E. BETTI "Iurisdictio praetoris" e potere norma-

- tivo, in *Labeo*, XIV, 1968, pp. 7-23 (= *Diritto, Metodo, Ermeneutica*, a cura di G. Crifò, Milano 1991, pp. 591-612).
- F. BONIN (2020) = F. BONIN, *La romanistica italiana dinanzi alla crisi tedesca. La Aktualisierung degli studi di diritto romano e il patto Betti-Koschaker*, in *Methodenfragen der Romanistik im Wandel Paul Koschakers Vermächtnis 80 Jahre nach seiner Krisenschrift*, a cura di T. Beggio, A. Grebieniow, Tübingen 2020, pp. 95-146.
- F. BONIN (2022) = F. BONIN, *A Obra centenária: Emil Seckel, Das römische Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte*, in *Interpretatio Prudentium*, 7.22, 1/2 (2022), pp. 45-62.
- M. BREONE (1997) = M. BREONE, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, in *Labeo*, 43 (1997), pp. 187-201 (= *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004<sup>5</sup>, pp. 235-251).
- M. BREONE (2016<sup>16</sup>) = M. BREONE *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2016<sup>16</sup>.
- P. CARONI (2009) = P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra* (= *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005 = *Una 'historia' para después del Código*, Madrid 2006), Milano 2009.
- C. CASCIONE-L. LABRUNA (2010) = C. CASCIONE-L. LABRUNA, *L'opera di Franz Wieacker in Italia*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2010, pp. 325-371.
- V. ERKKILÄ (2019) = V. ERKKILÄ, *The Conceptual Change of Conscience. Franz Wieacker and German Legal Historiography 1933-1968*, Tübingen 2019.
- J.-L. FERRARY-A. SCHIAVONE-E. STOLFI (2018) = J.-L. FERRARY-A. SCHIAVONE-E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola: opera*, Roma 2018.
- P. GROSSI (2016<sup>7</sup>) = P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2016<sup>7</sup>.
- G. GROSSO (1966) = G. GROSSO, *Scorci sul diritto romano. Rec. a F. Wieacker, Vom römischem Recht: Zehn Versuche*, Göttingen, 1961, in *Labeo*, 12 (1966), pp. 227-235.

- H. KANTOROWICZ (1938) = H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge 1938.
- P. KOSCHAKER (1938) = P. KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, in *Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Gruppe römisches Recht und fremde Rechte*, n. 1, München-Berlin 1938.
- P. KOSCHAKER (1947) = P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Berlin-München 1947.
- W. KUNKEL (1952) = W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952.
- H. LANGE (1994) = H. LANGE, *Franz Wieacker*, in *Juristen Zeitung*, 49 (1994), p. 354.
- D. LIEBS (2010) = D. LIEBS, *Franz Wieacker (1908 bis 1994) – Leben und Werk*, in *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, a cura di E. Schumann, Göttingen 2010, pp. 23-48.
- A. LOVATO (2008) = A. LOVATO, *Lo spirito di Göttingen*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, III, Napoli 2008, pp. 1983-1991.
- A. LOVATO (2011) = A. LOVATO, *Introduzione*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica*, a cura di A. Lovato, Bari 2011, pp. 9-17.
- A. LOVATO (2012) = A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012.
- A. LOVATO (2014a) = A. LOVATO, *La giurisprudenza romana come fattore di sviluppo degli ordinamenti giuridici tardo-antichi*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid 2014, pp. 169-184.
- A. LOVATO (2014b) = A. LOVATO, *Introduzione*, in *Id., Tempo della storia, tempo della vita*, a cura di A. Lovato, Napoli 2014.
- A. LOVATO (2017) = A. LOVATO, *Storicità del diritto e ius controversum nella riflessione di Orestano e Raggi*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptorum iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, pp. 74-97.
- A. LOVATO (2022) = A. LOVATO, *La giurisprudenza romana come scienza aperta*, in *La giurisprudenza in diritto ebraico e romano*, a cura di F. Lucrezi, Torino 2022, pp. 93-110.

- D. NÖRR (1994) = D. NÖRR, *Franz Wieacker*, in *Jahrbuch der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, München 1994, Sonderdruck, pp. 1-9.
- G. PUGLIESE (1941) = G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, in *AUMA* 15 (1941), pp. 5-48 (= *Scritti giuridici scelti*, III, Napoli 1985, pp. 159-204).
- J. RÜCKERT (2010) = J. RÜCKERT, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?*, in *Franz Wieacker: Historiker des modernen Privatrechts*, a cura di E. Schumann, Göttingen 2010, pp. 75-118.
- A. SCHIAVONE (2010<sup>2</sup>) = A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino 2010<sup>2</sup>.
- A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>) = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017<sup>2</sup>.
- F. SCHULZ (1954<sup>2</sup>) = F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*<sup>2</sup>, Berlin 1954.
- E. SECKEL (1921) = E. SECKEL, *Das römische Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte*, Berlin 1921.
- D. SIMON (1994) = D. SIMON, *Franz Wieacker*, in *Rechtshistorisches Journal*, 13 (1994), pp. 1-5.
- E. STOLFI (1997) = E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, estr. da *SDHI*, 63 (1997), pp. 1-106.
- E. STOLFI (2018a) = E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino 2018.
- E. STOLFI (2018b) = E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, Roma 2018, pp. 169-180.
- E. STOLFI (2023) = E. STOLFI, *Prima lezione di diritto romano*, Roma-Bari 2023.
- F. WIEACKER (1944) = F. WIEACKER, *Vom römischen Recht: Wirklichkeit und Überlieferung*, Leipzig 1944.
- F. WIEACKER (1949) = F. WIEACKER, *Rezension Paul Koschaker, Europa und das römische Recht*, in *Gnomon*, 21, H. 5/6 (1949), pp. 187-193.
- F. WIEACKER (1952) = F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der*

- Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1952.
- F. WIEACKER (1960) = F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.
- F. WIEACKER (1961) = F. WIEACKER, *Vom römischen Recht: Zehn Versuche*, Stuttgart 1961.
- F. WIEACKER (1977) = F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in *ZSS*, 94.1 (1977), pp. 1-42 (= *Ausgewählte Schriften. I: Methodik der Rechtsgeschichte*, a cura di D. Simon, Frankfurt am Main 1983, pp. 174-204).
- V. WINKLER (2014) = V. WINKLER, *Der Kampf gegen die Rechtswissenschaft. Franz Wieackers „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“ und die deutsche Rechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts*, Hamburg 2014.
- J.G. WOLF (1994) = J.G. WOLF, *In memoriam Franz Wieacker*, in *SDHI*, 60 (1994), pp. 763-777.
- J.G. WOLF (2007) = J.G. WOLF, *Franz Wieacker (5. August 1908 – 17. Februar 1994)*, in *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*, I, a cura di S. Grundmann, Berlin 2007, pp. 73-86.

### **Abstract**

This contribution intends to introduce and critically discuss the selected essays translated and published in this volume, as well as to contextualize them within the methodological debate existing at the time when they appeared.

### **Key Words**

Roman world, roman legal science, ancient history, european legal tradition.

# TRADUZIONE



## ROMANITÀ E DIRITTO ROMANO

### Origine

Assai arduo è il tentativo di fornire una rappresentazione tangibile dell'umanità romana antica e anche di ricavare i tratti caratteristici della creazione del suo Stato e del suo diritto: esso non è senza speranza a fronte di una diffusa autonarrazione romana in opere e parole con riguardo alla sua produzione artistica e poetica, ma prima di tutto alla sua opera civilizzatrice. Poiché l'essenza romana si esprime in modo particolarmente originale nel diritto, anche gli storici di quest'ultimo hanno potuto ritenersi in grado di condividere le loro esperienze e la loro intuizione; così, accanto agli apprezzamenti degli Umanisti, da Montesquieu a E. Fraenkel e Heinze, giuristi come Jhering e F. Schulz sono in prima linea nell'interpretazione della romanità.

L'umanità di Roma è condizionata sicuramente da circostanze naturali, ma ancor prima dalla sua origine. Se molte delle sue caratteristiche lasciano propendere per una felice lega di sangue romano, bisogna tener presente anche l'ambiguità<sup>1</sup> e l'impenetrabilità delle relazioni etniche dell'Italia antica. Non possiamo considerare il 'sangue' etrusco senza aver preso posizione sull'origine di un

---

<sup>1</sup> Per una panoramica completa cfr., da ultimo, P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, 1959.

complesso di costumanze più che di un popolo, origine che comunque oggi permane nell'oscurità. E anche le ondate migratorie degli italici sono per noi tangibili non tanto come tracce di una popolazione, quanto come tracce linguistiche, culturali e abitative, che si incrociano ampiamente l'una con l'altra. Oggi non osiamo più parlare con tanta sicurezza di stratificazioni ordinate di 'popoli immigrati'. Fatte salve queste riserve, si potrebbe dire che la romanità doveva alla cultura contadina autoctona 'pre-indogermanica' il legame spaziale con la terra e gli antenati, la solidità di antichi vincoli familiari, ma anche un felice senso della forma; alla pastorizia guerriera italica degli immigrati mitteleuropei, il tratto della pianificazione calcolata e della volontà di potenza tenace, a volte di vasta portata; ai guerrieri del mare e ai proprietari terrieri etruschi, infine, la forma della città-stato e del potere regio assoluto, cioè dell'*imperium* e dell'*augurium*.

Ma queste formule mostrano già tutta l'incertezza intorno all'individuazione dell'essenza dell'origine romana. Molto più importante è ciò che una storia ricca di sfide ha ricavato da una materia prima che non è più riconoscibile come tale. L'antico cittadino romano è un contadino, ma anche il membro di una città-stato, che, dopo il ritiro della antica cavalleria aristocratica dietro l'esercito oplitico borghese, spesso veniva chiamato alla guerra ogni estate; non va trascurato, inoltre, un elemento di mercantilismo che esisteva da secoli, per il quale la posizione favorevole, prossima al mare sul navigabile Tevere, ma meglio protetta dalla pirateria nell'entroterra, offriva buon terreno come emporio per lo scambio delle merci tra l'Italia centrale e il Mediterraneo. Del contadino mantenne sempre l'incrollabile inclinazione verso i sempiterni cicli dell'anno, cui l'essenza romana non rinunciava neppure nelle più alte sublimazioni e che è espressa simbolicamente dall'ascia sacrificale dell'età della pietra, dalla porpora del trionfatore, così come dal *ius imaginum* e dalla bilancia nel rito

della *mancipatio*; del cittadino-soldato la disciplina incrollabile del comando e dell'obbedienza; del commerciante un formalismo freddo e calcolatore, che insiste sul valore della parola e sull'apparenza con disinvoltura e senza preoccuparsi dell'iniquità. Questi tratti non andarono perduti quando, sulla scia di vocazioni più ampie, con il passare del tempo il contadino divenne proprietario terriero, il soldato generale, il commerciante pioniere industriale, colonizzatore e sfruttatore.

Infine, come già la sua leggenda fondatrice tramanda, la romanità è più una condizione politico-statale che un dato etnico o sociale. Naturalmente, questa statualità ha una conformazione che per noi è difficile da capire. Questo Stato, cristallizzatosi nella *polis* di ispirazione greca, rimase sempre unione dominante di un'oligarchia di antiche casate nobiliari, che si espanse solo con difficoltà nei disordini interni e ben presto si chiuse di nuovo verso l'esterno. Così nell'origine statale della romanità sono radicate la tradizione ancestrale di un'antica oligarchia terriera e la capacità di obbedire, oltre che di comandare, la quale dovette formarsi nell'ascesa del giovane candidato alle cariche più alte e poi ancora nel suo ritiro nel consiglio degli anziani della comunità. E siccome anche l'istruzione e l'obbedienza tipica di ogni nucleo familiare sono simili all'*imperium* tipico delle cariche pubbliche, questo patrimonio si approfondiva in ogni cittadino in una combinazione di padronanza di sé e padronanza degli altri, che divenne una seconda natura e, nell'intima relazione di ogni diritto con il potere e la durata, rese possibile la persistenza dell'esperienza giuridica romana.

Tuttavia, questi atteggiamenti di base impongono anche dei limiti alle capacità intellettuali. L'attaccamento al costume degli antichi (*mos maiorum*) diventa valore ultimo, silenziosa superiorità e subordinazione, anche l'acuto ma isolante senso pratico comune a contadini, mercanti e soldati in quanto uomini della realtà: tutto ciò limita la

forza immaginifica e inibisce non solo la fantasia silente e indeterminata, ma anche quella creativa. Al romano mancava in origine lo sguardo spirituale che, dietro gli oggetti reali, sui quali il suo occhio corporeo si concentrava così acutamente, avrebbe dovuto percepire la connessione metafisica dei fenomeni, che lo spirito greco ha insostituibilmente determinato come idea. Con ciò, tuttavia, vennero a mancare le condizioni essenziali della creatività artistica, metafisica e teorica, che comincia solo là dove si riproduce la realtà delle immagini primigenie spirituali. Ciò trova conferma davanti al compito di creare un cosmo religioso (o sovrareale, ridotto all'Uno), in relazione alle nascenti arti così come nello sviluppo dei sistemi filosofici e scientifici. A Roma non esiste un dio messo insieme per diventare una personalità corporea, ma poteri, stati e funzioni divini; un'arte visiva tutt'altro che immune dall'influenza della forma pittorica greca, mediata direttamente o indirettamente attraverso l'Etruria (che, naturalmente, non era mancata fin dai tempi più antichi); mancano le forme poetiche che mirano all'ideazione' del reale: ciò che più tardi vi si indirizza è l'eredità greco-ellenistica, la libera creazione degli Italici, Greci, o Celtici, e solo più tardi l'autocomprensione che scaturiva dalla società romana, la tensione verso lo Stato o la solitudine dell'uomo nobile. Se, poi, non può esserci un mondo spirituale distaccato dalla realtà dello Stato e della società, pura *θεωρία*, questo significa per la giurisprudenza che inizialmente non era stato preparato alcun terreno per uno Stato o una teoria giuridica in quanto tale.

Nondimeno, se al romano fu negato il glorioso dono 'greco' dell'idea e della relativa utopia, tanto meglio gli si prospettavano le cose della realtà visibile, pratico-sociale, da cui non fu distratto: la completa fusione del culto pubblico con le funzioni dello Stato, il ritratto realistico così come la caratterizzazione acutamente analitica della satira, la grande narrazione, infine, l'epopea e il solenne poe-

ma di Stato; architettura funzionale e costruzione di strade, agricoltura e agrimensura, e non ultimo: l'arte del diritto in tutti quegli elementi in cui non è idea, teoria pura, sistema o concetto scientifico.

Un confronto di questa immagine dell'uomo con la cultura greca non è solo un gioco di pensiero emozionante e istruttivo, che potrebbe già essere stato il greco colto nel mondo romano, ma anche un prerequisito per la determinazione più precisa dell'origine degli elementi culturali romani loro stessi. Invero, dalla nascita di Roma non c'è stata quasi mai un'epoca in cui la Grecia, sia essa la Magna Grecia tardo arcaica, la cultura greca classica della madrepatria, o la civiltà ellenistica, non abbia avuto un effetto su Roma. I due protagonisti del mediterraneismo occidentale hanno in comune la loro origine, poiché lo strato fondamentale delle prime culture mediterranee, dei guerrieri pastori immigrati, forse anche della madrepatria etrusca, era lo stesso; inoltre, sono uniti da una volontà disciplinata, un'aggressività creativa nei confronti dell'ambiente, e dalla passione per la città-stato. Tutto ciò che inizialmente fu estraneo ai romani, fece dei Greci i fondatori della spiritualità europea: l'occhio interiore per gli archetipi dietro le realtà e quindi anche la condizione per la costruzione di un cosmo religioso, metafisico o teorico per mezzo di concetti e sistemi; l'audacia e l'irriducibilità dell'introspezione e del giudizio di sé; da ultimo, la fine sensibilità per la definizione dei limiti dei valori morali ed estetici.

Ma ciò rendeva anche impossibile a Roma lasciarsi irretire dall'ideologia, dall'eccitabilità, dalla seduzione dell'azione politica, dal più debole senso di comunità e dal minor pragmatismo, ossia da quei fattori che così rapidamente condussero la *polis* classica oltre il suo apice, facendo, infine, fallire gli imperi greci nati dallo spirito di quest'ultima. In età romana arcaica l'ideazione di un piano di aggiramento come l'attraversamento delle Alpi da

parte di Annibale, che era possibile solo grazie alla geografia ellenistica, o un viaggio di ricognizione scientificamente pianificato e monitorato come quello attraverso l'Indo di Nearco, sarebbero stati impensabili, così come le immagini abbozzate da Tucidide dell'eccitazione delle masse ateniesi alla vigilia della spedizione siciliana. Questo a sua volta ebbe un effetto sul diritto greco: fondatori dell'intera filosofia giuridica e politica europea, colonizzatori sensibili e audaci, commercianti di lunga distanza, fini amministratori d'affari, maestri degli atti negoziali, i Greci non crearono un ordinamento giuridico (o ordinamenti giuridici) in grado di protrarsi oltre la scomparsa del loro sistema politico.

Al contrario, la romanità rimase determinata dall'obbedienza incondizionata ai dettami del passato e dall'esigenza di una realtà tangibile. A ciò si deve la durata del suo ordinamento statale e giuridico, quel non dover sempre ricominciare daccapo, che fu la maledizione dei popoli più dotati (un po' come l'albero che è cresciuto costantemente al vento e alle intemperie ha legno più forte della radice che invece si è sviluppata rapidamente); a ciò si devono l'istintiva comprensione e uso dell'ordine del tempo e dello spazio, che è già indicato nella grammatica latina ed espresso nella resistenza ad Annibale, nelle strade e nelle colonie di Roma e che emerge dal particolare talento per l'organizzazione di un governo e di un'amministrazione che funzionano con il minimo sforzo, così come il sistema giudiziario. Allo stesso tempo, romanità significa originariamente incapacità o almeno debolezza della percezione interiore dell'idea e quindi incapacità o avversione per le costruzioni fondamentali in guerra, politica, costituzione e legislazione: Roma non conosce piani globali di conquista, nessun documento costituzionale coerente e nessun codice. E il mondo esterno sembra costruito in modo tale che queste frontiere non possano che andare a vantaggio dei romani (quasi come degli anglosas-

soni) nella loro guerra con avversari più fantasiosi, più aperti all'idea, ma anche sedotti dalla stessa.

Se i romani sono per natura volitivi e controllati, ma generalmente parchi, mentalmente ed emotivamente contenuti, tuttavia hanno superato i loro confini in tutte le direzioni nel corso di una grande storia. Liberatasi dalle sue condizioni e dai suoi ordini originari, la romanità – come molte categorie umane vigorose eppure limitate – soccombe felicemente alla licenziosità come una categoria più aperta e docile: lo sfruttatore e l'usuraio spudorato, il goffo voluttuoso, il folle despota sono tutte possibilità romane. Nondimeno, in seguito, sotto una stella più favorevole il romano si trasformò anche in un grande costruttore di Stati, sovrano e generale incomparabile, coronato dalla fama eterna di un Cesare, di un Augusto o di un Traiano. Una terza variazione può essere meno comune; al romano la sensibilità, ai Greci la coscienziosità. Fare dello spirito la vera patria, mentre l'antica forza di volontà e il senso del dovere dei padri esigono la sua solitaria perseveranza e la sua azione, spesso tragica o rassegnata, in un mondo disgregato. Cicerone, Virgilio, Marco Aurelio possono indicare questo modello idilliaco all'uomo moderno; il suo simbolo poetico è lo statista del *Somnium Scipionis*. Al contrario, i giuristi romani restano spesso nei limiti del vecchio stampo capace e onesto; se si spingono oltre, come soprattutto i grandi giuristi imperiali, maturano in lungimiranti uomini di azione pubblica più spesso che nell'estrema raffinatezza spirituale della disciplina greca, che avrebbe dovuto portare al malessere del diritto positivo.

## Strutture formali del diritto romano

Se ci si interroga sul tipo di diritto che una tale umanità deve produrre, si potrà distinguere tra le strutture for-

mali dell'esistenza giuridica dei romani e i fondamenti materiali del diritto romano che da essa dovevano emergere. Contrariamente alle apparenze, la prima domanda è più peculiare e rivelatrice; perché il nucleo di una cultura giuridica, una volta raggiunti i livelli più alti, è orientato verso esigenze fondamentali di giustizia, che nelle culture avanzate sono simili ovunque. La peculiarità formale dell'esistenza giuridica romana emerge quando si considera la polarità dello sviluppo di tutto il diritto.

Questo è sia l'essere della realtà che il dover essere sovrareale. Dal lato della realtà, si basa su relazioni di potere, tradizione e conflitto di interessi, e cioè si adatta al mondo della storia e della società. All'interrogativo sui motivi della sua giustizia una riflessione che ponga l'accento su questo lato empirico del diritto risponde più o meno nel seguente modo: 'perché l'ha ordinato un potente, l'ha deciso un'autorità'; perché 'è sempre stato così'; perché 'i padri si comportavano così'; o, infine, perché è 'utile, opportuno'. Come dover essere sovrareale, invece, il diritto è una norma, un'idea, un compito e un proponimento dello spirito. Una considerazione giuridica, che è determinata da questo profilo del diritto, troverà qualcosa di giusto proprio 'perché così dovrebbe e deve essere', perché è 'corretta o giusta', e, infine, anche perché è logicamente coerente e quindi necessaria.

Se un aspetto è predominante in una società consolidata e conservatrice, l'altro prevale in tempi di consapevole riorganizzazione o addirittura di rivoluzione, come durante l'Illuminismo o la Rivoluzione francese, una cultura giuridica pienamente sviluppata invece porrà sullo stesso piano *entrambi* gli aspetti. Così, lo sviluppo del diritto europeo è dominato dalle polarità del diritto naturale o della Scuola storica, della codificazione o della signoria del giudice, dell'emendamento o del precedente, della costituzione scritta o non scritta, sì, si potrebbe dire, del diritto o della giustizia stessa. Nel sistema giuridico tedesco di og-

gi, teoria e pratica, codificazione e giurisprudenza, formazione in cattedra e in tribunale hanno entrambi la propria legittimazione. Eppure anche culture giuridiche altamente evolute hanno dato prevalenza più all'uno che all'altro ed è così che in Europa al predominio della legge e della struttura teorica e sistematica della giurisprudenza continentale si contrappone il diritto del precedente vincolante e la casistica degli Anglosassoni.

In questo quadro, è facile supporre dove si collochi la giurisprudenza romana. A parte le XII Tavole, ispirate all'antica Grecia, e i progetti ellenistici di Cesare, la vediamo sempre più dalla parte della tradizione conservatrice e di un cauto e brancolante empirismo. Le considerazioni dei giuristi classici sul rapporto tra la decisione del caso e la regola generale (p. 142)\* respingono espressamente la determinazione giuridica desumibile dalla regola, e l'avvertimento a non risalire ai princípi ha sempre trovato qui non meno attenzione che presso i giuristi di *common law* (p. 142 nt. 11)\*. Roma ha sempre guardato più all'esperienza che all'idea, più alla forma sociale tradizionale che alla giustizia 'in sé'.

Ne consegue, però, immediatamente la peculiarità della posizione esterna del diritto nell'applicazione e nella dottrina. Laddove il diritto è inteso come il risultato della progettazione, è privilegiata la forma giuridica: codice, atto costitutivo, opera di modifica o di riforma. Se, invece, si intende (il diritto) come stile di vita tramandato, esso preferisce apparire come tradizione non scritta e, con una progressiva articolazione del lavoro in una cultura sviluppata, come numero sempre crescente di resoconti e opinioni (*responsa*), decisioni provvisorie (*res similiter iudicatae*), schemi negoziali comuni (*cautiones*); appare co-

---

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 74.

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 74 nt. 11.

me un riflesso della *routine* professionale, ossia come un diritto dei giuristi. Nella contrapposizione tra norma e caso, codificazione e casistica, diritto della legge e dei giuristi, a Roma la giurisprudenza si schiera con grande determinazione per la seconda alternativa.

Così si sviluppa anche la dottrina del diritto e con ciò anche la forma della giurisprudenza. Alla pianificazione sociale globale di un legislatore consapevole corrisponde, nella maggior parte dei casi, una scienza giuridica sistematica e teorica, che trae i suoi insegnamenti per deduzione logica da assiomi e concetti generali; manifestazioni tipiche di questo modello sono i sistemi giuridici razionali del XVIII secolo o la Pandettistica del XIX. Dal primato dei mezzi logici in questa scienza deriva la possibilità e la necessità di una formazione teorica dell'insegnamento. Laddove invece il discorso viene prodotto all'interno della *routine* della professione, il punto di partenza della formazione è l'assistenza pratica del giovane apprendista legale presso un giurista di comprovata esperienza, assistenza che spesso fornisce un apporto professionale e personale. A ciò corrisponde il fatto che la conoscenza del diritto (o, secondo la misura della sua crescita tecnica, la scienza giuridica) si manifesta sul piano letterario nelle interlocuzioni dell'operatore giuridico in base alla sua esperienza. Oggi, ad esempio, gli studi universitari nell'ambito della formazione giuridica continentale si contrappongono a una precedente ed esclusivamente pratica istruzione e formazione dei giovani professionisti in Inghilterra. È innegabile che anche l'istruzione romana sia iniziata con l'insegnamento a livello pratico (*audire, disputatio*). È solo a partire dai primi anni dell'Impero che quest'ultimo fu preceduto, presumibilmente in stretta correlazione con l'istruzione universale ellenistica (ἐγκύκλιος παιδεία), da un corso istituzionale più teorico; ben presto si inizia a parlare anche di lezioni tenute da insigni giuristi. Ma solo l'interpretazione giuridica autoritativa del pe-

riodo postclassico, la quale naturalmente, non meno di quella medievale, portava già a un sistema chiuso di concetti generali o a una predominanza della deduzione logica (p. 296)\*, condusse completamente a una formazione di tipo cattedratico.

La nostra descrizione rimane ancora evidentemente incompleta, giacché non può spiegare come una prassi giuridica, avversa a princìpi e concetti sia casistici sia generali, abbia potuto produrre l'alto livello di chiarezza intellettuale e le idee potenti che giustificano la fama duratura e giusta della giurisprudenza romana. Due integrazioni al quadro, sul versante spirituale e su quello sociale di quest'ultima, si rivelano necessarie.

Seppure al diritto romano manchino l'inclinazione e la vocazione per l'idea, per il sistema chiuso e per le categorie generali, la sua capacità di astrazione è particolarmente spiccata. Non si tratta di una contraddizione interna, in quanto i concetti romani non sorgono attraverso la generalizzazione logica o tramite la prospettazione dell'idea, ma attraverso la riduzione e la concentrazione di fatti naturali. La formazione concettuale del giurista romano è isolata; essa affonda le sue radici nella capacità di isolare ciò che è giuridicamente rilevante in eventi sociali complessi, la quale è favorita da una mentalità povera di rappresentazioni e visioni e apre la strada all'"arte" del diritto romano già per la sua discendenza dalla disciplina sacra che era strutturata nello stesso modo. Figure apparentemente universali come *imperium*, *obligatio*, *condicio* non sono concetti generali, bensì elementi nettamente distinti del giuridico nel 'fatto' sociale. L'uso frequente della finzione in tutte le fasi della formazione giuridica romana si radica in queste inclinazioni e contesti e conferma questa peculiarità. F. Schulz ha ragione a

---

\* Ndr: il riferimento in questo volume è alle pp. 109 s.

dedicare un intero capitolo all'*Isolierung* nei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*.

Questo tipo di formazione concettuale acquista rango e impatto solo attraverso il suo collegamento con un'altra dote, che F. Schulz definisce in modo tanto sorprendente quanto appropriato come la capacità di concentrazione. Essa consente di produrre l'intero strumentario concettuale della giurisprudenza romana, combinando con la massima efficienza un limitato bagaglio di figure concettuali come rapporto di potere, *obligatio*, *res*, *condicio*. Nondimeno, anche questa concentrazione non si ottiene con la generalizzazione, cioè col risalire a un concetto superiore, bensì con la riduzione, ossia prescindendo da sempre più aspetti dell'effettività del fenomeno 'naturale'.

D'altra parte, al diritto romano antico, legato alla tradizione e alla realtà, si opponevano le energie progressiste della coscienza giuridica romana, in cui sussistevano una forte dinamica etica e un fine adattamento alla realtà sociale realizzato attraverso continue correzioni. In tutte le epoche dell'evoluzione romana, queste hanno sempre mantenuto l'equilibrio tra le forze tradizionaliste: così le XII Tavole rispetto alla giurisprudenza pontificale, la giurisdizione pretoria rispetto all'antico *ius civile*, il diritto imperiale tardoclassico rispetto a una certa inclinazione della giurisprudenza all'isolamento 'artistico', ma con ciò siamo già ai fondamenti materiali del diritto romano.

### Fondamenti materiali: autorità, tradizione e *fides*

Anche questi contenuti materiali possono essere scaturiti dalla romanità stessa. Poiché la tavola dei valori di un'umanità storicamente peculiare non può essere comunicata ad altri popoli e tempi senza distorsioni attraverso la mera traduzione, meglio descriverle con parole latine

simboliche, nelle quali troviamo una voluta autorappresentazione della romanità dall'alta valenza educativa.

Poiché tali parole sono passate nella maggior parte delle lingue europee, a loro volta, come parole originarie, mutate o straniere, è utile notare che nel frattempo i campi di significato sono slittati costantemente, così come si erano già verificati importanti sviluppi all'interno dell'antica lingua latina e del diritto romano.

Spiccano un gruppo di valori autoritario, uno tradizionalista e uno socio-eticamente progressista.

1. Un primo gruppo di parole-chiave, ossia *imperium*, *potestas*, *manus* e *dominium*, designa il concetto di potere giuridico nelle sue molteplici applicazioni, pubbliche e civili, senza modificarlo strutturalmente. Ognuna di queste parole indica il potere incondizionato e illimitato di una persona su uomini liberi, servi o cose, che è diventato per l'Europa il punto di partenza storico del potere statale e del diritto soggettivo in generale.

(a) *L'imperium* è il fulcro concettuale della costituzione romana e si configura come potere pubblico originario, che *domi* scaturisce dall'*augurium* del *rex* prima e dei magistrati poi sul *civis*, *militiae* dal comando dell'esercito sui soldati. Questo potere incondizionato è limitato solo all'interno (dell'Urbe) da poche leggi pubbliche, che la plebe ha strappato al patriziato: una *lex Valeria de provocatione* riserva al *civis*, condannato a morte dal magistrato, il diritto di rivolgersi alla comunità popolare; altre leggi vietano la fustigazione e la tortura del *civis* e fissano limiti massimi per le sanzioni pecuniarie irrogate dal magistrato. Al contrario, il potere di comando sul campo di battaglia è senza limiti anche sotto questo profilo.

(b) In un peculiare intreccio, la *potestas* circoscrive sia i poteri pubblici di governo, come i poteri ufficiali dei magistrati minori *sine imperio* e i poteri coercitivi dei rap-

presentanti della plebe, sia la posizione giuridica del *pater familias* all'interno della *domus*. Questa *patria potestas* è rimasta il fondamento del diritto romano delle persone e di famiglia ed è diventata il punto di partenza storico per la proprietà privata e il diritto successorio.

(c) Le variazioni sul versante del diritto civile di questo ampio concetto, che include il potere indistinto del capofamiglia sulla moglie, i figli, i servi, gli animali e gli oggetti inanimati della famiglia, sono la *manus*, che, come potere protettivo a immagine della mano (che protegge, non che afferra), fu molto presto concentrata sulla potestà coniugale, e il *dominium* che, una volta 'potere domestico' indifferenziato, in seguito significa 'potere di proprietà' su servi, bestiame e cose, distinto dal potere personale sui soggetti liberi, che è diventato il concetto di base del successivo diritto di proprietà (p. 211 ss.)<sup>\*</sup>. Da allora la *patria potestas* è rimasta circoscritta al potere del padre sui figli della casa; a essa si sono aggiunti concetti più articolati di potere personale, come *tutela e cura*.

Tutti questi poteri avevano una nucleo comune, derivante dalla loro origine nel potere regio o domestico: dapprima, la loro illimitatezza sul piano giuridico; poi, la loro consistente restrizione attraverso gli enunciati sacrali, le note censorie e le consuetudini avite, che allineano l'ordinamento giuridico alle regole della responsabilità sociale; infine, il rigoroso isolamento di ogni potere dall'altro, secondo il pensiero romano, reso possibile dalla limitazione di ogni potere al proprio ambito. Ancora, significativo di questa delimitazione è il sottile aneddoto di Gellio (*Noctes Atticae* II 2.9; 13), dove il console incontra a cavallo il suo *paterfamilias*, il quale come *civis* è soggetto all'*imperium* del figlio, ma come signore della casa esercita su di lui il

---

<sup>\*</sup> Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

*ius vitae ac necis*. Allo stesso modo, questo isolamento delle aree di autorità tollera il restringimento della proprietà civile, indebolita dagli interventi pretorii, al *nudum ius Quiritium*. Per le antitesi, proprie del pensiero romano e da esso sopportabili, tra diritto e consuetudine, tra potere pubblico e privato o meglio tra rapporti di potere pubblici o privati tra di loro, queste possibilità sono caratterizzanti tanto quanto lo sono per l'impenetrabilità nel pensiero romano del potere giuridico assoluto.

(d) Un concetto centrale associato al potere nell'ordine romano fondamentale è l'*auctoritas*, che appartiene sia alla vita politica e sociale che all'ordine costituzionale, e, infine, al diritto privato. Dal senso letterale del termine (viene da 'augere', che nel nuovo *hochdeutsch* ha dato 'auch') ricaviamo come suo contenuto un potere indiretto, ossia ciò che conferisce effetto giuridico all'altrui azione o un *ac-cresciuto* peso in pubblico al comportamento sociale di un altro soggetto, senza essere esso stesso un atto dotato di un'efficacia propria. Soprattutto in quest'ultima accezione, *auctoritas* è il potere sociale non esercitato, cioè non speso e tesaurizzato, che potrebbe essere classificato sociologicamente come prestigio. Nel diritto pubblico, *auctoritas patrum* indica la ratifica della legge pubblica da parte dei senatori patrizi, *auctoritas principis* l'approvazione dell'imperatore, che, a seguito della vittoria del primo Augusto nella guerra civile, attribuisce efficacia politica agli atti di altri nello Stato o almeno l'azione politica decisiva di altri organi costituzionali attraverso la copertura sociale del *princeps* come primo cittadino; questo è caratteristico del primo Augusto, il quale si vanta di poter operare più per *auctoritas* che per *potestas*. Nel diritto privato *auctoritas* indica la parola del tutore, che conferisce efficacia agli atti negoziali dell'impubere o della donna.

In un'accezione privatistica primigenia e peculiare, che si ramificò ben presto, per *auctor* si intende colui che ha arric-

chito qualcun altro con la vendita, cioè in particolare il precedente titolare nella vendita di beni o di rapporti di autorità. Da questo punto di vista *auctoritas* acquista già nelle Tavole XII il (molto controverso) significato di 'garanzia del venditore' nel caso di sottrazione del bene alienato da parte di un terzo all'acquirente.

Nella vita sociale, infine, *auctoritas* denota esattamente il valore del privato per potere, legami o particolari competenze, che rafforza l'azione di un altro: così l'*auctoritas iurisconsulti* è il peso che un'opinione giuridica riceve per la competenza e il prestigio politico di un grande giurista.

2. *Auctoritas* include la validità basata sull'esperienza e sulla tradizione sociale e quindi conduce già al gruppo di valori tradizionalista. In questo gruppo, delimitato dai concetti di *mos maiorum*, *pietas*, e soprattutto dall'antica *fides*, si collocano specifici valori giuridici, perché il diritto possiede l'elemento della durata in forza del legame inscindibile tra i consociati.

(a) *Mos maiorum*, principio valoriale più che virtù o concetto giuridico, è la convinzione che «la consuetudine dei padri è la migliore, e ciò che se ne discosta presto si trasforma in male», come il giurista afferma di consueto. In quanto legame con gli antenati, che è il vincolo più saldo dell'anima romana e conferisce alla realtà il fondamento normativo più importante, forse l'unico, nella forma degli *exempla maiorum*, il dominio del *mos maiorum* nella vita giuridica si esprime come propensione a insistere sugli istituti tramandati e come timore per innovazioni arbitrarie o strutturali; è lo sfondo mentale dell'antico formalismo civile in favore della stupefacente continuità delle istituzioni, che si riscontra, ad esempio, nella conservazione di un *rex sacrorum*, nella perdurante validità delle XII Tavole fino a Giustiniano, nella conservazione del contrasto, da tempo privo di effettività, tra diritto pretorio e *ius civile*. Questo carattere può sperare in un seguito così

incondizionato che persino legislatori rivoluzionari come i Gracchi o Augusto nella sua normativa matrimoniale fanno riferimento a secolari *exempla maiorum* (p. 78)\*, e che in ogni circostanza si preferisce l'estensione alla trasformazione, la trasformazione alla nuova costruzione. Nella storia giuridica più antica il *mos maiorum* si esprime anche nella fondamentale astinenza dalla nuova legiferazione.

(b) Questa mentalità produce anche un'etica materiale di stabilità e fiducia. Appare generalmente come un'esigenza di *constantia*, la coerenza del carattere, cui è estranea ogni contraddizione; in essa è radicata l'affinità elettiva romana con l'etica pratica stoica. Quale *pietas*, tale atteggiamento si esprime come una fanciullesca riverenza, quindi come comportamento gradito agli dei, sia esteriormente che nel culto, ma anche al livello del diritto internazionale; poi su di un piano più interiore come azione affidabile e ben intenzionata verso i propri familiari, gli altri e lo Stato, cosa impensabile senza quell'atteggiamento che è impersonificato, ad esempio, dal pio Enea. Anche in ambito privatistico si può vedere in essa un fondamento per un atteggiamento di incrollabile rispetto del diritto. Il fiore più puro dell'etica propriamente romana, la *pietas*, è inconcepibile senza l'educazione attraverso l'impronta morale e la conoscenza di sé greche, ma rimane più vicina al nucleo dell'atteggiamento romano nei confronti della vita rispetto alle virtù più individuali di *clementia*, *lenitas*, *benignitas*. Ciò vale anche per l'*humanitas*, che, come espressione verbale, diventa ammissibile solo con la recezione nel mondo conosciuto, e quindi anche in quello romano, di un valore greco, che era sì legato alla sua apparizione storica, ma al quale rimane estraneo il tratto dell'atteggiamento persistente.

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

(c) Se i valori finora menzionati poterono diventare fondamenti della mentalità giuridica, ma non valori giuridici specifici, la *fides* ha dominato fin dalle origini in molti settori del diritto.

*Fides*, la cui storia rimane controversa, in origine non era un concetto etico. Prima di tutto, non significa né 'garanzia', né 'affidabilità morale', ma soggezione esteriore di una persona per mezzo di forze sovreali (in questo senso magiche); in seguito, vincolo instaurato tramite la sanzione di una divinità custode del giuramento e della *fides* stessa<sup>2</sup>; questa fase raggiunge in profondità i piani storici del diritto internazionale, pubblico e privato romano.

Nella sua ultima fase, tuttavia, *fides* significa soprattutto l'osservanza morale per la propria parola e il proprio comportamento, divenuto indipendente dai vincoli sacri e assicurato dal rispetto per se stessi: tanto l'affidabilità e la credibilità di una persona, quanto la fiducia generata da questa credibilità. Vincolati dalla *fides* sono sia i rapporti di potere, come il dominio del popolo romano o il patronato, sia le promesse internazionali e private di debito (voti); infine, anche formazioni di gruppo pubbliche o private (*coniuratio*, consorzio elettorale).

Per il diritto privato, la *fides* divenne feconda non tanto come legame e devozione verso persone della stessa associazione (parenti, seguaci), come la lealtà germanica, le cui esigenze (ad esempio nel caso della 'fedeltà dei Nibelunghi' di un bosco) potevano apparire al pensiero romano come violazione di un giuramento, bensì come legame nei confronti dell'altra parte contrattuale, sia nella vita dei popoli che nel diritto dei contratti; la strana etimologia (in Cic. *De off.* 1.7.2) *fit quod dictum erat* ha un buon sen-

---

<sup>2</sup> Così v. BESELER, *Atti Congr. Internaz. di diritto Romano I* (1934), p. 133 ss.

so semasiologico. In questo senso la *fides* è un principio ideale di politica estera, spesso glorificato dai romani e meno proclamato da altri popoli, e che sovente viene contrapposto ironicamente con orgoglio alla cosiddetta *fides graeca* o *punica*: per noi è maggiormente degno di interesse che seppure occasionalmente anche gli osservatori esterni lo lodino.

Nell'applicazione ai rapporti di diritto privato, la *fides* corrisponde inizialmente all'adesione del debitore alla lettera della parola data, che anche oggi (e poi nella stessa Roma) è sentita come ingiusta; essa rientra, quindi, tra i più antichi atteggiamenti mentali del *ius civile*, con il suo formalismo più arcaico che razionale, che sopporta anche forme giuridiche inique: la validità del giuramento forzato, il rischio di errata scelta delle parole e, nel processo, la *pluris petitio*, l'inosservanza delle promesse formali. In questa limitazione, la *fides* è rimasto il valore fondamentale di una mentalità persistente, limitata, tanto contadina quanto antiquata.

3. Ma proprio dal terreno di questa *fides* si è staccata la moralità più libera, che trascendeva la lettera della formulazione del contratto, che ha nella *bona fides* il più alto valore guida dell'ultimo complesso eticamente progredito di valori, di cui il diritto romano, al di là della sua primitiva padronanza tecnica, veramente grande, ha fatto per l'appunto una conquista morale. Infatti, se nella fase più recente di sviluppo della *fides*, dietro l'atteggiamento esteriore di mantenere la parola data, si manifesta il valore interiore (anche se non proprio interiorizzato) della lealtà incondizionata a sé stessi e agli altri per rispetto di sé, si forma una esigenza morale, che deve rifiutare proprio il mantenimento dell'altra parte alla parola data senza sufficiente giustificazione. Qui la *fides* non comporta solo raffinatezza e arricchimento, ma una svolta verso un nuovo livello valoriale: come *bona fides*, ora significa la riduzione schietta e conveniente della severità della propria pre-

tesa. È molto romano che una singola parola possa significare sia adesione alla lettera che un giusto allentamento dei requisiti della stessa.

Questa svolta deve risalire molto indietro nella prima età antica. Già le XII Tavole avevano stabilito – qui certamente sotto l’influsso della Magna Grecia<sup>3</sup> – con equità arcaica, ancora una volta formalistica, che il creditore era libero di dare al debitore esecutato una libbra di farina al giorno, ‘se vuole, di più’, con quindici libbre di legatura, ‘se vuole, con meno’; anche il *si plus minus secuerint, se fraude esto*, che ha continuato ad avere effetto nel ‘Kaufmann’ di Shakespeare, è da leggersi in questo contesto. Ciò è seguito dalla prima giurisprudenza. La *fiducia* e la *familiae emptio*, che hanno preceduto l’istituzione di erede nel testamento, presuppongono posizioni giuridiche assolute nelle quali il beneficiario, nonostante i pieni poteri civilistici, è vincolato dalla *fides* nei confronti di un altro. Il termine *fiducia* deriva da *fides*; dopo la morte del testatore, la *familiae emptio* lo presuppone nella posizione di *emptor* come esecutore fiduciario, mentre viceversa durante la vita del testatore la sua *mandatela* include una posizione fiduciaria molto arcaica e artificiale (cioè contraria al senso della vita) del testatore stesso.

Poiché l’antitesi dell’antica *fides* civile è la *fraus*, le frasi delle XII tavole *patronus si clienti fraudem fecit ...* e *se fraude esto*, già citata, sono da inserire in questo contesto, così come la frase *inter bonos bene agier et sine fraudatione*, relativa alla *fiducia*. L’antico comandamento di esercitare le fondamentali servitù *civiliter*, cioè con la dovuta tolleranza tra tutti i soggetti giuridici (non solo nell’associazione più stretta), testimonia il medesimo atteggiamento giuridico. Alla fine dell’età civile antica (intorno al 200) il brocardo *summum ius summa iniuria* (e i suoi prece-

---

<sup>3</sup> Ed. NORDEN, *Aus altröm. Priesterbüchern* (Lund 1939), p. 254 ss.

denti illustrati da Stroux<sup>4</sup>) esprime l'intuizione pervasiva che il *ius (civile)* 'portato al sommo grado'<sup>5</sup> si trasforma facilmente nella più grande ingiustizia. L'antinomia tra lo stretto diritto e l'equità era ormai, passata nella coscienza romana generale.

Ma l'effettivo portatore di questo nuovo *ethos* divenne la giurisdizione del pretore (p. 91 ss.)<sup>\*</sup>. Una rappresentazione fondamentale di Pringsheim<sup>6</sup> è stata l'*aequitas* specificamente pretoria; studi più recenti per gli anni 180-160 hanno potuto dimostrare una svolta nella direzione del *bonum* e *aequum*, influenzata dalla cerchia di Scipione, e dell'intervento del pretore contro la truffa e le minacce. Più tardi, ebbe luogo la rivoluzionaria recezione dei contratti consensuali nel *ius civile* e degli *arbitria bonae fidei* di diritto privato o straniero negli antichi *iudicia legitima*. Questa recezione non può procedere solo dal *ius gentium*, come nel caso di operazioni specifiche nel commercio a lunga distanza (acquisto, società di commercio); deve anche (come per il *mandatum* romano specificamente interno, la *locatio conductio* e la *societas omnium bonorum*) emergere da antichi rapporti giuridici civili (p. 115 s. e nt. 20)<sup>\*</sup>. È da qui che l'idea che la base e la portata del-

---

<sup>4</sup> *Summum ius summa iniuria*, in *Festgabe für Paul Speiser-Sarasin* (Basel 1926); Neudruck: *Rechtswiss. u. Rhetorik* (Potsdam 1949), p. 1 ss.

<sup>5</sup> In questo senso v. BESELER *BIDR* 53/54, p. 179; cfr. anche K. BÜCHNER, *HistJb d. Görresgesellsch.* 73 (1954), p. 11 ss. e part. p. 31 nt. 25. Inoltre, H. KORNHART, *Hermes* 81 (1953), p. 71 ss.

<sup>\*</sup> Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>6</sup> *Bonum et aequum*, *SZ* 52, p. 78 ss.; cfr., inoltre, *Aequitas und bona fides*, in *Conferenze milanesi per il XIV centenario delle Pandette* (1931), p. 193 s.

<sup>\*</sup> Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

l'obbligo siano misurate secondo la *bona fides* si è fatta strada nella maggior parte dei diritti europei. Molte norme del diritto delle obbligazioni nei codici europei non sono altro che *bona fides* codificata del diritto giurisprudenziale classico.

Se i *bonae fidei iudicia* sono stati recepiti presto nel *ius civile*, l'esigenza morale che l'azione legale non dovesse essere intrapresa in modo disonesto era solitamente imposta dal pretore in virtù del suo *imperium*. Così, attraverso l'*exceptio doli*, quest'ultimo ha impedito all'attore di esercitare inammissibilmente i suoi diritti e successivamente ha anche aiutato gli svantaggiati con una *actio de dolo* sussidiaria; ha restituito allo *status* precedente i minorenni truffati e ricattati; ha impedito gli inconvenienti della *pluris petitio* e favorito gli atti di vendita informali, dato efficacia alle promesse di debito e agli accordi di rinuncia attraverso azioni pretorie e contestazioni d'ufficio. In quest'ultimo ambito, le esigenze etico-giuridiche che un tempo provenivano dal *ius civile* hanno condotto, in ultima analisi, a forme che sono esattamente l'opposto dell'arcaico *ethos* giuridico caratterizzato dal rigore incondizionato della forma.

Con continuità ininterrotta, il diritto romano, in una magnifica dialettica, ha percorso l'intero spettro del pensiero giuridico creativo; in nessun momento ha negato la sua costante connessione con la peculiarità più intima della romanità.

## IL GIURISTA ROMANO

### Condizioni

Le manifestazioni della forza del diritto romano non si lasciano ulteriormente enucleare; sono possibili, però, affermazioni più precise sulle condizioni che vi hanno dato origine. Il confronto con altri diritti antichi suggerisce che furono i fondamenti del carattere romano e le condizioni politiche della comunità romana a garantire la continuità nella quale la peculiare creazione tecnica della giurisprudenza poté maturare. Un sobrio senso della realtà e la limitatezza della visione intellettuale tenevano la elaborazione romana lontana dai tratti idealistico-giusnaturalistici e utopico-demagogici che divennero pericolosi per il modo di essere giuridico in Grecia; la forte predominanza dei tratti tradizionalistici e autoritari dell'antica società aristocratica romana evitò che l'amministrazione della giustizia fosse pervasa da argomentazioni e spinte emotive e fece sì che la conoscenza fattuale pratica e tradizionale prevalesse su ogni speculazione generale intorno alla giustizia. Ciò ha reso possibile la peculiarità del giurista romano, che si distingueva dal funzionario dotato di competenze giuridiche delle culture più antiche per una conoscenza tecnica altamente specializzata della materia e dal dotto giurista dell'Europa continentale per la sua formazione pratica e il suo orientamento verso il caso concreto. Uscito dall'anonimato del collegio pontificale nel III secolo a.C., scomparendo nel III d.C. in piena crisi del Princi-

pato, egli ha accompagnato ed è artefice – per un mezzo millennio – dell’ascesa, dei lunghi periodi di fioritura e del repentino declino del diritto romano. Quindi, il diritto romano è essenzialmente diritto di giuristi; il suo elemento spirituale non è speculazione giuridica, bensì interpretazione giurisprudenziale.

È possibile cogliere l’immagine del giurista romano senza lasciarsi influenzare dalla tradizione? Anzi, si può ridurre a comune denominatore la ricchezza di tipi sociali e di grandi individualità che il termine collettivo ‘giurista romano’ racchiude? Il perdurare dei fondamenti e l’uniformità di carattere della posizione sociale nel mutamento dei compiti pubblici sembrano consentirlo. *L’aperçu* stupefacente di Savigny secondo il quale i giuristi romani sarebbero, per così dire, ‘persone fungibili’, per noi non è più accettabile in senso letterale<sup>1</sup>. Già la tradizione diretta, non tanto l’inaffidabile aneddótica tramandata quanto la testimonianza personale degli amici, conferisce a giuristi come Quinto Mucio, Servio, Trebazio, e probabilmente anche Labeone e Giavoleno, una propria fisionomia. A causa della carente tradizione biografica di quest’epoca, l’individualità dei giuristi alto e tardo classici è più sfocata; ciò è avvalorato dalla testimonianza delle singole opere, che troppo spesso è stata sottovalutata; in un primo momento perché il Digesto era considerato una autorità sovraperonale, in secondo luogo perché si enfatizzavano le connessioni stilistiche oggettive (effettivamente esistenti) della letteratura giuridica classica<sup>2</sup>. In verità, la testimonianza in sé degli scritti autentici rivela in gran parte l’individualità spirituale e, nel caso delle menti più raffinate,

---

<sup>1</sup> In tal senso, per quanto riguarda lo stile e l’offuscamento della personalità dei giuristi classici, ancora SCHULZ, *History of Roman Legal Science*<sup>2</sup>, Oxford 1953, p. 123.

<sup>2</sup> Così, oltre a Schulz, soprattutto la critica testuale di BESELER, *Beiträge zur Kritik der Quellen des römischen Rechts* I 1909.

anche morale e intima. La chiarezza riflessiva di Giuliano, l'originalità collerica e agitata di Celso<sup>3</sup>, la tensione morale e la sottigliezza concisa di Papiniano non rappresentano attributi convenzionali ma un'esperienza letteraria.

Tuttavia, anche il discorso di Savigny sulle 'persone fungibili' ha il suo aspetto condivisibile. Se anche oggi presso i giuristi la fisionomia individuale rimane sullo sfondo più che in altre professioni pubbliche, questo vale a maggior ragione per i suoi predecessori romani. Il modello romano, a differenza di quello greco, non si manifesta nell'eloquente autoaffermazione dello spirito personale, bensì nell'opera impersonale, specialmente nell'ordine duraturo del potere. Forse la sua più pura autorappresentazione è il diritto romano; caratterizzato da una uniforme disciplina delle volontà a fronte di una minore gamma di apporti individuali. Quindi anche i giuristi romani, per i quali parlano non la loro vita e la loro personalità, ma il loro lavoro, hanno un'esistenza tipizzata. Le differenze di profilo personale, di temperamento, persino di livello di doti hanno poco peso rispetto alla dimensione collettiva, al romano che li caratterizzò tutti; si ha ragione di parlare *del* giurista romano.

La sua struttura è stata modellata dalle funzioni che il giurista svolge nella *res publica*. Il presupposto per tali compiti era che la formazione mentale e spirituale del diritto romano non spettava mai ai legislatori e ai giudici, alla comunità popolare e ai funzionari in quanto tali. Il *ius civile* è stato creato da professionisti non integrati in uffici, che hanno sempre fatto parte dell'antica nobiltà romana e spesso ricoperto le più alte cariche. A Roma questo significa che il loro lavoro è sostenuto dalla forza sociale e intellettuale più forte della comunità, dall'*aucto-*

---

<sup>3</sup>Questo giudizio della precedente edizione dovrà essere mantenuto nei confronti di SCHULZ, *op. cit.*, p. 123 e 338 nt. T, dopo un rinnovato esame puntuale.

*ritas*. Il modo di attuarsi di questo prestigio sociale è, oltre all'esistenza e all'attività esemplari, il consiglio decisivo (*consilium*); esso non solo assiste il giudizio dell'interrogante, ma dà anche maggior peso alle sue azioni attraverso l'*auctoritas* del consigliere. Essere interpellato per un consiglio (*consuli*) è la più alta funzione pubblica del romano che non esercita alcun *imperium*, specialmente quello dell'antico magistrato; la sua prerogativa di concessione come dovere sociale nobile, *nobile officium*. La forza dei *consilia* permea tutti i rapporti pubblici e privati; come *senatusconsultum* dirige la politica degli uffici, come atto pontificale (*responsum*) assicura comportamenti di culto sicuri e fruttuosi della comunità, oltre che dei capifamiglia e delle famiglie, come consiglio amicale accompagna a ogni passo la risolutezza del romano. Molte lettere private romane rimarrebbero per noi assolutamente incomprensibili senza la conoscenza di questo rapporto fondamentale.

Tutta l'attività pubblica del giurista romano, e quindi la stessa giurisprudenza romana, si fonda su questo *consuli*, al quale egli deve il suo nome *iuris consultus*. Il *consilium* del giurista differisce dal consiglio politico e intimo personale in quanto si riferisce a una speciale conoscenza professionale; va tenuto presente che, dato il peculiare rapporto dello spirito romano con la realtà, è più facile assegnare l'*auctoritas* a specifiche conoscenze oggettive che allo splendore dell'eloquenza artistica o alla profondità della saggezza filosofica. Anche altre conquiste peculiari della scienza e dell'arte romane tendevano a concentrarsi su una conoscenza o un'attività fattuale di pubblica utilità. Se ci si domanda che cosa significhi chiedere consiglio in materia giuridica a Roma, già i cronisti romani della giurisprudenza più antica menzionano la chiara e pertinente triade *respondere, cavere, agere*. Il *respondere* è l'emissione di pareri di esperti in controversie, rese sia a una parte processuale che a un magistrato; è signifi-

cativo che il prestigio pubblico del consulente escluda evidenti differenze di contenuto tra pareri per la parte e pareri per il tribunale. Non essendo un atto d'ufficio, il *respondere* si ottiene presso la dimora del giurista; trattandosi tuttavia di una dichiarazione di pubblica *auctoritas*, essa viene emanata pubblicamente (*publice*) dall'alto seggio dei giuristi (*solio*) sulla soglia della casa e, di norma, senza motivarla. A tal fine il *populus* deliberò che il giurista aristocratico C. Scipione Nasica avesse una casa sulla *via sacra quo facilius consuli posset* (D. 1.2.2.37).

Tramite il *cavere*, il giurista guida chi chiede consiglio nella conclusione di negozi giuridici tra le insidie formali di un diritto antico, primitivo e rigido; più a queste che ai rischi generali della vita negoziale si riferisce tale termine caratteristico che sopravvive ancora oggi nel concetto di giurisprudenza cautelare. La conoscenza specifica dei rituali negoziali esistenti e la competente formulazione di nuovi 'certi' rimandano ancor più del *respondere* al tempo in cui il giurista come *pontifex* era l'unico a conoscere formule, rituali ed effetti giuridici.

Il terzo compito del giurista, l'*agere*, è originariamente vicino al *cavere*. Perché *agere* ('condurre' una cosa) significa non solo instaurare una controversia, ma anche un agire negoziale non contenzioso; il pericolo della forma e il monopolio della conoscenza sono comuni al formulario negoziale e alla formula dell'azione giudiziaria. Ma un *agere*, distinto da *cavere*, di solito si riferisce al processo. La partecipazione alla causa in affiancamento o in sostituzione della parte sarebbe oggi intesa come attività di rappresentanza processuale e non gli attribuiremmo una influenza diretta sulla formazione del diritto. Perché intendiamo il processo come applicazione della legge e ciò significa che le parti del processo fanno riferimento a una normativa inerente ai fatti controversi. A Roma un complesso percorso conduce dalle leggi o dal diritto civile altrimenti tramandato (*ius civile*) alla realizzazione del di-

ritto nel processo, il che giustifica la partecipazione del giurista all'ulteriore sviluppo del diritto.

Nell'età più antica, tuttavia, si faceva valere una aspettativa di tutela giuridica nelle leggi del popolo mediante congegni verbali prefissati, ammessi giuridicamente (se non addirittura prescritti); un *agere* del giurista non poteva che essere la scelta e la comunicazione dei relativi schemi al pretore o alla parte. Ma negli *arbitria* privati il giurista aveva più libertà di disegnare il programma del tribunale arbitrale; e quando, forse sotto l'influenza di tali tribunali arbitrali, il pretore istituì e istruì gli arbitri pubblici (*iudex, arbitri*), l'elaborazione di programmi giudiziari non più definiti dalla legge popolare o dalla tradizione divenne un compito anche del processo statale. Da queste formule scaturirono grandi cambiamenti nel *ius civile* e un nuovo diritto magistratuale (p. 101 ss.)<sup>\*</sup>; la loro concessione fu senza dubbio una attività d'ufficio del pretore.

Il fatto che probabilmente né il pretore né l'attore fossero in grado di escogitare nuove formule è decisivo per comprendere il ruolo ricoperto dal giurista, sprovvisto di funzione pubblica, in questa svolta. Qualunque sia la nostra opinione sul controverso rapporto tra la formula proposta dall'attore (*edere actionem*), la partecipazione del convenuto (*accipere iudicium*) e la concessione del tribunale (*dare iudicium*), il *iuris consultus* deve essere considerato come l'artefice di una nuova proposta di formula. Alla parte mancano per lo più le competenze; il pretore è un membro della classe dirigente politica, che deve necessariamente passare attraverso la pretura per raggiungere la massima magistratura e non può acquisire l'esperienza di una vita in un anno di carica. È vero che il giurista apparteneva originariamente alla stessa classe del pretore, ma la

---

<sup>\*</sup> Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

sua piena autorità matura solo nell'*otium cum dignitate* del magistrato anziano. Di tanto in tanto (in modo piuttosto tendenzioso) si racconta di un pretore sprovveduto, che, dopo una votazione dei *iudices*, deve aggiornare la seduta per informarsi a casa su come dovevano essere contati e pesati i voti. È più importante che Cicerone presenti come eccezione il fatto che il proconsole (il corrispondente del pretore in provincia) modifichi qualcosa nell'editto provinciale; secondo lui, il famigerato *propraetor* Verre lo avrebbe fatto solo per eludere il diritto. Si può quindi ritenere che ovunque sia stata redatta una nuova formula, il giurista sia stato solitamente coinvolto; sia che una parte la abbia proposta su suo consiglio, sia che la abbia formulata il pretore. Le formule tipiche dell'editto pretorio (a differenza degli editti stessi) sono creazioni della giurisprudenza. Come perito e patrocinante, il giurista controlla i due punti di crescita del diritto romano: le decisioni giudiziali seguite come precedenti e le formule pretorie. Poiché è responsabile anche della giurisprudenza cautelare, tutti i processi intellettuali di tessitura del diritto romano sono nelle sue mani.

In epoca imperiale le condizioni sociali del giurista mutarono in larga misura. Si conservarono le vecchie funzioni, ma l'*auctoritas* dell'antico magistrato, che era determinante solo nell'antica società aristocratica romana, è ora integrata e in buona sostanza sostituita da quella concessa dal *princeps*. È emblematico da questo punto di vista che già Augusto trovò necessario e opportuno legittimare l'antico *respondere* con la sua *auctoritas* e quindi portarlo sotto il suo controllo oltre che conferirgli nuova validità<sup>4</sup>. Poche generazioni dopo, inizia l'integrazione nella nascente burocrazia imperiale; dai Flavi, ossia dalla fine

---

<sup>4</sup>L'interpretazione più aderente di questa notizia (D. 1.2.2.49, Pomp. *ench.*) è stata di nuovo posta in discussione dopo l'uscita di un articolo di KUNKEL (SZ 66, p. 423 ss.).

del 'regime personale' nell'amministrazione imperiale, si assiste all'ingresso dei giuristi più importanti nelle alte cariche imperiali e senatoriali. I grandi giuristi tardoclassici raggiunsero tutti le più alte cariche dell'Impero. L'editto pretorio era stato redatto già da molto tempo. L'antica giurisprudenza aristocratica era diventata giurisprudenza ufficiale imperiale. Nondimeno, anche l'imperatore continuò a ricollegarsi all'antico stile di vita romano nominando i giuristi in un *consilium* imperiale. Dopo che a partire da Adriano la suprema statuizione giuridica acquistò peso attraverso rescritti, epistole e decreti, essendo i giuristi già da tempo coinvolti nelle istruzioni legali generali dell'imperatore attraverso editti e mandati, i compiti del giurista si ampliarono ovunque rispetto al passato. Una grande quantità di nuove idee e competenze materiali si riversarono su di lui e ampliarono il suo successo attraverso una responsabilità estesa all'intero 'mondo' e una sapienza di governo.

Anche il peso, relativamente importante, delle antiche funzioni seguì questa evoluzione: la creazione delle formule cessò, la decisione dei casi concreti divenne ancor più rilevante; la giurisprudenza cautelare si sarebbe mantenuta al di sotto del livello della grande giurisprudenza. La struttura intellettuale della giurisprudenza rimase intatta: essa si sostanzialmente ancora nella conoscenza di molte sentenze, procedure e formule ufficiali.

## La professione del giurista

Il compito plasma anche la fisionomia della professione del giurista. Un'indagine fondamentale e meticolosa di W. Kunkel ha recentemente apportato spunti inaspettati e sorprendenti<sup>5</sup>. A eccezione di un periodo di crisi alla fine

---

<sup>5</sup> KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*,

della Repubblica, i giuristi hanno sempre partecipato alla guida politica: nel primo periodo come membri del collegio pontificale patrizio, poi della nobiltà patrizio-plebea; in età imperiale, di nuovo indifferentemente come membri della nobiltà senatoria o equestre, che forniva i più alti funzionari dell'amministrazione imperiale. Tuttavia, i giuristi non hanno mai costituito un'organizzazione creata in base a una legittimazione pubblica (né per prescrizione obbligatoria, né per nomina). Uno sguardo alla professione del giurista inglese rende più chiara questa immagine, insolita per lo spettatore continentale.

Dall'altra parte i giuristi (a differenza che in Grecia o in Germania fino al tardo Medioevo) sono un gruppo distinto dai profani per le conoscenze specialistiche, se vogliamo, una 'classe'. Una classe di giuristi particolarmente esperti si sviluppa necessariamente quando un diritto si è differenziato a tal punto da non poter più essere compreso dai consociati senza la loro guida e il loro consiglio. Il rigoroso formalismo dell'antico diritto romano nei rituali negoziali e processuali esigeva sempre che il profano fosse costantemente guidato dall'esperto; i suoi *responsa* erano indispensabili anche per la classe dirigente politicamente necessaria, pertanto non specializzata, dei magistrati e dei giudici laici senatorii (*iudices*).

La conoscenza peculiare del giurista si basa sulla *routine* e sulla trasmissione pianificata. Un'esperienza specifica può formarsi solo ove egli sia dispensato da compiti politici generali; una tradizione duratura presuppone un legame tra le generazioni, cioè una persistente consapevolezza 'di ceto'. Dobbiamo cercare l'origine della professione del giurista antico in una corporazione di uomini delle

---

Weimar 1952, part. p. 38 ss.; 273 ss. Si tratta di una correzione fondamentale rispetto al disegno della precedente edizione di questa trattazione (*Vom römischen Recht*<sup>1</sup> [Leipzig s.a., ma 1945] p. 7 ss.).

classi dirigenti, privi di uffici, i cui doveri richiedono una conoscenza tecnico-giuridica specialistica.

Infatti, una delle tradizioni più attendibili sul primo periodo tramanda che fino al 300 circa la conoscenza giuridica giungesse solo attraverso il collegio pontificale (uno dei tre collegi sacerdotali del culto pubblico romano). Questa trasmissione non è solo suffragata dalla considerazione che la peculiarità del culto pubblico romano rende i rituali e le forme il compito essenziale di questi titolari di funzioni sacrali, e che si può solo supporre che essi abbiano potuto avere conoscenza di archivi e di scritture, ma corrisponde anche al fatto che sfera sacrale e *ius civile* rimarranno a lungo discipline affini in reciproca influenza e che molti degli antichi giuristi aristocratici furono membri o guide del collegio. I pontefici, di discendenza patrizia e per lo più liberi dalla contingenza degli incarichi politici *domi militiaeque*, da sempre uomini colti, furono chiamati quali custodi degli 'archivi di Stato' a conoscere le leggi e le formule e quali depositari di complesse tecniche sacre a maneggiare una altrettanto sottile e sagace tecnica giuridica. Avendo, di fatto, il monopolio dei precedenti raccolti in archivio, il collegio pontificale concedeva naturalmente anche *responsa* fondati sui precedenti. Nell'ambito del diritto sacro alcuni *responsa* ci sono pervenuti; essi furono resi, almeno in materia di culto pubblico, dall'intero collegio, non dai singoli pontefici<sup>6</sup>.

I *pontifices* non sono tanto una 'casta di sacerdoti' quanto soggetti investiti di funzioni sacrali; anche solo per questo motivo non si può parlare di un monopolio del diritto gelosamente custodito o addirittura esercitato a proprio vantaggio. Il racconto popolare di come Appio Claudio istigò il suo scriba Gneo Flavio a infrangere il pregiudizievole monopolio pubblicando il calendario giudiziario

---

<sup>6</sup> SCHULZ, *op. cit.*, p. 16 ss.

e le formule fino a quel momento segrete per il bene comune e per il culto, con la sua critica al sospetto segreto patrizio, non è plausibile già per questa ragione; contro di esso depone l'osservazione spesso avanzata che chiunque avrebbe potuto in qualsiasi momento accedere alla conoscenza dei dati presumibilmente profanati dallo svolgimento in pubblico della attività giuridica pubblica. Ma giustamente la storia procede per fasi successive e concrete: vale a dire che per il futuro sarebbero stati consultati componenti del collegio e anche uomini che non appartenevano allo stesso, e avrebbero trasmesso in modo tecnico il sapere giuridico, la cui efficacia sarebbe stata associata ai propri nomi. Così rimase stretto per i secoli a venire il legame tra la disciplina sacrale e la studio del sapere giuridico. Ciò significa che i giuristi divennero un ceto aperto o, se vogliamo, una libera corporazione di uomini a ciò interessati del patriziato e poi di tutta la nobiltà.

Consideriamo il clima sociale in cui un tale gruppo avrebbe potuto formarsi e reclutare continuamente. Nello Stato libero romano, dove gli interessi pubblici e privati dei grandi gruppi familiari non differivano molto, le questioni del *ius civile* erano più spesso questioni di rilevanza pubblica di quanto non lo siano oggi. Il tradizionalismo e il ritualismo dell'antico *ius civile*, che sono estranei alla nostra attuale società, corrispondono all'antico atteggiamento romano nei confronti della vita: la vita della *res publica* si integra costantemente con attività sacrali e giuridico-formali; il titolare della funzione deve celebrarle nella dimensione pubblica, il *paterfamilias* quotidianamente in quella privata. Pertanto, oltre al servizio militare, ai compiti politici e all'eloquenza pubblica, e prima ancora dell'agricoltura e dell'occuparsi della grandezza della *res publica* e dei propri antenati, l'arte del diritto è uno dei degni doveri dell'uomo pubblico esperto e del nobile; è *summus honos*, servizio gratuito alla comunità attraverso responsi, giurisprudenza cautelare e assunzione di tribu-

nali arbitrari. Il vecchio giurista Mucio guidò Servio dalla retorica giudiziaria agli studi giuridici con il seguente ammonimento: «È vergognoso che un uomo della nobiltà (che si occupa di questioni giuridiche) non conosca il diritto»<sup>7</sup>. La garanzia più rigorosa di questo *honor* è la gratuità (il che comunque non esclude come corrispettivo il dono di un amico facoltoso); essa lo distingue, quanto ai ricavi materiali, anche elevati, dal rappresentante processuale colto e spesso altrettanto eminente.

Questa gratuità non è necessariamente altruismo. L'oggettività delle funzioni pubbliche, alla quale alcune regioni d'Europa si sono faticosamente educate, è del tutto estranea all'antico Stato romano organizzato su base familiare. È legittimamente commisto a mecenatismo e rapporti di amicizia, e poiché il dovere dell'amicizia è uno delle virtù fondamentali, un conflitto tra interesse pubblico e riguardo personale per chi ti è vicino è, in realtà, un vero e proprio conflitto di doveri. La ragione più immediata del *consilium* del giurista è dunque l'aiuto di un amico, che impegna a fare altrettanto.

Una delle caratteristiche non oggettive della *res publica* è che la candidatura alle cariche avviene in modo disinvolto attraverso l'*ambitus*, l'adulazione legittima del personaggio influente e dell'elettorato. Quindi l'ambizione per lo Stato e per il potere consacra mezzi che appaiono indegni al privato ligio ai costumi tradizionali. Accanto a tali mezzi tutt'altro che edificanti, il supporto giuridico gratuito per i profani è lo strumento principale per ottenere consenso e aumentare il prestigio pubblico<sup>8</sup>. Ancora Cicerone si chiede seriamente se la giurisprudenza o l'eloquenza siano l'approccio più efficace per ottenere il favo-

---

<sup>7</sup> *Viro nobili turpe iura non nosse*; cfr. anche D. 1.2.2.43.

<sup>8</sup> In questo senso Cicerone (de off. 2.15) ritiene *honestior la benignitas quae constat ex opera et industria*.

re del pubblico. Anche così si spiega la sorprendente disponibilità dell'alta nobiltà, superba e spesso eccessivamente egoista, a fornire supporto giuridico gratuito anche ai più poveri.

Questo stato di cose caratterizza anche l'origine dei giuristi più antichi. Solo chi ha disponibilità economica può rendere un servizio completamente gratuito; di conseguenza, solo i membri della nobiltà aspireranno a cariche pubbliche. Soprattutto a Roma, come ogni altra *auctoritas*, così anche quella del giurista si fonda sull'appartenenza al gruppo familiare dominante. Questo spiega perché i giuristi repubblicani più antichi appartenessero quasi esclusivamente alla nobiltà e i più noti abbiano per lo più raggiunto le più alte cariche dello Stato<sup>9</sup>. Poiché nella comunione di un interesse scientifico vengono superate le differenze di rango, anche la *routine* e il particolare talento possono aprire le porte, allo stesso modo il servizio pubblico svolto con successo rende nobile l'*homo novus*. Tuttavia, entrambe le cose rimangono apparentemente un'eccezione.

Come ha dimostrato Kunkel, ciò cambiò con il crollo della vecchia nobiltà negli ultimi anni di battaglie letali per la Repubblica. Gli allievi di Servio (anche questi discendenti della nobiltà) appartenevano per lo più solo al ceto equestre; Sabino si dice che vi sia arrivato tardi e che sia stato per lo più sostenuto dai suoi auditori. Il declino della rilevanza pubblica della giurisprudenza in quell'epoca, che era in sé la preparazione di un nuovo periodo di fioritura, rimane tuttavia significativo; e per i giuristi imperiali, a partire dai Flavi, l'appartenenza ai livelli più alti della amministrazione imperiale sarà di nuovo la regola.

L'autorevolezza è sempre fuori questione. La moralità è scontata quando si tratta di giuristi. Anche una società

---

<sup>9</sup> Prove circostanziate in KUNKEL, *op. cit.*, p. 41 ss.

la cui integrità è andata perduta, come quella della nobiltà uscente dalla Repubblica e dei suoi avversari, si aspetta da lui l'essere impeccabile. Il giurista è *sanctus vir et gravitate et fide praeditus*: un uomo immacolato, di peso e affidabilità. Al grande Quinto Mucio veniva attribuito il merito di essere indipendente dalla visione preconcepita degli ottimati suoi compagni di partito; nella *chronique scandaleuse* della tarda Repubblica e dei primi tempi dell'Impero mancano i giuristi.

Chiaramente questo vale solo per il ceto più alto, il cui nome è riconosciuto nella storia del diritto e la cui opera è il diritto civile giurisprudenziale romano. Non mancano operatori pratici minori, persino avvocatucci di strada e amministratori di eredità, ricordati da Giovenale e Marziale; un epitaffio del II secolo, in cui il defunto viene difeso espressamente dall'accusa di essere un giurista (*iuris peritus*), potrebbe ricordare tali personaggi. Il clima in cui Petronio (Sat. 46) ci conduce con un'arguta parodia degli ideali dell'antica società romana non è migliore quando lascia che il mostruoso novellino Trimalcione balbetti qualcosa sui piani futuri per suo figlio:

«Così ora gli ho regalato un paio di libri con i titoli in rosso (*rubrum; rubrica*); prenderà con sé qualche assaggio di *ius* per uso domestico: questa roba sì che dà il pane ... Ciò che impari, impari per te stesso. Guarda l'avvocato Filerone; se non avesse imparato niente, ora non avrebbe niente da mettere sotto i denti. Poco tempo fa portava ancora tutta la sua roba sulla schiena... Sì, l'istruzione è un tesoro e il lavoro manuale non manca mai».

Come notato, non esisteva un'organizzazione sovraperonale della professione del giurista in quanto tale. Tuttavia, le esigenze dell'insegnamento del diritto nella pratica e nelle aule avrebbero sempre spinto alla formazione di gruppi, che dovevano assecondare la tendenza della società romana verso le fazioni e la clientela. Le relazioni fisse

tra insegnante e studente sono state tramandate sin dai tempi antichi. A dire il vero, le due ben note scuole (*scho-lae, sectae*) dei Proculiani e dei Sabiniani del primo e del medio periodo imperiale, con la loro più lunga esistenza e le loro ferme controversie scolastiche, non possono essere semplicemente pensate come una continuazione di tali gruppi originari. Il fatto che siano state sistematicamente istituzionalizzate dai primi imperatori nell'interesse dell'ordinamento giuridico sul modello delle scuole tecniche ellenistiche rende improbabile la loro natura bipartita; sono più vicine alle scuole filosofiche greche fin dall'Accademia platonica, soprattutto per il continuo susseguirsi degli indirizzi scolastici. Tuttavia, è ancora peculiare del loro carattere romano, pratico-politico, che le controversie scolastiche a noi note non siano riconducibili a un criterio sistematico, metodico o addirittura filosofico. Secondo lo spirito della giurisprudenza romana, le scuole non costruivano teorie ma tradizioni; non creavano alcun dogma ma accumulavano *auctoritas*. Con questo carattere personale, le scuole erano destinate a estinguersi con l'inserimento diretto dei giuristi nel più alto servizio imperiale. Giuliano e Celso sono nominati come i loro ultimi esponenti.

## Inizi

La peculiarità della giurisprudenza romana è determinata dai suoi compiti. *Respondere, cavere, agere* sono compiti pratici; inoltre, sono casistici nel senso più stretto del termine, cioè relativi a una specifica fattispecie giuridica: la decisione è, infatti, espressa con un *responsum* su un fatto (così come inquadrato dal giurista); *cavere* è gestire un singolo rapporto negoziale; *agere* è selezionare o abbozzare la formula che dovrà condurre l'attore all'obiettivo. Faremmo bene a precisare subito che 'pratico' non

significa comprensibile ai più e che 'casistico' non significa elastico o privo di principi.

La prassi casistica non è ancora conoscenza giuridica. Tuttavia, una cosa del genere nasce dalla *routine* fattuale per la necessità del giurista di attenersi alla pratica precedente e quindi di trattare le stesse cose allo stesso modo nel senso della giustizia. Essa diventa inconfutabile attraverso il precetto della trasmissione ai posteri, precetto che si impone su qualsiasi sapere specialistico. Le vie della trasmissione sono la formazione e la registrazione.

La formazione inizialmente non poteva che essere pratica: l'ascolto (*audire*) da parte del giovane appassionato di diritto all'interno del *consilium* del *iusconsultus*; quando il giurista iniziò a spiegargli i fondamenti della sua attività, si sviluppò la *disputatio fori*. Questa porta non solo alla controversia, che richiede un'analisi dei principi, ma soprattutto alla scoperta della *ratio decidendi*, sebbene il giurista si sia riservato fino all'età classica di dare il suo *responsum* all'esterno senza giustificazione, unicamente in virtù della propria *auctoritas*. Tuttavia, aspetto essenziale di questa *auctoritas* è che il giurista operi in armonia con le decisioni precedenti. Poiché non esistono casi identici, la scelta di applicare o respingere una precedente decisione non è possibile senza la *ratio decidendi*: una valutazione pregressa può essere applicata solo se si sia individuato il comune *tertium comparationis* dei due casi, ossia il loro ragionamento giuridico. Quest'ultimo può essere impiegato a livello di percezione inconscia, ma può anche essere formulato e trasmesso come regola. Essa non è un principio generale, come i teoremi della giurisprudenza europea, ma una linea guida per la prassi futura acquisita attraverso l'osservazione e l'esperienza; saggezza patriarcale condensata e potente come una massima, una regola meteorologica o una ricetta, per le quali l'antico sentimento romano ha una simile predilezione. Con la comparsa nel II secolo di una 'giurisprudenza regolare' inizia

il sapere giuridico autonomo, anche se in forma 'artigianale'.

Simili processi mentali richiedono *cavere* e *agere*. Chi vuole adattare con accortezza e misura un rituale negoziale esistente a nuove finalità deve prima aver dato conto più o meno consapevolmente del modo specifico di operare dell'antico formulario e del rapporto tra forma giuridica, effetto giuridico e buon esito negoziale; soprattutto, l'emersione di nuovi scopi negoziali attraverso 'negozi giuridici post-formati'\*, ossia legittimi espedienti o finzioni, richiedeva una chiara consapevolezza di questi rapporti. E lo stesso vale per l'applicazione o la creazione di una formula processuale. In particolare, la formula scritta molto differenziata, con l'abile costruzione della *demonstratio* e dell'*intentio*, l'incorporazione di clausole arbitrarie, *exceptiones* e *praescriptiones* (p. 109)\*, richiedeva l'elaborazione delle posizioni giuridiche; le *actiones utiles*, il riconoscimento delle somiglianze giuridiche, le formule fittizie (p. 109 s.)\*, il netto isolamento di quei presupposti di efficacia che devono essere oggetto di finzione per conseguire il risultato giuridico auspicato. È evidente che, contrariamente alle *rationes decidendi* dei *responsa*, l'arte della giurisprudenza formulare difficilmente potrebbe essere riassunta in regole generali. Con la decisione dei casi singoli essa condivide però il tratto fondamentale di tutta la giurisprudenza romana: l'inclinazione verso il caso specifico che, attraverso l'analisi di ciò che giuridicamente rimane uguale nel mutamento dell'aspetto esterno, viene ridotta al suo pensiero

---

\* Ndr: cfr. E. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in ZSS 27 (1906), pp. 330-332 (= *Gesammelte Aufsätze*, IV, Tübingen 1971, pp. 43-45).

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

di fondo, sul quale si deve cautamente, ma con piglio sicuro, compiere passi avanti verso nuove soluzioni.

La giurisprudenza più antica ne è cosciente non solo nella formazione, ma anche nella registrazione. La letteratura giuridica del III e II secolo a.C. riflette fedelmente gli inizi del pensiero giuridico romano. Secondo le nostre vaghe informazioni, si trattava inizialmente solo di una registrazione scritta degli esiti: comunicazione di leggi, moduli negoziali e formule processuali, probabilmente anche di *responsa* particolarmente significativi; questo corrisponde alla loro identificazione come *monimenta* o *commentarii* (annotazioni di cose notevoli, soprattutto relative alla propria attività). Se qui non c'è ancora una compiuta elaborazione, la parte relativa alla *interpretatio* dell'opera attestata della attività giuridica antica avrebbe invece incluso anche la trasmissione dei risultati dei processi del pensiero giuridico, presumibilmente sotto forma di regole.

Questa prima fase si estende fino all'inizio del I secolo a.C., cioè al periodo di massimo splendore e di pieno sviluppo del diritto romano, ciò a testimonianza dell'efficacia di questa conoscenza giuridica. È giurisprudenza soprattutto nel senso dell'uso anglosassone di comprovata prassi giuridica, ma non è certo scienza. Le rendiamo alquanto giustizia se, nonostante l'estensione del suo progresso, la chiamiamo mestiere o arte dell'azione pubblica, come l'arte della guerra, l'arte della politica e dell'agricoltura, alle quali anche il modo di sentire romano la equipara.

Gli equivoci sono da evitare. Quando Cicerone e – più raramente – anche i giuristi esprimono l'idea che la giurisprudenza debba essere *ars*, teoria dell'arte, assistiamo a un'applicazione della parola *τέχνη*, con cui la teoria greca della conoscenza intende l'autocomprensione metodicamente ordinata di un oggetto spirituale che noi chiamiamo scienza specialistica. La giurisprudenza romana, che possiamo chiamare senza esitazione tecnica giuridica, non era una siffatta *τέχνη*,

almeno prima di Mucio; secondo l'accurato giudizio di Cicerone ai suoi tempi essa non aveva ancora raggiunto il grado di *ars*.

La madre della scienza giuridica europea è quindi in netto contrasto con tutto ciò che chiamiamo giurisprudenza. Poiché lo sviluppo del diritto nel continente europeo suggerisce una separazione fondamentale della scienza dalla prassi giuridica, le grandi conquiste della giurisprudenza romana probabilmente sono per noi qualcosa di sorprendente. Nondimeno, uno sguardo sul Medioevo tedesco, sull'Islanda antica, soprattutto sull'Inghilterra alle soglie del presente, può insegnare che una giurisprudenza capace di grandi prestazioni, altamente specializzata e raffinata, può fare a meno di una scienza giuridica generale, sì da essere più adeguata ai compiti pubblici del diritto che al predominio di una giurisprudenza nel nostro senso.

Ma la giurisprudenza romana era inizialmente in netto contrasto con la scienza del tempo, in particolare con la filosofia della giustizia greca ed ellenistica, che diede un contributo tanto decisivo alla scienza giuridica europea. L'esigenza di questa scienza era la seguente: comprendere teoricamente il singolo fenomeno e inserirlo in un contesto legittimo sovraordinato. Essa era estranea allo spirito romano in generale, quindi anche ai giuristi e ne provocò la reazione aggressiva. Con una forte avversione per la vera scienza, il vecchio giurista Sesto Elio (console) si fece beffe dell'astronomo Sulpicio Gallo: scruta le zone del cielo, ma non vede ciò che giace ai suoi piedi. Oppure citando Ennio: «Se dovesse filosofare, lo farebbe quantomeno alla svelta, perché non gli piace affatto». Questa aggressività è estranea ai grandi giuristi classici; essi apprezzano il concetto greco di scienza e riflettono sulle sue esigenze a un livello superiore. Raramente dissentono sulla questione. Non per ogni affermazione degli antenati può es-

sere individuata la *ratio*, dice Giuliano (D. 1.3.20)<sup>10</sup>; se per prima cosa si mette in discussione il significato di una proposizione giuridica, si capovolge molto di ciò che è assiomatico, avverte Nerazio (D. 1.3.21)<sup>11</sup>. Quando i compilatori di Giustiniano cercarono un'adeguata introduzione alla loro raccolta di regole, non trovarono nulla di più appropriato di un monito a non sopravvalutare la regola: secondo Sabino, la regola giuridica sarebbe solo *causae coniectio*, abbreviazione di un contesto di caso vivente; se fallisce in qualsiasi punto, perde immediatamente il suo compito (*officium*). Paolo sviluppa questa significativa parola nel classico monito contro ogni giurisprudenza concettuale, ossia che non si deve trarre dalla regola la decisione del caso (*ius*); piuttosto, si forma una regola dalle decisioni esistenti (D. 50.17.1)<sup>12</sup>. Tali assunti, in un mondo in formazione, completamente votato alla scienza greca, indicano la consapevole distanza che il giurista classico conserva ancora dalla teoria.

Se si sono rimossi gli ingiustificati presupposti moderni dal quadro del primo sapere giuridico romano, il suo carattere peculiare è più difficile da comprendere e da descrivere. Sarebbe un errore vedere nella vecchia casistica un approccio 'pratico', vigoroso, energico ai compiti sociali; piuttosto, esso è sottile, poco visibile, spesso irreali-

---

<sup>10</sup> Iul. 55 *dig. Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.*

<sup>11</sup> Ner. 6 *membr. et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur.* Sfortunatamente la forma linguistica di questo e del precedente passaggio non è esente da dubbi.

<sup>12</sup> Paul. 16 *ad Plaut. Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum.*

stico. La giurisprudenza è nata dal collegio pontificale e molti aspetti della tecnica sacrale continuano senza dubbio a incidere su di essa. Ma la *religio* li collega più profondamente attraverso la comunanza di leggi concettuali che sono radicate nel carattere romano fin dall'inizio: una percezione dura e obiettiva della realtà che richiede l'impegno di sé attraverso la tradizione e regole di vita inviolabili più incapaci di immaginazione e pianificazione mentale rispetto ad altri popoli. In questa *religio*, che non si può immaginare senza un tratto di timorosa cautela, si radicano i tratti decisivi dell'antica arte del diritto: il suo formalismo esteriore e 'interno' (L. Mitteis); l'isolamento e la concentrazione di ciò che è giuridicamente rilevante, a prescindere dalla realtà sociale della situazione; la sua astrattezza e spesso la fredda distanza dalla vita.

Quindi, se non c'è una visione imparziale, ad esempio della vita giuridica greca o tedesca, che non voglia distinguere tra il modo di vivere e la sua espressione giuridica, allora questa imperscrutabilità non è quella della moderna scienza giuridica. La dottrina giuridica moderna è un sistema chiuso di concetti e norme che derivano logicamente da assiomi giuridici generali (cfr. p. 301)\*. D'altra parte, secondo la giusta osservazione di Jhering, è caratteristico della giurisprudenza romana scomporre artificialmente il singolo caso di partenza in elementi giuridici isolati che nulla hanno a che fare con la percezione naturale, per così dire 'isoletrarlo'. Così, il possesso giuridico (*civilis possessio*) è qualcosa di diverso dalla *naturalis possessio*; l'atto giuridico che fonda il potere maritale dell'uomo è cosa diversa dalle antiche consuetudini matrimoniali che instaurano un vero matrimonio romano.

Come la tecnica sacrale da cui proviene, la giurisprudenza più antica coglie il rapporto tra cause ed effetti giu-

---

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 116.

ridici non come causale, e nemmeno semplicemente come logico, ma come affinità o associazione. Il riconoscimento di queste associazioni crea un sistema separato di dichiarazioni giuridiche che appare come un secondo mondo virtuale accanto a quello naturale. In questo mondo giuridico indipendente non tutti i processi naturali hanno effetto nella sfera del diritto: alcune cose che sembrano *possessio* o *obligatio* sono solo *naturalis possessio* o *obligatio*. Viceversa, anche cose ed eventi irreali o irrilevanti nella realtà possono avere un effetto giuridico decisivo: su questo si basa la diffusa tecnica delle finzioni e dei negozi giuridici 'postformati'.

È stato correttamente rilevato che vale anche per la tecnica sacrale la massima *simulacra pro veris accipiuntur*: gli animali sacrificali fatti di pasta di pane sono 'veri' animali sacrificali, gli uomini fatti di giunchi gettati nel Tevere sono 'vere' vittime sacrificali umane. Tuttavia, la giurisprudenza più antica non dovrebbe essere legata indistintamente a queste ben note forme di manifestazione del pensiero magico o precausale (Cassirer: simbolico), come ha fatto il pur arguto e sapiente Hägerström. Qui rileva il documentato nesso con la tecnica pontificale, mentre il modo di sentire proprio degli antichi giuristi resta per noi inaccessibile.

Le affermazioni della giurisprudenza sugli effetti giuridici non sono quindi logiche, come presso di noi moderni, cioè riferite a una conoscenza coerente, o etico-giuridica, ossia relativa a un dovere giuridico, ma affermazioni su cose, condizioni ed effetti in un mondo giuridico separato e indipendente. La sottile osservazione di Savigny secondo cui i giuristi romani avrebbero inteso i concetti giuridici come 'esseri viventi' mira a questa indipendenza ontologica delle strutture giuridiche; corrisponde al 'metodo storico-naturale' descritto da Jhering, che tratta diritti e processi giuridici secondo l'analogia con i corpi materiali. Con tutta la raffinatezza della riflessione e la

comprensione sociale della realtà, la giurisprudenza classica ha probabilmente sempre aderito a livello metodologico a questa visione.

Nel periodo più antico tale visione si concentrò nelle mani di una giurisprudenza tradizionalista al punto che un osservatore imparziale non poteva credere alla tanto elogiata ragionevolezza e chiarezza del diritto romano. Si ha l'impressione di una irragionevole arbitrarietà, qualcosa come un imperscrutabile rito di incantesimo o un gioco complicato di cui non si conoscono le regole. Soprattutto, il moderno giudizio etico e sociale solleva l'obiezione che questa giurisprudenza concettuale arcaica ignorasse le esigenze della giustizia politica e sociale.

Ma questa obiezione non avrebbe piena giustificazione all'interno dello stile di vita romano correttamente inteso. L'uomo romano non è guidato da idee generali, come lo sono i popoli più fantasiosi, specialmente quelli moderni; e quindi ritrova nel giurista il precetto per il proprio comportamento; il tradizionalismo giuridico e il formalismo corrispondono direttamente al suo modo di sentire, che egli chiama *fides*, *pietas*, *mos maiorum*. Sarebbe antiromano chiedersi se una decisione sia giusta in se stessa, se corrisponde alla forza ben più potente della *constans interpretatio iuris civilis*. Questa tradizione gli parla in modo molto più convincente di quanto possa farlo la ragione giuridica generale o una generica ricerca dell'equità (vedi p. 76)\*.

Certo, venne un tempo in cui il precetto della tradizione in quanto tale non ebbe più alcun potere convincente per molti romani. Ora si levavano rimproveri contro l'aspresza (*rigor*), l'iniquità (*iniquitas*)<sup>13</sup>, le sottigliezze del

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>13</sup> Si parla di questo, in quanto la concezione del [giurista] laico romano era già stata influenzata dalla *ἐπιείκεια* aristotelica, che (diversamente dall'antica *aequitas* romana, cfr. PRINGSHEIM, SZ 42, p.

diritto antico; ora si faceva forte la seguente accusa tagliente: *summum ius summa iniuria*. Tali parole d'ordine esprimono una consapevolezza, prima impossibile, della tensione tra la vecchia tradizione del diritto e l'idea di giustizia, quale si manifesta solo nella crisi di uno stile di vita. Ciò inizia a verificarsi quando, dopo la seconda guerra punica, la società romana si era trasformata al suo interno e aveva stabilito nuovi contatti con il mondo esterno; la sua connotazione spirituale fu l'incontro tra la giurisprudenza specialistica e l'educazione ellenistica, in particolare con la sua concezione di giustizia e la sua idea di scienza. A partire da quelli appartenenti alla cerchia di Scipione, un numero sempre più elevato di uomini aveva fatto propria l'educazione greca e fu schernito da Sesto Elio; essi sarebbero stati i primi a mettere in discussione il contenuto e il metodo del *ius civile*. Non abbiamo più una tradizione diretta su questo punto, ma ultimamente si potrebbero collegare a questi sforzi le riforme pretorie della prima metà del II secolo<sup>14</sup>. La richiesta di Cicerone *ex intima philosophia ius hauriendum* ne costituisce una tarda eco. La giurisprudenza avrebbe lentamente accolto la nuova idea di giustizia senza snaturarsi. C'è un'eterna verità nella difesa della libera ragione morale o del chiaro buon senso contro le formazioni accidentali di una comprensione tecnica separata; ma il giurista pratico avrebbe rinunciato alle esigenze generali della speculazione della giustizia tanto più giustamente quanto più la sua azione si sarebbe dimostrata giusta.

La retorica divenne un avversario più pericoloso ed

---

p. 677 ss. e soprattutto Id., SZ 52, p. 78 ss.) può apparire come oposto di diritto e giustizia, ossia come «equità»: COING, SZ 69, 25, 34, p. 43 ss., e, da ultimo, G. KISCH, *Erasmus und die Jurisprudenz seiner Zeit* (Basel 1960), p. 26 ss.; con ulteriori prove a sostegno.

<sup>14</sup> Cfr. *supra* p. 92 nt. 5 (nдр: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto).

egoista della giurisprudenza professionale. Anche l'oratore retoricamente preparato ma giuridicamente ignorante che parla a pagamento a favore di una parte in causa è un modello greco (ed ellenistico), al quale gli sconvolgimenti sociali del II secolo a Roma aprirono per la prima volta la porta. La romanità conservatrice quindi li associò alla crisi morale e politica del libero Stato. In effetti, la retorica del tribunale trovò dapprima la sua vera arena nella grande giuria, istituita a partire dalla metà del II secolo, non senza l'influenza dell'ideologia democratica; nei processi penali delle *quaestiones*, davanti ai tribunali *de repetundis* e soprattutto nel tribunale centumvirale creato per le *magnae causae* del diritto civile (proprietà, diritto successorio, manomissioni).

Negli scritti retorici di Cicerone, la questione se la retorica giudiziaria o la giurisprudenza sia la via principale per la *leadership* nello Stato appare come uno dei grandi temi di pubblica discussione; con poche eccezioni, ciò corrispose alla realtà dei suoi anni giovanili. In effetti, la retorica offriva anche alla pratica dei tribunali un vantaggio fattuale attraverso una tecnica di presentazione dei fatti che era stata sviluppata con la massima raffinatezza ed era sempre stata al di fuori dei compiti del giurista specialista; le loro prescrizioni di attacco e di difesa hanno indubbiamente arricchito la dottrina interpretativa dei giuristi, senza che il loro soggettivismo si imponesse in maniera duratura. Una delle sue vecchie indicazioni 'artistiche' era la diatriba contro il culto della parola; questa parte della tecnica ha portato a conseguenze avvincenti, ossia a polemiche contro una giurisprudenza specializzata antica, formalista e sicura di sé, che non esisteva nel mondo ellenistico.

Ancora Cicerone si fa portavoce di queste argomentazioni, che esistono a partire dalla sofistica: «Nessuno si deve considerare dotto in quest'arte (l'arte del diritto), la quale non fu mai valida fuori da Roma, né in Roma stes-

sa, una volta che vi si fecero passi avanti» (*pro Murena* 28). Oppure parla di una «bella scienza che consiste tutta di cose pensate ed elaborate sulla carta» (*ibidem* 24). Ma va ricordato che questo passo del discorso della *pro Murena* vuole essere un esuberante esercizio da torneo di oratoria e che la coscienza dell'incomparabile grandezza del diritto tradizionale non è mai scomparsa dal senso dello Stato ciceroniano.

Gli effetti della retorica giudiziaria sulla giurisprudenza sono spesso sopravvalutati<sup>15</sup>. Avrò certamente allentato il formalismo nell'interpretazione delle disposizioni testamentarie, in vista della giurisdizione ereditaria dei tribunali centumvirali, dove la retorica trovava una splendida arena secondo la testimonianza di Cicerone; l'*unus iudex* o i tre arbitri dell'*ordo iudiciorum* non offrivano un palcoscenico idoneo a essere il luogo di lavoro abituale dei giuristi. La questione se una vittoria della retorica giudiziaria avrebbe distrutto la validità pubblica e la peculiarità interiore della giurisprudenza specialistica è stroncata dagli sviluppi successivi: il secondo triumvirato e, infine, la dittatura di Augusto tolsero respiro al discorso giudiziario politico e al discorso giudiziario privato la sua validità pubblica e quindi eliminarono per sempre l'avversario della giurisprudenza. La totale autodistruzione del libero Stato romano avrebbe a lungo termine distrutto la giurisprudenza dall'interno; poiché questa autodissoluzione è stata fermata dal Principato, essa ha potuto resistere perché il suo nucleo è rimasto intatto.

---

<sup>15</sup> STROUX, *Rechtswissenschaft und Rhetorik* (Potsdam 1949; ristampa di Id., *Summum ius, summa iniuria* 1926 e Id., *Griechische Einflüsse auf die Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft gegen Ende der republikanischen Zeit*, 1933), p. 1 ss., in parte concorda RICOBONO, *Gnomon* 5 (1929), p. 65 ss., e, da ultimo, Id., *BIDR*, 53/54, p. 356 ss. (in particolare contro Beseler e altri); cfr. anche *supra* p. 16 nt. 5 (ndr: il riferimento in questo volume è a p. 53 nt. 5).

Ma anche il giurista non avrebbe più potuto affermare la sua autorità nel Principato come privato cittadino privo di cariche pubbliche. Da quando Augusto logicamente dotò i *responsa* di giuristi scelti del grande potere del suo prestigio sociale – cioè il tanto contestato *respondere ex auctoritate principis* –, i pareri di questi ultimi non furono più semplicemente l'espressione della competenza privata o dell'autorità sociale di un uomo. Ciò a cui il primo *princeps* dette inizio, i nobili lo portarono a un nuovo livello nel secolo successivo, quando i giuristi entrarono nella carriera ufficiale imperiale e nel consiglio dei principi (p. 133)\*. Ecco ancora una volta il felice equilibrio tra innovazione e conservazione che caratterizza i capolavori della politica romana. Senza perdere le sue competenze tradizionali, la giurisprudenza sotto la bandiera del servizio imperiale acquisì un nuovo senso del dovere più impersonale, che era più caratteristico della morale ufficiale ellenistica che dell'antica etica aristocratica romana; qui, finalmente, c'era anche posto per un'ordinata cura dei sudditi, che l'organizzazione politica di tipo romano, suo malgrado, non aveva conosciuto. Di conseguenza, morirono le scuole giuridiche, la cui linfa vitale erano state in origine le formazioni di gruppi di tipo agonistico del libero Stato e che nel primo periodo imperiale avevano ancora in mente l'istruzione privata (p. 138 s.)\*. La stessa giurisprudenza si stava ora preparando per la sua ultima grande fioritura.

## Classici

A dire il vero, essa avrebbe dovuto compiere un'altra trasformazione dall'interno di se stessa, che sarebbe stata

---

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 61.

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 68 s.

impossibile senza lo spirito greco. Sebbene si tratti di un avvicinamento alla teoria greca del linguaggio, il suo metodo all'inizio del periodo imperiale ebbe poco profitto. D'altra parte, attraverso il contatto con la letteratura scientifica greca, essa ora trovava un'espressione letteraria più appropriata e più libera per la sua competenza; la trasparenza e la fluidità di una presentazione così semplice come quella delle Istituzioni di Gaio mostra quanto profitto ne trasse<sup>16</sup>. Lo sforzo, mutuato dalla topica aristotelica, di ordinare sistematicamente il materiale trasmesso si spinse più in profondità. La disposizione del *ius civile* di Mucio secondo la divisione in *genera* e *species*, tipica della teoria scientifica greca, è tanto giustamente considerata come l'inizio della giurisprudenza romana, quanto poco si rivelò adeguata nel tempo allo stile di ragionamento e alla tradizione della giurisprudenza. Poiché queste forme di rappresentazione contraddicevano la regola permanente di formazione di una giurisprudenza casistica, esse penetrarono interamente solo nei generi elementari dell'esposizione; anche il *ius civile* di Sabino, probabilmente sotto la loro influenza, mostra una evidente monumentalità. Al di là di questa cerchia, la metodica manipolazione della definizione (ὄρος), ripresa ancora da Mucio, rese chiaro lo strumentario concettuale del giurista conducendolo gradualmente all'eleganza, che sarebbe rimasta cosa ovvia per tutti i classici<sup>17</sup>.

Una nuova capacità di penetrare nel contesto generale, nell'armonia di ogni ordinamento giuridico vivente, porta a conquiste di contenuti. Valevano già per i suoi prede-

---

<sup>16</sup> Sul punto, da ultimo, FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch* (Göttingen 1959), part. p. 104 ss.

<sup>17</sup> Sul punto VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain* (Paris 1945); COING, *Studi Arangio-Ruiz* I (1953), p. 165 ss.

cessori le belle parole pronunciate per primo da Celso (D. 1.3.24): non è ammissibile giudicare secondo una parte arbitrariamente scelta di una legge (*aliqua particula legis*) invece di penetrarne il contesto complessivo (*totam legem perspicere*)<sup>18</sup>. Qui si annuncia già il cambiamento più significativo: l'incontro con la verità senza tempo dell'idea greca di giustizia fornì al giurista classico per primo il metro su cui misurare la giustizia del *ius* tràdito. Tuttora il vero stile romano antico richiede che una decisione raramente derivi espressamente da postulati generali; il giurista non ama far assaggiare il sale della giustizia o dell'equità. In questo silenzio professionale pesano il doppio le parole gloriose di Celso: «Conoscenza giuridica: ossia non avere appreso la lettera del diritto, ma la sua forza motrice»<sup>19</sup>; o *iuris scientia est ars aequi et boni*<sup>20</sup>. Il romano, difficile da guidare con le idee, può alla fine essere trasformato dall'idea. Anche uomini di cultura greca come Mucio o Servio, Giuliano o Celso hanno un concetto consapevole di cosa sia e cosa richieda la giustizia; nelle loro decisioni essa diventa tutt'uno con l'arte positiva del diritto. Anche in questo senso l'ultima grande epoca della giurisprudenza romana è classica.

Se si cerca di tracciare i contorni di questa fioritura tardiva, durata quasi duecento anni, nelle migliori mani-

---

<sup>18</sup> Cels. 8 dig. *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.*

<sup>19</sup> Cels. 26 dig. *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*

<sup>20</sup> D. 1.1.1 pr. Ulp./Cels; sul punto, da ultimo, diffusamente v. LÜBTOW, SZ 66, p. 517 ss.; 532. In opposizione alla antica *aequitas* romana qui è prevalentemente recepito l'influsso diretto della *ἐπιείκεια* aristotelica (cfr. *supra* nt. 13), forse con la mediazione di Cicerone (?); quindi l'attribuzione a Celso della *sententia* restituita da Ulpiano è discussa. Cfr. anche KISCH (cfr. *supra* nt. 13, con rinvio a HAMBURGER, *Morals and law*, p. 108 s.).

festazioni emerge una nuova eleganza giuridica, che ha giustamente incantato per millenni. Liberata dalla antica pesantezza, le questioni più intricate vengono ora poste e risolte senza sforzo. La narrazione stessa del caso è spesso un'opera d'arte linguistica in termini di riduzione epigrammatica, eppure rimane la sensazione di una completa coincidenza tra l'abile stile decisionale e la padronanza della situazione. È più difficile penetrare nel nucleo interiore di questa attività.

Essa non si è ancora staccata dalle vecchie fondamenta. Anche il giurista classico si orienta così tanto sul caso singolo che persino i suoi problemi teorici (*quaestiones*) assumono la forma esteriore della casistica. Il diritto del giurista classico rimane 'giurisprudenza del caso' tanto più che la giurisprudenza negoziale e l'arte delle formule sono in via di esaurimento, almeno nella produzione letteraria.

In queste circostanze possiamo illustrare al meglio le speciali conquiste dei giuristi classici rispetto alla giurisprudenza odierna. Il giudice dei nostri giorni 'applica' la legge; per effetto di questa abitudine anche il diritto meta-legislativo gli si presenta come norma giuridica. Questa applicazione oggi significa ben più che mera sussunzione, realizzazione di una decisione già ipoteticamente contenuta nella norma attraverso un semplice atto logico di giudizio. Piuttosto, la decisione si basa, da un lato, su considerazioni di carattere generale, dall'altro, sul sistema giuridico interno e su concetti giuridici composti. Tali concetti, di lunga formazione ed empiricamente comprovati, consentono di prendere decisioni corrette attraverso semplici deduzioni, anche in casi singoli alquanto complicati.

Se, ad esempio, la registrazione [del contratto] viene portata sotto il concetto ben definito di disposizione, ne scaturiscono immediatamente decisioni dirette, come nel caso dell'applicazione del § 185 o del § 892 BGB.

Il giurista classico fa a meno di questi aiuti decisionali. Di solito è libero dall'obbligo di applicare una legge; il diritto romano è prevalentemente diritto di giuristi, che non può essere immaginato come un ordine normativo. Inoltre, un'esplicita considerazione dello scopo del diritto è meno frequente – diciamo – rispetto a quanto lo sia presso i bizantini. Soprattutto, gli manca un sistema di diritto privato che possa attribuire uno statuto specifico alla singola norma (ipotetica e nascosta nella sua decisione del caso concreto) nel quadro complessivo dell'ordinamento; ancor di più, manca lo strumento del concetto giuridico composito, che noi invece diamo per scontato. Se ciò suona sorprendente, soprattutto per la formazione astratta dei concetti, una moderata critica delle fonti mostra che le definizioni e le formazioni logiche dei concetti, per come noi le intendiamo, sono davvero estranee ai giuristi romani. Ciò che chiamiamo romano solo in misura minore è bizantino, in misura molto maggiore diritto comune tardo, ossia conquista scientifica, soprattutto, del nuovo diritto naturale in Europa.

Mancano così del tutto i concetti generali di diritto soggettivo, di negozio giuridico, di contratto, di debito, di contratto reale, di disposizione, di inadempimento e molti altri; quasi completamente quello di dichiarazione di intenti, di mancanza di volontà, di diritti limitati su cose altrui o di contratto a prestazioni corrispettive.

Inoltre, ci sono certamente 'concetti' la cui esattezza e concentrazione spiegano anche la particolare fama della giurisprudenza romana: *dominium*, *possessio*, *obligatio*, *hereditas*, *dare*, *stipulatio*. Ma queste figure hanno una struttura logica e teorica diversa. Esse sono in parte semplicemente antichi atti formali (come *testamentum*, *legatum*, *stipulatio*), ma in parte anche immagini esplicative di affermazioni giuridiche convenzionali che si sono formate nell'antica tradizione 'artistica': esperienza giuridica

crystallizzata in concetti, per così dire, con la forza inconfutabile di termini specialistici (come quelli tecnici o medici). Già Jhering rilevò correttamente che figure come il *pignus* o come l'*obligatio rei* avevano il carattere di immagini creative e, in quanto immagini oggettivate di una cultura specialistica, erano simili a simboli. Per questo i concetti giuridici romani hanno, a differenza di quelli moderni, l'inesauribile fecondità di simboli.

La creazione giuridica classica nel singolo caso si svolge nelle seguenti fasi: i fatti vengono inizialmente ridotti alle loro componenti giuridicamente rilevanti. Non è un caso che i giuristi romani siano maestri della narrazione dei fatti: la precisione del linguaggio giuridico tradizionale e i suoi termini tecnici vanno in questa direzione. La versione giurisprudenziale dei fatti comprende già una diagnosi giuridica; in questa fase di solito vengono formulate già le questioni giuridiche decisive<sup>21</sup>. In seguito, con la riduzione giurisprudenziale, in generale, si realizza il collegamento con il tesoro inesauribile della casistica traddita, la cui *rationes decidendi* sono così familiari al giurista per tradizione e per esperienza personale, che spesso le applica inconsapevolmente. Così si spiega l'immagine, per noi molto interessante, di un giurista che può semplicemente aggiungere un sì o un no (*respondi [non] posse*) al riscontro della domanda, da lui ridotta in termini giuridici, ed essere certo che questo sarà già inteso dallo specialista come una prestazione professionale.

Ora, la giurisprudenza deve dar prova di sé soprattutto nella decisione di casi atipici, che la casistica traddita non aveva ancora padroneggiato. I giuristi antichi non ci dicono espressamente come siano giunti a una decisione. Perché questo processo è (in senso stretto) intuitivo; esso,

---

<sup>21</sup> Due semplici esempi a breve (*infra* ntt. 25 e 26) saranno forniti dai testi sul sc. Velleaenum.

in altri termini, come la maggior parte delle creazioni produttive, non procede secondo un corso di pensiero sviluppato e discorsivo. Certo, questo non significa che il giurista si trovi in un misterioso rapporto con l'idea generale di diritto; piuttosto, la sua decisione è nutrita dal bagaglio di opinioni e decisioni immagazzinate nella sua esperienza, simili ai modelli rappresentativi preesistenti, dai quali l'artista esperto, medico o uomo di Stato sceglie e decide spontaneamente. Ma il giurista non dispone solo della propria esperienza. La sua personale comprensione del caso (e al tempo stesso autorità oggettiva) è alimentata da un'esperienza ininterrotta dei suoi predecessori, che si è condensata in solidi percorsi di immaginazione, di cui il giurista successivo può essere certo. È, si può dire con Jhering, una specie di alfabeto giuridico in cui egli si esprime; e Savigny intende qualcosa di simile allorché si riferisce a quei concetti, le cui peculiarità il giurista avrebbe ricavato da ripetute relazioni con gli esseri viventi. Dunque l'attività del giurista è anche una creazione oggettiva; arte giuridica non nel senso di virtuosismo artistico, ma di lavoro produttivo e vivificante nella sfera del pubblico. Nonostante tutta la difficoltà di interpretazione, ci facciamo comprendere meglio dall'operatore giuridico parlando in questo caso di 'giudizio'.

Questa particolarità dell'attività giurisprudenziale spiega anche il peculiare stile argomentativo dei commentari classici. Esso dimostra che il pensiero dei giuristi è «problematico»<sup>22</sup>: il ragionamento non sfocia (come nell'odierna rappresentazione giuridica) in conclusioni deduttive procedendo da proposizioni principali e maggiori a clausole singole, ma si sviluppa ciclicamente, per aree pro-

---

<sup>22</sup> Sul punto si veda il quadro conciso, ma approfondito, in VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (München 1953), p. 26 ss.; in seguito WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960), p. 286 e *passim*.

blematiche; può dare come presupposte tappe logiche o addirittura saltarle, procedere per passaggi multipli, ritornare ai punti di partenza. Questo stile è reso ancora più pronunciato dal fatto che anche le dottrine più antiche non sono inserite in un contesto deduttivo, ma sono assunte come autorità – per cui, in accordo con il carattere tradizionale della giurisprudenza, si fa spesso riferimento bruscamente ai precedenti livelli di discussione.

Fino a poco tempo fa, questa particolarità è stata spesso fraintesa come una mancanza di una disposizione chiara e di un piano, come una «formazione casuale e comoda»<sup>23</sup>. Anche la sua designazione generale come ‘casistica’ di per sé non le rende giustizia.

Illustriamo queste osservazioni generali con degli esempi. L’odierna giurisprudenza tedesca deve distinguere tra l’obbligazione di garanzia (che di solito richiede la forma scritta) e l’assunzione (informale) di debito e ha sviluppato i criteri della volontà di parte e dell’interesse personale con alcune oscillazioni. Un sc. Velleaenum (46 d.C.) rappresenta il giurista romano con compiti metodologicamente simili. Questo [senatoconsulto] vieta che le donne ‘intercedano’ (*intercedere*) prendendo a mutuo o contraendo obbligazioni per terzi. Un *intercedere* era estraneo al linguaggio giuridico in quanto tale (la risoluzione ovviamente non è stata concepita dai giuristi), e i giuristi devono esaminarne caso per caso l’applicabilità secondo il senso del provvedimento.

Di norma, l’*intercessio* da parte della donna è, ad esempio, l’assunzione di una garanzia o promessa del debito di un terzo (delega passiva). Ma i giuristi riconoscono che, secondo il senso del divieto, essa non vi sia sempre quan-

---

<sup>23</sup> Così ancora SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht* (1934), p. 43.

do tali obblighi siano di fatto assunti eccezionalmente nell'interesse proprio della donna: ad esempio, non è intercessione una controgaranzia o qualsiasi altro intervento per il proprio fideiussore. Né è intercessione l'intervento della donna per il suo creditore che la libera da altri debiti:

In D. 16.1.24 pr. Paolo<sup>24</sup> il creditore di una donna le aveva ordinato di promettere a un nuovo creditore (C) (novando, liberandola dal vecchio creditore): non c'è intercessione se la donna ora garantisce per questo C, perché adempiendo a tale obbligo di garanzia, fornisce un equivalente economico per la sua liberazione dal proprio debito precedente e non è quindi impegnata nell'interesse di altri. È caratteristico del giurista classico non enunciare affatto questa ragione perché essa è evidente (per l'esperto): *non utetur exceptione*.

Quando viene data una motivazione, essa è laconica e apodittica: «Se una donna paga il tuo creditore per farti un regalo, non intercede: il Senato non vuole aiutare la donna che è disposta a donare, ma la donna che ha contratto una obbligazione»<sup>25</sup>. In modo dubbio e impreciso si motiva una corposa interpolazione con la debole affermazione empirica secondo cui è più probabile che la donna si obblighi alla cieca piuttosto che donare qualcosa a titolo definitivo<sup>26</sup>: si manifesta così la distanza tra la sicura risoluzione dei classici e lo stile insicuro dell'argomentazione discorsiva del rielaboratore.

Il giudice moderno cercherebbe un principio generale da cui poi trarre la decisione; ad esempio, un interesse

---

<sup>24</sup> Paul. l. s. de intercess. fem. *debitrix mulier a creditore delegata pro eo cui delegata est promisit: non utetur exceptione*. Sul punto ora MEDICUS, *Zur Gesch. d. SC Vellaeorum* (Köln/Graz 1957), p. 39; 31.

<sup>25</sup> D. 16.1.4.1 i. f. Ulp. 29 ed. *Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit: senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti ...*; sul punto MEDICUS, *op. cit.*, p. 42 ss.

<sup>26</sup> *hoc ideo quia facilius se mulier obligat quam alicui donat.*

personale è rilevante solo nella misura in cui la volontà di garantire non sia emersa esplicitamente. Presenterebbe sempre anche una decisione spontanea *ex post* come susunzione sotto un principio fisso della giurisprudenza; è caratteristico di tale esigenza che le nuove pronunce della Suprema Corte abbiano la (non incontrastata) tendenza a redigere la *ratio* della loro decisione (e non solo questa!) sotto forma di princípi guida generali.

Altro schema: chi ha nominato un dipendente (ad es. un direttore di filiale) risponde degli obblighi suoi e di quello con una *actio institoria*. Tuttavia, secondo l'interpretazione consolidata dell'editto pretorio, chi lo abbia escluso con una affissione pubblica (*proscribere palam*) non è responsabile. Ulpiano spiega in dettaglio quando ciò avvenisse effettivamente in D. 14.3.11.3 ss.:

«affiggere pubblicamente» significa: in scrittura chiara, che si possa leggere subito, e davanti all'osteria o alla bottega; non di nascosto, ma in un luogo sgombro. In lettere greche o latine? Apparentemente secondo le condizioni locali, in modo che nessuno «possa invocare l'ignoranza di quanto è scritto»<sup>27</sup>.

Naturalmente, se qualcuno afferma di non saper leggere o di non aver prestato attenzione all'avviso, mentre il pubblico lo aveva letto, allora non si dovrebbe ascoltarlo. – Ma deve essere appeso in modo durevole ... quindi se il titolare dell'attività l'avesse affisso e un terzo l'avesse rimosso, o se gli agenti atmosferici o la pioggia lo avessero reso indistinto o del tutto illeggibile, la responsabilità sarebbe stata del proponente.

Il giurista moderno nota che i problemi di Ulpiano sono identici a quelli attuali dell'esclusione di responsabilità

---

<sup>27</sup> *causari possit ignorantiam litterarum*. Poiché entrambe le lingue, quella latina e quella greca, sono scritte in alfabeti diversi, ciò comporta allo stesso tempo l'ignoranza dell'una o dell'altra *lingua* (e in questo caso in ogni modo: ignorare completamente la lettura dell'una o dell'altra).

mediante preavviso o dell'effetto generale dell'affissione di condizioni negoziali generali, e che Ulpiano, come i moderni, li risolve attraverso quella che chiamiamo la tutela della aspettativa legittima: egli, come noi, non si basa sull'ignoranza, ma sulla ragionevolezza della conoscenza. Ma è ancora significativo che Ulpiano possa fare completamente a meno dell'esplicita ponderazione degli interessi, che oggi sarebbe considerata necessaria dalla più concisa presa di posizione; essa è evidente sia a lui che al lettore.

Per il giurista, l'analogia è un veicolo per la percezione spontanea: l'associazione ordinata che conduce all'idea giuridica comune attraverso la presentazione intuitiva di casi correlati<sup>28</sup>.

Queste associazioni dominano sia lo stile delle leggi più antiche sia, soprattutto, la loro interpretazione giuridica. Un semplice esempio è il danno indiretto alla proprietà: qualcuno mette in gabbia un animale in modo che muoia di fame. Per i moderni la responsabilità (civile) del carnefice deriva dall'aver provocato (in modo adeguato) la morte dell'animale. D'altra parte, quando la *lex Aquilia* descriveva il danno ai beni con gli antichi termini *frangere*, *rumpere*, *urere* (ossia: 'spezzare, rompere, bruciare'), essa comprendeva solo le vie causali, che si presentavano come una visione senza vincoli degli atti diretti di distruzione. In altri atti dannosi, come lasciar morire di fame, spingere animali in un baratro, offrire loro foraggi velenosi (cioè «lasciarli mangiare»<sup>29</sup>), l'interpretazione più antica non ha rinvenuto

---

<sup>28</sup> Cfr. p. 109; in maniera meno certa anche alla nt. 17 (ndr: i riferimenti non sono presenti in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto).

<sup>29</sup> Nel caso dell'uccisione di schiavi del primo capitolo della *lex Aquilia*, la giurisprudenza ha riassunto tali atti indiretti di uccisione sotto il concetto ampiamente generalizzato di *mortis causam praestare* (in contrasto con *occidere* dell'antica legge): molto caratteristico dell'avanzato modo di pensare della successiva giurisprudenza in relazione alla prima legislazione popolare.

alcun atto diretto di distruzione e quindi ha negato l'*actio legis Aquiliae*. La giurisprudenza romana ha superato presto questo limite non andando oltre la concessione di speciali formule *ad exemplum legis Aquiliae*<sup>30</sup>. Anche il giurista classico Proculo avrebbe lasciato del tutto sprovvisti di azione certi casi di danni indiretti ai beni.

Ma anche la innovazione assume la forma esteriore di una disposizione *ad exemplum*. Le cosiddette azioni adiettizie contro il mandante di un dipendente o l'armatore di un capitano (p. 110)\* avevano assecondato un'esigenza pratica; il principio più generale della responsabilità del finanziatore per le operazioni del rappresentante indiretto di interessi era ancora estraneo al diritto classico. In caso di rappresentanza non apparente, l'acquirente, più o meno come oggi, non poteva appellarsi a chi stesse dietro al venditore, anche se quest'ultimo era il procuratore generale (*procurator omnium bonorum*); inoltre, la rappresentanza diretta è del tutto estranea al diritto romano. Probabilmente Papiniano è stato il primo a scoprire dietro la responsabilità adiettizia dell'editto il principio generale della responsabilità del titolare dell'attività per (e insieme al-) le persone libere da lui autorizzate, e nel caso (importantissimo nella prassi) del *procurator omnium bonorum* con un'*actio ad exemplum institoriae*, segnando una svolta<sup>31</sup>. Attraverso questa analogia (forse predisposta da Giu-

---

<sup>30</sup> Su questo tipo di formula si veda *supra* p. 111 (nдр: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.).

\* Nдр: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>31</sup> D. 19.1.13.25 Ulp. 32 ed: *Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an [domino vel] adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit.[Ergo et per contrarium dicendum*

liano), sia la rappresentanza diretta che quella indiretta si collocarono in un ampio campo e si conseguì un traguardo che solo successivamente la giurisprudenza odierna avrebbe padroneggiato con riguardo alla rappresentanza degli interessi. Si potrebbe parlare di un «gloriosa pagina papiniana» (E. Rabel).

## Collasso

I vantaggi di questa alta forma di arte giuridica sono evidenti: sono l'elasticità e la raffinatezza, consentite dalla libertà dal concetto generale e dall'astrazione. La sua debolezza intrinseca è meno evidente. La sua fattibilità era legata molto più strettamente al funzionamento del suo modo di vivere che non all'astratto diritto scolastico di una scienza giuridica universalmente valida. E così il destino futuro di questa raffinata arte giuridica fu deciso presto: quando il diritto romano non ebbe più una comunità romana, essa iniziò a perdere terreno nel tardo Impero. Laddove il suo stile elegante e preciso incontrava la vita popolare e giuridica non romana, specialmente nella parte orientale dell'Impero, doveva essere percepito come uno strumento di spietato disprezzo per il proprio modo di vivere. Questo conflitto divenne manifesto e insanabile quando, dopo aver concesso la cittadinanza a tutta la popolazione dell'Impero, i regnanti dovettero iniziare ad applicare ai sudditi il diritto privato romano. Ciò spiega soprattutto il rapido crollo della giurisprudenza a partire dalla metà del III secolo. In breve tempo non ci fu più il

---

*est utilem ex empto actionem domino competere*]. La decisione: *l'actio utilis adversus dominum* è da attribuire a Papiniano. Le parole tra parentesi con il reclamo dell'imprenditore, invece, non devono essere ritenute attendibili; cfr., da ultimo, KASER, *RömPriv. Recht I* (1955), p. 508 e nt. 26, con ulteriori prove.

giurista di tipo romano antico, ma solo la sua eredità: il formidabile materiale didattico della letteratura classica.

La ragione esterna del declino fu che in questo secolo catastrofico, insieme all'integrità tecnica dell'amministrazione imperiale e alla continuità delle alte cariche imperiali, scomparve totalmente anche il luogo di lavoro della giurisprudenza tardo classica; un primo simbolo di ciò è la fine violenta di noti giuristi come Papiniano e Ulpiano, a capo del più alto servizio imperiale. Il loro ultimo campo di lavoro fu l'ufficio rescrittore *a libellis*, che fu unito da Costantino con l'ufficio *ab epistulis* e, di conseguenza, occupato da scrivani. Alla eliminazione dell'arte giuridica in età tardoclassica risposero ben presto nuove tendenze: una profonda rivoluzione nella legislazione imperiale, un'influenza (non illimitata) del cristianesimo, dei 'diritti popolari' dell'antico Oriente e delle province ellenistiche, poi una volgarizzazione espressiva della depressione culturale generale (p. 232 ss.)\*. Ormai l'eredità letteraria dei classici era mera amministrazione; essa divenne un'autorità interiormente estranea ma insuperabile (p. 251 ss.)\*.

L'Occidente tardo, ove il governo centrale crollò per sempre, cercò una via d'uscita modesta e poco pretenziosa da questa situazione confusa attraverso una spietata semplificazione. Riassunse in brevi manuali, raccolte, parafrasi scolastiche e commenti senza pretese ciò che gli era ancora accessibile e comprensibile tra le grandi rovine. Ciò corrispondeva qui non solo a una volgarizzazione molto più radicale, ma anche al trasferimento definitivo dei compiti del giurista specialista all'intellettuale grammaticalmente e retoricamente preparato. In Oriente, invece, la crisi dell'organizzazione dell'Impero lasciò intatto

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

anche il sistema di formazione giuridica specializzata; le scuole di diritto statale di Berito e Costantinopoli divennero ora i laboratori centrali di una giurisprudenza altamente sviluppata. Qui la letteratura giuridica classica era oggetto di lezioni di docenti di diritto, dipendenti statali con stipendio fisso; iniziò una separazione tra teoria giuridica e prassi giuridica che continua ancora oggi. Da questo momento in poi, attraverso le facoltà di diritto medioevale e comune, il diritto romano sarebbe stato oggetto costante di studio accademico.

Questa connessione è piacevolmente visibile anche nelle piccole caratteristiche del sistema scolastico di Berito, che – nonostante punti di partenza fundamentalmente diversi – anticipano la vita esterna e il *Pennalismus* dell'Università medioevale: contratti di insegnamento e corporazioni stabili; scherzi con i giovani esordienti e soprannomi per i singoli semestri di studio, assiduità scolastica e usi peculiari. Lo stile dell'epoca glorificava le dinastie ereditarie di professori come «maestri del mondo»<sup>32</sup> e corifei; l'epigono lo commemora con il rispetto di *Famulus Wagner*. Completano il quadro un corso di laurea quadriennale rigidamente regolamentato, basato sulla letteratura canonicamente determinata e seguito dal rilascio del certificato di docente di diritto (p. 271 ss. \*; cfr. p. 266 s. \*).

---

<sup>32</sup> διδάσκαλοι τῆς οἰκουμένης, per quanto occorra, però, tener conto dello stile sociale esagerato di questa epoca 'bizantina', anche in senso convenzionale. In particolare, anche quella parola ἥρωσ a indicare insegnanti di diritto deceduti non è altro che la designazione corretta in quell'epoca per un defunto onorevole (la X 'benedetta'; 'una volta X'). Sulla scuola di Berito, per tutti, COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth* (Paris 1925).

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

Gli effetti di questo periodo di fioritura scolastica sulla tradizione dei testi giuridici classici sono valutati in modo diverso. Una visione probabilmente ancora predominante cerca soprattutto le tracce che l'insegnamento ha lasciato negli stessi testi classici. Essa presuppone che, a seguito delle lezioni, si siano insinuati nei testi un gran numero di parafrasi, sunti, regole, generalizzazioni e innovazioni sistematiche, mentre d'altra parte la scuola avrebbe portato all'apice una casistica, non più basata sulla pratica, con casi di scuola, problemi e distinzioni. Gli strumenti logici della scolarizzazione tardoantica, *quaestio* e *solutio*, *summa* e *divisio*, *distinctio* e *subdistinctio*, emergeranno poi ovunque nei testi del *Corpus Iuris*; si è potuto dimostrare che essi furono particolarmente efficaci nell'assimilare il *Corpus* attraverso l'insegnamento medievale basato sulle stesse figure scolastiche.

L'entità di queste modifiche testuali non è ovviamente certa, perché le condizioni tecniche di trasmissione e la progressiva equiparazione degli scritti giuridici con il diritto imperiale (p. 258 s.) \* rendono discutibile fino a che punto gli interventi nei testi fossero ancora consentiti<sup>33</sup>. Tuttavia, questa discussione non intacca la fama duratura della scuola giuridica pregiustiniana: il fatto che essa non solo ha salvaguardato la tradizione intellettualmente e fisicamente in pericolo dei giuristi classici, ma ha anche creato una base didattica praticabile in primo luogo attraverso la selezione indipendente da grandi masse di materiale; il fatto che alla fine ha esaminato scientificamente di nuovo l'intero materiale, lo ha armonizzato e lo ha trasformato in un edificio didattico comprensibile. Grazie a

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>33</sup> Sul punto ora diffusamente WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (Göttingen 1960), part. p. 33 ss.

questo merito, gli studiosi pregiustiniani possono essere equiparati alla giurisprudenza bolognese.

Quindi è diventato compito storico della scuola giuridica racchiudere la parola viva del giurista classico in un libro dotato di autorità, ossia nella forma in cui solo l'Europa ha accolto e risvegliato lo spirito un tempo vibrante dell'antichità. La sua opera è il Digesto di Giustiniano, su cui si basa tutta la grande influenza dei giuristi romani in Europa. La grande codificazione di Giustiniano sarebbe inconcepibile senza il panorama teorico recuperato da questi studiosi; oggi pensiamo addirittura di vedere quanto il loro insegnamento abbia contribuito a determinare la struttura esterna del Digesto (p. 276)\*. Solo attraverso di loro l'Europa ha potuto accogliere l'opera del giurista romano, privo delle sue precedenti condizioni, come materiale formativo ed educativo universale. E in tal modo essi detengono anche la chiave della peculiare effettività del diritto romano in Occidente, cosa che per la maggior parte dei nuovi popoli ha reso il loro pensiero oggetto di conoscenza giuridica, invece delle loro stesse vite, e in definitiva una giurisprudenza.

\*\*\*

Cosa si può dire in conclusione del giurista romano oggi? È la quintessenza dell'ideale senza tempo del giurista, come avrebbero potuto pensare i nostri nonni e i nostri padri? Piuttosto, è l'incarnazione più pura dell'arte giuridica creativa in una grande entità passata: la sua imitazione sarebbe impossibile, e, in quanto esterna, nemmeno desiderabile. Ma anche così ci rivolge ancora la sua parola vibrante sulle condizioni di una grande creazione

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

giuridica: sulle forze vincolanti della tradizione, sul potere soffocante della singola prestazione spontanea, sulla libertà intellettuale che l'unione di questi due tratti ha infine creato. Quindi, per molti aspetti, ha più da dirci di un presunto diritto romano che include molte nostre incomprensioni, sorti e attività. Con un peculiare paradosso, ci insegna esattamente ciò che l'inclusione del diritto romano nelle nostre vite ha compromesso o sepolto.

È stata proprio l'assimilazione del diritto romano da parte dell'assolutismo europeo che spesso ha danneggiato le condizioni in cui avrebbe potuto sorgere un'arte giuridica pratica della stessa portata. La recezione del diritto romano ha spesso reciso le radici di una giurisprudenza continentale pratica e indipendente, sottoponendo anche l'amministrazione della giustizia al governo delle facoltà giuridiche romanistiche. Gli ulteriori percorsi della giurisprudenza europea rivolti al concetto e al sistema hanno portato ancora più lontano dall'immagine del professionista creativo. La prima vera giurisprudenza in Europa, il tardo diritto naturale, cercò troppo appassionatamente la legge naturale della giustizia per porre il grande pratico al di sopra della norma giusta; gli illustri Pandettisti del secolo scorso erano troppo classicisti per essere considerati dei classici di una propria prassi. Così il rapporto più stretto con lo spirito dei giuristi romani non lo troviamo nelle grandi opere della scienza giuridica, ma nel giudice, un tempo e oggi, dovunque la sua arte e il suo giudizio siano padroni e non servitori del concetto e della scienza.

# L'EUROPA E IL DIRITTO ROMANO \*

## Immersione e persistenza

### Punti di partenza

Il sottotitolo di questa indagine esprime la rappresentazione di Goethe, secondo la quale il diritto romano è «come un'anatra» che di tanto in tanto si nasconde, ma riappare sempre in superficie. Il significato di questa immagine lapidaria e ilare può essere solo che ciò che in apparenza scompare e ricompare era in realtà sempre presente, diventando invisibile solo di volta in volta. In effetti, il diritto romano ha sempre vissuto in questo modo in Occidente. Ben oltre l'ambito della giurisprudenza tecnica, esso ha educato, trasformato, portato a sé l'etica e lo Stato, anzi la stessa società europea. È forse il meno amabile, il meno appagante per la '*ästhetische Kultur*', ma anche il documento più potente della meravigliosa sopravvivenza dell'antichità nel nostro mondo.

Ma un tema così generale ha lo svantaggio di sollecitare una sintesi proprio in un momento in cui tutti noi siamo debitori di visioni veramente nuove verso il laboratorio medievale della società europea della ricerca del det-

---

\* Queste parole sono mutate dal titolo felicemente scelto dell'opera significativa e avvincente di Koschaker; con ciò, però, non si vuole esprimere una piena concordanza con le sue argomentazioni; cfr. *Gnomon* 21 (1949), p. 187 ss.

taglio, una ricerca del dettaglio che oggi, forse nel contesto dell'autodeterminazione del nostro continente, è più fiorente che mai. Con lo sviluppo della ricerca del dettaglio, la prospettiva degli effetti del diritto romano in Occidente allo stesso tempo si è spostata. Se si osa ridurre il senso di questo movimento prospettico a poche formule, queste sono:

1. Il passaggio dall'ecumene tardoantica al classico del XII secolo, nel quale si sono di nuovo consolidati lo spirito e la società dell'Europa, è stato interpretato dalla vecchia concezione della storia essenzialmente nel senso di una 'teoria della catastrofe'. Sia che lo si celebrasse nella concezione romantica della storia del Nord come rifondazione creativa da parte dei Franchi, sia che ci si lamentasse con il classicismo del Sud delle distruzioni delle invasioni barbariche, è sempre stata valida la formula secolarizzata universale 'Antico-Medioevo-Moderno', nella quale il passaggio dalla tarda antichità al diritto medievale appariva come un cataclisma. Ma allora la ricomparsa di elementi tardo-antichi, come il *Corpus Iuris* giustiniano e la tradizione della scuola orientale di diritto nell'Alto Medioevo, doveva essere necessariamente interpretata come un processo di rinascita. A partire da Savigny, si è dato risalto all'ascesa di Bologna come risveglio degli studi classici, nei quali lo spirito europeo ha visto tante volte il modello della sua vita; e in un'impronta negativa, per il germanista, ciò divenne di conseguenza un'irruzione non autorizzata del Sud nell'autarchia del Nord.

Nuove esperienze hanno indebolito e infine dissolto questo schema universale delle epoche. Quanto più attentamente si scrutava, tanto prima si dovevano fissare nuove rinascite, da quella del XII secolo a ritroso fino a quella carolingia. Così, nel corso del tempo, ci si è un po' stancati di quei proto-rinascimenti sempre più precoci che, giunti al limite della tarda antichità, hanno in conclusione eliminato il concetto stesso, e si è tornati alla verità antica e

rinnovata: l'unità e la continuità dell'ecumene mediterraneo-occidentale, nata nell'Egeo; un'unica individuazione storico-mondiale, con terribili oscillazioni, la più grande delle quali è stato lo spostamento del centro di gravità dal Mediterraneo all'Europa atlantica occidentale e centrale, provocato dell'Islam con la scissione dell'ecumene.

Se questo nuovo approccio si rivelò subito fecondo in molti ambiti dello sviluppo intellettuale del Medioevo, il *ius civile* in Europa vi si oppose più a lungo a causa della resistenza della cesura bolognese. Come reazione ai 'somnia Fittingiana' (Mommsen), cioè a una teoria della continuità non sufficientemente motivata, l'immagine di Savigny nella 'Storia del diritto romano nel Medioevo' si è affermata per lungo tempo. Ma finalmente anche in questo caso divenne evidente che il diritto romano, al di là delle sue sempre vive forme volgari (p. 235 s.)<sup>\*</sup>, come orizzonte generale di un'idea giuridica comune e ultima autorità positiva, scomparve dall'Alto Medioevo appena per un momento. Le ricerche di Kantorowicz, Kuttner, Calasso, Ullman<sup>1</sup> – per citarne solo alcune – hanno sempre più indebolito la cesura di Bologna, baluardo più potente della teoria della rinascita. Oggi la distinzione tra *ius civile* 'bolognese' e 'prebolognese' è diventata sempre più difficile.

2. La nuova prospettiva ha comportato anche una diversa valutazione della natura degli effetti del diritto romano in Occidente. Fino ad allora la ricomparsa del *ius civile* in Italia era stata interpretata come una rinascita, in tutti gli altri paesi europei, dalla Spagna alla Scozia e alla

---

<sup>\*</sup> Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>1</sup> In particolare: KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law* (Cambridge 1938); KUTTNER, *Zur neuesten Glossatorenforschung*, in SDHI 6 (1940), p. 275 ss.; CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (1951); ULLMANN, *The Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna* (London 1946).

Scandinavia, come recezione, cioè come arrivo di un qualcosa di nuovo, estraneo. La nuova prospettiva ha contribuito a minare anche questa considerazione. Nella continuità storica dell'*orbis terrarum* mediterraneo-occidentale non c'era più alcuno spazio reale per la lotta di un nativo con uno straniero, romano, piuttosto solo per le crisi interiori, che in verità sono fasi evolutive della stessa individuazione, cioè espressione dell'autorealizzazione dello spirito europeo. Se il diritto romano fu vittorioso in un campo e sconfitto in un altro, si trattava ugualmente di decisioni sulla natura dell'"autorealizzazione". Infine, una decisione anglosassone-scandinava contro il *ius civile* 'bolognese' si contrappose all'opzione continentale, in particolare dell'Europa meridionale e centrale, per questo *ius commune*.

Due esempi possono mostrare il cambiamento di atteggiamento. La ricerca spagnola mostra una crescente tendenza ad accogliere uno sviluppo spagnolo autonomo piuttosto che una drammatica lotta tra i *fueros* visigoto-germanici e il diritto romano. In Germania la rivalutazione della recezione si è ridotta alla formula (linguisticamente poco attraente) della 'scientifizzazione'<sup>2</sup>, formula questa generalmente accettata (nonostante alcune giustificate riserve<sup>3</sup>).

Con ciò, però, è venuto meno anche un vecchio restringimento di vedute sul tema classico della recezione, sul diritto privato tecnico in quanto tale. Di crescente interesse fu la stessa *forma mentis*, che si esprime nel rapporto tra Europa e diritto romano: la storia dell'apprendimento e dell'insegnamento, le nuove tecniche di forma-

---

<sup>2</sup> Così, in particolare, WIEACKER, *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit*, part. p. 66 ss., 128 ss.

<sup>3</sup> Cfr. KUNKEL, SZ 71, p. 529 nt. 41, contro la sottovalutazione dei mutamenti materiali delle istituzioni per effetto della recezione del diritto romano.

zione elitaria e di governo razionale, che determinarono la comparsa delle Pandette in Europa<sup>4</sup>. Ne è conseguita oggi un'importante attualizzazione del diritto romano per la nostra comprensione. Il diritto romano in Europa non è più solo materia dei romanisti, ma di tutti gli storici, in particolare degli storici della filosofia, della cultura e della costituzione, ma anche degli stessi storici sociali.

3. La nuova prospettiva permette anche di comprendere meglio la polarità implicita nel sottotema dell'«immersione e persistenza». Il cammino del diritto romano in Europa significò un'appropriazione sempre nuova e ogni volta più profonda dello spirito antico: il diritto romano dei Glossatori, quello degli Umanisti, della Scuola storica e della moderna storia del diritto costituivano di volta in volta rappresentazioni nuove e più fedeli dello stesso diritto romano. Ma allo stesso tempo queste tappe della conoscenza sono anche fasi di una sempre più compiuta autorealizzazione della giurisprudenza europea e quindi fasi di crescente emancipazione dall'antichità: prima dall'autorità della lettera giustiniana, poi dall'autorità umanistica della parola antica, infine, dall'autorità culturale del passato romano. Questo è l'alto prezzo che la giurisprudenza ha pagato per passare dall'esegesi analitica, tematica e casistica all'assioma, sistema e concetto della moderna scienza giuridica.

Il ritmo del riavvicinamento e dell'allontanamento risiede nella legge della nascita dell'Europa da una cultura antica. Domina quindi anche l'arte, la letteratura e la filosofia occidentali: attestazione dell'unità interiore dello spirito europeo. Questa ascesa sempre più elevata delle grandi stelle oltre l'orizzonte, sempre più lontana dai contatti vitali e materiali con la tarda antichità, ricorda la

---

<sup>4</sup> Nella letteratura tedesca, in particolare, introdotta da KOSCHAKER, *Europa u. d. römische Recht*, p. 161 ss.

migliore comprensione dei padri attraverso il figlio divenuto maggiorenne.

Nella successiva caratterizzazione stilistica dei tre incontri epocali dell'Europa con la tradizione romana<sup>5</sup> (l'ascesa della scienza bolognese, l'elegante giurisprudenza umanistica di Francia e Paesi Bassi, la Scuola storica di Savigny e la cosiddetta Pandettistica), si prescinde dai dati esteriori della storia del diritto e ci si concentra sui processi di sviluppo strutturale dello spirito e della società: essi non sono semplici epifenomeni dei processi pragmatici, ma espressione della vera storia dello 'spirito oggettivo'. Sono dunque i simboli metodologici specifici e la formazione delle *élites* professionali delle epoche di cui dobbiamo occuparci<sup>6</sup>.

## Bologna

Molti aspetti decisivi del fenomeno bolognese sono stati oggi chiariti e messi in relazione con il movimento scientifico più generale del «Rinascimento del XII secolo»<sup>7</sup>. Ciò vale in particolare per l'attribuzione dell'autorità e l'intellettualismo logico dei Glossatori. È stato anche sot-

---

<sup>5</sup> Sulla caratterizzazione di questi periodi diffusamente *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit*, p. 9 ss.

<sup>6</sup> Sui problemi materiali della recezione, che qui sono interpretati secondo la visione più recente come fenomeni secondari della formazione del giurista europeo, cfr. *Privatrechtsgesch. d. N.*, p. 67 ss.; p. 118 ss. (con particolareggiate indicazioni bibliografiche); WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgesch. im Rahmen d. europ. Rechtsentwickl.* (1954), p. 56 ss.; a entrambi particolarmente favorevole KUNKEL SZ 71, p. 520 ss. Panoramica in *Gründer u. Bewahrer*, p. 1 ss.

<sup>7</sup> Nella versione dell'omonimo lavoro di HASKINS (Cambridge [Mass] 1947); sul suo significato per l'instaurarsi della scienza giuridica in particolare KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, p. 60 ss.; altra letteratura in *Privatrechtsgesch. d. N.*, p. 26 nt. 1.

tolineato, giustamente, ciò che era la novità specifica della fondazione della scienza bolognese: il trasferimento delle figure del trivio tardoellenistico, cioè della esegesi grammaticale e della logica dialettica, su un materiale di inaudita importanza spirituale, cioè sul *Corpus Iuris*, in particolare sulle Pandette. Da tempo sono state riviste anche le condizioni politiche dell'esistenza di Bologna e le sue immense ripercussioni sulla teoria politica e sulla realtà sociale dell'Europa futura. Nel nostro contesto, ci soffermiamo in particolare sulla protostoria spirituale di Bologna: il suo legame con il mondo dell'istruzione altomedievale, creato dall'Università, e la formazione dell'*élite* intellettuale europea, nella misura in cui essa intervenne direttamente nella vita pubblica.

La formazione della classe dei letterati in Europa era legata alla scuola ellenistica della tarda antichità. La tradizione del trivio non si estinse mai in nessun luogo; il quadrivio, e con esso un'istruzione tecnica più specializzata, era sopravvissuto almeno nei centri intellettuali dell'Impero franco e in Italia, soprattutto nelle scuole cattedrali. Anche i funzionari della vita pubblica, cioè i giuristi attivi prima della rinascita bolognese, godevano solo di questa formazione. Il risalente antefatto di questo fenomeno fu la scomparsa dei giuristi dalla cancelleria costantiniana; una conseguenza del crollo della giurisprudenza classica (p. 156) \*. Dopo Costantino le funzioni del giurista nella legislazione, nella magistratura e nell'amministrazione passarono, per sempre nell'Impero di Occidente, all'uomo di lettere; nell'acquisizione dell'antico programma formativo da parte della chiesa i letterati furono assistiti dal clero. Se tra Visigoti, Ostrogoti e primi Merovingi i letterati laici rivestirono il ruolo principale nell'insegnamento, nella Francia del periodo successivo e tra gli anglosassoni il clero ne ottenne il monopolio.

---

\* Ndr: il riferimento in questo volume è a p. 93.

Il vecchio programma didattico rimase invariato. La formazione dei funzionari pubblici non si svolse nelle scuole tecniche, ma attraverso il trivio: la grammatica garantì l'ermeneutica dei testi autorevoli, la retorica le presentazioni pubbliche dei fatti, la dialettica l'argomentazione logica in teologia, filosofia e giurisprudenza, nella quale tutta la scienza fece progressi. Da questo punto di vista non cambiò nulla: a partire dal grammatico che commentò Gaio intorno al 400 ad Autun, o dal retore che istruì il *patronus* nella *Consultatio* intorno al 500, per poi passare alle scuole del VI secolo con Gregorio di Tours, nelle quali si apprendevano «oltre a Virgilio, le *leges Theodosianae*» (cfr. p. 271 nt. 21)\*, infine, a Isidoro di Siviglia<sup>8</sup> e ai formulari merovingi e carolingi fino al sorgere di Bologna.

La novità di Bologna è, da un lato, una 'profanazione' corporativa. *Artes liberales* e istruzione giuridica, soprattutto nel più antico *ius canonicum*, rimasero legate alle scuole presenti delle cattedrali e dei monasteri d'Oltralpe; la Sorbona e Oxford sorsero e rimasero in stretta connessione con il sistema dei benefici ecclesiastici. D'altra parte, come già ebbe a rilevare padre Denifle<sup>9</sup>, l'Università di Bologna nacque dalle esigenze laiche di un comune del nord Italia; per formare i suoi funzionari, *consules*, *sindici*, *defensores* e notai, furono impiegati insegnanti delle *artes liberales* delle comunità e furono raccomandati anche a quelle vicine per lo stesso scopo. Così il primo studio del *ius civile* emerse direttamente da una scuola di tecnici della città. L'insegnamento e le formule notarili del

---

\* Ndr: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto.

<sup>8</sup> Sul suo significato esemplare per l'intera tradizione altomedievale in particolare E.R. CURTIUS, *Latein Lit. u. europ. Mittelalter*<sup>2</sup> (Bern 1953), p. 51 s.; p. 82 s. e altrove.

<sup>9</sup> *Die Entstehung der Universitäten im Mittelalter bis 1400* (1880; Neudruck Graz 1956).

grammatico Irnerio e la famosa glossa *Grammaticos* (a Inst. 1.25.15) testimoniano questa connessione; essi appaiono come sintomo espressivo dell'origine del concetto europeo di stile dallo *stilus curiae*, in paradossale contrasto con tutte le valutazioni stilistiche a partire dall'età del genio moderno, che misurano la realizzazione letteraria non più secondo la convenzione dello *stilus*, ma in maniera originale. Il dolce stil novo del grande poeta e giurista italiano Cino da Pistoia è ancora *stilus* (ossia modo di scrivere), non 'stile' del sentire interiore. Una seconda, sorprendente testimonianza è l'origine della parola tedesca 'dichten': da *dictare*, ovvero l'espressione scritta appresa nell'*ars dictandi* per scopi documentaristici e per altri scopi pratici.

Accanto al *clericus*, che a nord delle Alpi aveva il monopolio pratico di tutte le funzioni statali per le quali erano richiesti il discorso tecnico, l'accurata espressione letteraria e gestione degli atti, accanto a questo strato, si affacciava ora una seconda *élite* intellettuale laica, quella di coloro che studiavano il *ius civile*. Il loro differenziarsi dal clero è favorito e accentuato dal temporaneo effettivo divieto dello studio del *ius civile*, almeno per il ceto religioso<sup>10</sup>. Così come la canonistica creò la 'Chiesa giuridica' a partire dalla fine dell'XI secolo, la nuova *élite* dell'Europa occidentale e centrale creò lo Stato giuridico dell'età moderna, razionalizzando il governo, l'amministrazione e la magistratura.

La seconda premessa di Bologna è la scoperta intellettuale del *Corpus Iuris*. La formazione del trivio delle *artes liberales* si fondava su un gruppo fisso di scritture antiche: la grammatica, strettamente connessa con l'*ars dictandi*, e l'abile uso retorico della lingua nella parola e nella scrittura si basavano su autori di scuola antica come Virgilio,

---

<sup>10</sup> KUTTNER, *Festschr. Martin Wolff* (1952), p. 79 ss.; E. GENZMER, *Europa e il diritto romano, Mem. Koschaker I* (Mailand 1953), p. 302 ss.; *Conferenze romanistiche Trieste 1954* (Mailand 1960), p. 127 e nt. 14; p. 151 nt. 72.

Lucano e Stazio e pubblicazioni specialistiche (compresi i *Topica* di Cicerone e il loro commento di Boezio, nonché il più antico Aristotele latino). Ma già all'interno dell'avviamento alle arti l'istruzione dei futuri giuristi tendeva naturalmente ad applicare alle scarse fonti giuridiche le semplici figure scolastiche della glossa grammaticale, dell'esegesi, della concordanza e della distinzione. Naturalmente ciò include anche il repertorio delle formule, indispensabile per l'ufficio notarile e che ha unito le funzioni del letterato e della giurisprudenza negoziale fino al tardo Medioevo, dimostrando così il legame permanente tra giurisprudenza e formazione letteraria. Ma accanto ci sono anche fonti giuridiche. La letteratura prebolognese, che ha resistito all'esame di Kantorowicz, mostra regolarmente una certa conoscenza dell'*Epitome Iuliani*, delle Istituzioni giustiniane e di gran parte del Codice del diritto longobardo e dei capitoli italiani. Inoltre, dalla fine del decimo secolo è poco noto il cuore della codificazione giustiniana, lo stesso Digesto<sup>11</sup>. Queste opere provengono spesso da 'artisti', non da chierici, e in questo senso rendono chiara la laicità e l'indipendenza delle radici della giurisprudenza bolognese.

Al contrario, la metodica inclusione del Digesto segna l'emergere della giurisprudenza come studio continuo del *ius civile*. Come le altre 'rinascite' del dodicesimo secolo, quella teologica e quella filosofica, anche questa giuridica era legata al rientro nella coscienza scientifica dell'epoca di una nuova antica tradizione. Al suo inizio vi è la creazione della *Vulgata* del Digesto nella Scuola bolognese dei tecnici, cioè la produzione del testo autorevole su cui si costruì la nuova scienza, la quale a sua volta tradisce una più lunga protostoria di sforzi grammaticali e filologici<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Cfr. p. 236 nt. 10 (nдр: il riferimento non è presente in questo volume, in quanto il contributo cui si fa rinvio non è stato tradotto).

<sup>12</sup> Fondamentale KANTOROWICZ, *Die Entstehung der Digestenvulgata* SZ 30, p. 183 ss.; p. 31, 14 ss.

Questa conquista è seguita da vicino, nella prima generazione, dall'applicazione delle antiche usuali figure della grammatica e della 'dialettica' al nuovo testo. I procedimenti logici conducono immediatamente, oltre il singolo testo (*locus*), alla sua classificazione nell'intero contesto testuale; essi portano già alla costruzione di un corpo consistente di insegnamenti, ossia a una dogmatica, non in un sistema esterno, ma in un persistente apparato di glosse. Solo la provenienza dalla precedente formazione tecnica dei giuristi sui testi scolastici tradizionali può spiegare compiutamente perché i Glossatori non sottopongono al tribunale della ragione la correttezza dei testi romani, né li 'comprendano' storicamente, ma anzi li rendano utili per la vita pratica. Per quanto queste idee sarebbero possibili con riguardo agli autori scolastici classici, sono altrettanto poco immaginabili in relazione al Digesto. E questo spiega anche perché l'*organon* stesso del *ius commune* europeo divenne sempre meno il testo sacro delle Pandette e molto più l'autorità secondaria della glossa e, infine, dei *consilia*, che offrivano uno spazio più libero al proprio pensiero.

Nonostante la grande forza dirompente dell'eredità dei giuristi classici, ormai riconquistata, la nuova Facoltà rimane decisamente nello spirito della scuola medievale e proclama così l'unità indistruttibile di questo stesso spirito. In senso più profondo se si guarda all'influenza (o alla mutua interazione) di 'Scolastica' e glosse. Essa si basa sull'applicazione omogenea delle forme fondamentali dell'esegesi riprese dalla tarda antichità, ossia la grammaticale e 'dialettica', cioè quelle basate sulla logica aristotelica nella mediazione di Cicerone e Boezio.

Tale influsso si estende fino a figure molto specializzate: le cinque categorie e le quattro *causae* aristoteliche, i *genera* e le *species*, la *divisio* e la *subdivisio*. Con queste forme la giurisprudenza adottò, nello stesso modo e periodo della teologia e della filosofia (costruite a Chartres),

lo strumentario delle arti liberali. Per tutte e tre le Facoltà si distinguono:

(a) L'autorità assoluta di un testo, che va verificata, non criticata. È tollerabile perché, data l'inesauribile abbondanza di passaggi testuali, ad esempio nel Digesto, e la mancanza di qualsiasi ragione sistematica, ogni *locus* (τόπος) è intercambiabile e quindi è possibile ricavare innumerevoli disposizioni giuridiche pratiche<sup>13</sup>.

(b) La preminenza delle figure analitiche (*causae, distinctio, divisio, subdivisio*) su quelle sintetiche (favorita peraltro dalla casistica romana) costituisce una barriera alla concezione generale e alla formazione di un sistema, la quale da sola avrebbe potuto aprire la strada a una razionalizzazione e quindi a una autonomia intellettuale della scienza giuridica.

(c) Il realismo delle idee, che deduce l'esistenza e la natura degli oggetti empirici attraverso «operazioni dialettiche di una proposizione autoritaria generale sull'esistenza e la natura degli oggetti empirici»<sup>14</sup> (analogamente la scienza attesta anche altri fatti naturali, ad esempio la zoologia, attraverso autorità come Aristotele o Plinio), offusca la visione della realtà sociale: prima ostacolo, poi inaspettato incoraggiamento a un'interpretazione spietatamente teleologica del 'materiale' a fini pratici.

Una panoramica sugli inizi di Bologna dovrà concludersi con un riferimento alla grande distanza di questa prima epoca in particolare dallo spirito della giurisprudenza romana, nonostante il suo contatto diretto con l'ultimo corpo della tradizione tardoantica.

---

<sup>13</sup> Sul punto in modo chiaro COING, *Mem. Koschaker* I, p. 71 ss.

<sup>14</sup> Così esattamente SCHULTE, *Gesch. d. Qu. d. canon. R.* I (1875), p. 95 ss.

## Umanesimo

Nella seconda fase dell'incontro europeo con il diritto romano scientifico, nella giurisprudenza umanistica queste posizioni sono già tutte cambiate. Tale giurisprudenza umanistica, dai critici italiani della Glossa, da Lorenzo Valla e Filelfo ad Alciato, attraverso i loro successori tedeschi all'inizio del XVI secolo fino alla brillante catena degli umanisti francesi, da Budé ai più giovani Gotofredo e Donello, ha lasciato la sua impronta intellettuale su quasi due secoli di incontro europeo con il diritto romano. In considerazione del significato generale dell'epoca e in relazione a una vivace discussione sulla portata dell'Umanesimo per la giurisprudenza, ci limiteremo qui alle questioni fondamentali finora esaminate; in particolare, tralasciamo il problema dell'influenza umanistica sulla recezione del diritto romano nell'Europa settentrionale, ad esempio in Germania.

(a) La giurisprudenza umanistica è sorta dalla contrapposizione tra un'*élite* intellettuale moderna e quella tradizionale. Accanto al clero e agli specialisti delle arti, il giurista bolognese fu l'intellettuale medievale, il cui prestigio poggiava sull'accordo del suo metodo con i principi della spiritualità alto-medievale. Nell'Umanesimo letterario italiano era ormai sorta una nuova *élite* al di fuori dello *studium civile*, che inevitabilmente entrò in conflitto con essi a causa della ribellione contro le autorità scolastiche e contro il monopolio educativo delle classi intellettuali più antiche. Ma questa nuova *élite* è anche portatrice di valutazioni fundamentalmente nuove dell'antica tradizione giuridica.

(b) Non diversamente dalle precedenti, essa attribuisce un'autorità incondizionata alla parola dell'antica 'precultura'. Ma questa autorità parla di un atteggiamento diverso nei confronti della vita. In quanto rivoluzione dei lette-

rati, l'Umanesimo lotta contro le autorità medievali che non si fermavano dinanzi alla 'parola pura' delle fonti. Il culto della vera fonte, che dà inizio a questo movimento spirituale, si esprime criticamente nella protesta contro l'abbandono delle lingue classiche e contro l'applicazione del metodo scolastico alle fonti del diritto romano. Questa critica portò in modo produttivo a nuove scoperte filologiche del tipo di quelle cui aveva condotto in precedenza Bologna. Ma ora che gran parte del materiale giuridico non poteva più essere riscoperto, questa conquista filologica non poteva più toccare la vita interna della giurisprudenza e il suo compito pubblico. L'Umanesimo rimase, quindi, a lungo marginale nella giurisprudenza: i romanisti italiani e tedeschi che adottarono un approccio umanistico continuarono coraggiosamente la tradizione del *mos italicus* nella loro attività pratica.

(c) L'intervento degli umanisti mirava all'insegnamento e alla conoscenza giuridica in maniera più profonda rispetto alla giurisprudenza più antica. Poiché costoro non riconoscevano le autorità, ma volevano verificarle con gli strumenti del trivio, entravano (a parte il loro fondamento nominalistico) in contrasto metafisico con il platonismo del primo Umanesimo: questo vede l'agnizione, l'*anagnorisis* dell'idea nel senso espresso nel dialogo platonico di Menone. Insegnare significava per lui risvegliare nello studente le idee innate del diritto e le sue definizioni più dettagliate e condurlo così dall'empiricamente specifico all'ideale generale. «Devi pensare: *Quot tota doctrina juris sit doctrina rationis quae nobiscum nascitur*», dice, nel senso inteso da Gregor von Heimburg, un manuale di studio umanistico<sup>15</sup>. Anche qui Cicerone diventa un modello: la sua richiesta che la giurisprudenza sia elaborata *ex intima philosophia* e diventi un'*ars*, ossia una scienza meto-

---

<sup>15</sup> Comunicazione e facsimile ora in WIEACKER, *Gründer u. Bewahrer*, p. 99 ss.

dologicamente ordinata, è sempre ben presente all'Umanesimo.

(d) Da questa esigenza, però, l'Umanesimo giuridico è passato a una sistematizzazione autonoma della giurisprudenza, prima anticipazione della forma moderna della scienza che si sarebbe realizzata nel diritto razionale del XVIII secolo e nella scienza pandettistica di quello successivo. La critica degli artefici di sistemi umanistici all'ordinamento giuridico giustiniano non fu altro che il primo attacco alla stessa autorità tardoantica e la prima presa di possesso del regno della giurisprudenza classica. Questa impresa è caratteristica dell'abbandono di interi fondamenti della giurisprudenza più antica, anche se alla fine fallì perché mancava ancora la critica epistemologica su cui si fonda l'idea cartesiana di scienza<sup>16</sup>. I mezzi di formazione del sistema in queste circostanze rimanevano insufficienti; essi persistevano in parte – malgrado tutte le riserve – nelle strane figure analitiche della dialettica scolastica (*causa, circumstantia, genus e species*) che si estraeva ancora dai *Topica* di Cicerone; nella misura in cui presentavano un carattere deduttivo, rimanevano assiomi formali, arbitrari e concetti generali. Infatti, la trasformazione della giurisprudenza in una scienza normativa assiomatica era impossibile prima che l'avanzata del nominalismo europeo fino a Cartesio, attraverso la combinazione di assiomi matematici e induzione empirica, costituisse il concetto di scienza che ha dominato le scienze naturali fino alla soglia del presente; e soprattutto, essa fu impossibile finché la nuova appassionata pratica della giustizia nelle guerre religiose e coloniali non provocò una *metánoia* in cui il pensiero non era più dominato dalla critica dell'autorità e dal bisogno di ordine logico, ma da sconvolgimenti religiosi e politici.

---

<sup>16</sup> Per il seguito *Gründer u. Bew.*, p. 61 ss.

(e) Pertanto, il bilancio del primo Umanesimo rimane tragico. In Italia e in Germania la lotta contro l'autorità letteraria bolognese e gli sforzi sistematici crollarono insieme, anche se non andarono perduti in relazione al generale cambiamento del clima culturale e scientifico che avevano prodotto; questo vale soprattutto per il lavoro antiquario-filologico. L'Umanesimo francese, invece, da tempo preparato dalla *forma mentis* dei transalpini dei secoli XII e XIII, trasse nuova forza a partire dall'inizio del XVI secolo da una sorta di *translatio imperii* del Rinascimento italiano in quel paese: questo Umanesimo giuridico fu l'unico ad avere effetti persistenti, in quanto vi si ebbe un duraturo connubio tra la grande filologia umanistica e la scienza del diritto romano. In poche parole chiave riasumiamo lo specifico apporto degli Eleganti per l'Europa:

– il passaggio alla storicità del diritto romano antico, che si esprime nell'antitribonianesimo di Hotman, nei primi grandi risultati della critica interpolazionistica e, infine, nel passaggio alle fonti pregiustiniane;

– l'affinamento del *mos italicus* verso l'eleganza del pensiero giuridico a cui invano aveva aspirato il vecchio Umanesimo: eleganza che si esprime in una nuova nobiltà del linguaggio così come in una nuova trasparenza dell'argomentazione filologica e giuridica;

– infine, la formazione di un sistema che si modellava sulla stessa materia romana, tipicamente sulle istituzioni, in cui la rivendicazione di metodo della scienza greca riguardo al diritto romano aveva trovato la sua più forte espressione. Questo sistema ha conservato la sua vitalità da Domat a Pothier fino al *Code civil*<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. A.B. SCHWARZ, SZ 42, p. 583.

## Scuola storica

Con ciò, però, già la giurisprudenza elegante getta un ponte verso la Scuola storica del XIX secolo. In effetti, Hugo e Savigny vedevano gli Eleganti francesi come antenati spirituali; questi, per tradizione diretta, influirono anche sulla prima preparazione della Scuola storica nel XVIII secolo attraverso la mediazione degli olandesi<sup>18</sup>. Il programma filologico di quest'ultima è la felice ripresa dei fasti di un Cuiacio o dell'ultimo Gotofredo; per molti aspetti il 'diritto del possesso' di Savigny è più vicino al metodo elegante, ad esempio, di un Donello che a un'indagine veramente storica.

Eppure, tra le due direzioni umanistiche si colloca la lunga epoca della fondazione della scienza giuridica razionale, in cui per la prima volta il diritto romano non fu più protagonista della giurisprudenza. Le fasi decisive del giurisprudenzialismo moderno, da Hobbes a S. Pufendorf fino a Christian Wolff, non emergono più da una nuova comprensione delle fonti romane. Ciononostante anche qui il diritto romano è sempre stato presente, sebbene 'immerso'.

I fondatori del razionalismo giuridico, vale a dire i grandi spagnoli del XVI secolo e Grozio, sono umanisti di prim'ordine. Prima della matematizzazione del diritto naturale, il diritto romano era l'unica base giuridica tra confessioni, popoli e razze che non vacillava e anche adesso restava specificatamente *ius commune*. Il diritto internazionale, come la dottrina generale del diritto di Grozio, è spesso diritto romano umanisticamente interpretato<sup>19</sup>; *exempla antiquitatis*, accanto alla filosofia greco-romana, ai

---

<sup>18</sup> Sul punto, in particolare, VAN OVEN, *Atti Congr. Internaz. di dir. Rom.* II, Bologna (Pavia 1933), p. 271 ss.; GENZMER, *Conferenze* (cfr. *supra* nt. 10), p. 149 ss.

<sup>19</sup> Sul punto: ERIK WOLF, *Gr. Rechtsdenker*<sup>3</sup>, p. 256 s.; VAN OVEN, *Mem. Koschaker* I, p. 273 ss.; GENZMER, (ntt. 19 e 11), p. 147 e 50.

Padri e alla Sacra Scrittura. E non appena il diritto della ragione matematizzato sollevò pretese per una giurisprudenza positiva e per la codificazione, esso fu ancora una volta organizzazione scientifica del materiale romano. Ciò vale tanto per i sistematici francesi quanto per gli allievi di Wolff, Darjes e Nettelbladt, nella cui scuola si formò Suarez.

È vero, però, che la Scuola storica, nel corso dei secoli, dopo il lungo regno del razionalismo giuridico, rinnovò ancora una volta lo stesso diritto romano. Quest'ultima tra le grandi fondazioni umanistiche, dopo Bologna e la Giurisprudenza Elegante, è un fenomeno estremamente complesso. Il suo nucleo è lo sviluppo di una scienza del diritto privato completamente sistematizzata in Germania e, oltre i suoi confini, organizzata concettualmente dagli assiomi fino alle singole clausole. Nel nostro contesto va sottolineato soltanto il suo specifico apporto con riguardo al diritto romano. Esso consiste nell'aver ricollegato una teoria giuridica sistematizzata dal diritto naturale con il diritto romano. Così facendo, però, ha riportato il diritto naturale, la massima potenza giuridica della prima età moderna, al terreno della potente tradizione del *ius commune*; allo stesso tempo, ha restituito al diritto romano, per l'ultima volta, la sua dignità culturale e la sua rilevanza nel mondo della prima rivoluzione industriale. In breve: positivizzazione del diritto naturale; attualizzazione della tradizione romana: questo il bilancio della Scuola storica.

Consideriamo, infine, le specifiche modalità di quest'ultimo ritorno al diritto romano. Esse sono inseparabili dall'atmosfera del classicismo nobile e un po' scialbo che dal 1760 ha preso il posto della ricchezza della spiritualità barocca in Europa. L'eredità romantica della scuola è – secondo una convinzione alla quale non siamo disposti a rinunciare<sup>20</sup> – ridotta; a meno che non sia sbagliato ritene-

---

<sup>20</sup> I rapporti di Savigny e della sua teoria sull'origine del diritto

re che la scoperta della storia sia un contributo romantico. Infatti, sorprendentemente, quest'ultima dogmatica assoluta e statica è stata plasmata allo stesso tempo dallo spirito oggettivo della filologia critica e dalla scoperta della storia. Questo paradosso dovrà essere spiegato nel modo seguente: un certo momento, che non si è più ripetuto, della restaurazione politica e culturale dell'Europa, ha prodotto il nesso creativo tra storia e dogmatica. In seguito, la dogmatica giuridica della Pandettistica e la vera storia giuridica si sono inesorabilmente separate. Fu solo in questa separazione, a partire dal 1880, che gli studi romanistici, divenuti autonomi, superarono per la prima volta la filologia e la critica testuale dei giuristi eleganti.

Anche in questo ultimo contatto diretto della scienza giuridica europea con l'eredità antica si conferma la legge della polarità: alla più profonda penetrazione nell'antichità rispondeva l'emancipazione estrema di uno spirito che si realizzava in piena audacia e al quale quest'ultima indipendenza ha restituito lo sguardo libero sull'antico educatore. La legge è suggellata dall'esperienza più sorprendente: solo l'abbandono totale del *Corpus Iuris* negli ordinamenti giuridici europei contemporanei ha reso possibile l'autonomia della storia del diritto, ha permesso alla sua anabasi alessandrina di penetrare nella profondità della storia giuridica e nell'ampiezza dello spazio antico. Ciò è evidente come da nessuna altra parte in Germania, dove la romanistica moderna è nata pro-

---

con il Romanticismo (nel senso storico-spirituale più stretto) sono costantemente contestati. Contro alcuni di questi, sulla scia di Landsberg, molto risoluta è la precedente edizione di questo libro (Lipsia 1944, ma 1945), p. 269 s., e *Privatrechtsgesch.*, p. 225 s.; in maniera ponderata e nel dettaglio SZ 72, p. 16 s., 21 s.; in maniera affermativa WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgesch. im Rahmen d. europ. Rechtsentwickl.* (1954), p. 148 ss., e KUNKEL, SZ 71, p. 536.

prio negli anni in cui la codificazione del diritto civile era cosa fatta.

## Il diritto romano nel presente

E questa legge ha continuato a vigere fino a oggi. La via successiva della giurisprudenza europea non rientra più nell'ambito del diritto romano. Naturalismo e sociologia giuridica, neokantismo e neohegelismo, fenomenologia e 'rinascita del diritto naturale' forse non hanno nulla in comune se non la completa indifferenza verso il diritto romano. E rispondono con la stessa indifferenza della ricerca storico-giuridica: invischiata in metodi sempre più complicati, sempre più sedotta da una illimitata libertà da ogni obbligo verso gli odierni compiti giuridici, essa sembra negare ogni responsabilità verso il mondo contemporaneo. Si pone allora la domanda, che non è rimasta senza risposta nei vecchi paesi del *ius commune* dall'inizio di questo secolo e che forse interessa più direttamente una cerchia di nuovi lettori umanisti: quale è oggi il significato del diritto romano nella casa dello spirito europeo, ove esso vive, vale a dire nel pensiero giuridico del nostro tempo?

La questione dell'attualità del diritto romano si pone oggi in tutte le sfumature emotive: in Germania con la cupa rassegnazione di Koschaker<sup>21</sup>, che nei tempi della tirannia vide cadere anche questo baluardo della civiltà; in Italia prevalentemente con ottimismo umanistico; in Francia con una decisa svolta verso lo storicismo puro e la sociologia. Seguiamo questo aspetto nel modo più sobrio possibile e chiediamoci a quali condizioni pratiche il

---

<sup>21</sup> Così soprattutto KOSCHAKER, *Europa*, p. 129 ss.; p. 310 e *passim*.

‘diritto romano’ possa ancora essere attuale, cioè un’esperienza viva per il giurista del presente<sup>22</sup>.

(a) Oltre all’immagine moderna e inestinguibile della realtà romana, è morto l’ideale di una propedeutica civile con i mezzi di un’interpretazione convenzionale del *Corpus Iuris*: il diritto romano non è più un diritto naturale europeo. Uno studente potrebbe allontanarsi dalla storia giuridica se una lezione sul ‘diritto privato romano’ fosse più simile alla parte generale del nostro diritto civile che a qualsiasi altra cosa romana.

(b) Si dice che il *Corpus Iuris*, nella sua veste di culla del diritto europeo, è la lingua franca di tutti i giuristi del continente e, in una certa misura, anche dei giuristi anglosassoni e che l’intera comprensione giuridica tra i popoli sia legata al diritto romano: *vinculum quo totus occidens continetur*<sup>23</sup>. Questo è certamente vero, ma in tutti i campi moderni del diritto commerciale e del lavoro, nel diritto penale e nel diritto internazionale, i popoli hanno esigenze e compiti comuni molto più strettamente legati tra loro, come l’antica lingua della Repubblica europea degli studiosi.

(c) A maggior ragione si dirà che la storia di tutto il diritto privato continentale difficilmente può essere compresa senza la conoscenza del diritto romano antico e medievale. Disposizioni giuridiche come quella del § 812 BGB «chi ottiene qualcosa mediante la prestazione di un altro o in qualsiasi altro modo senza motivo giuridico» non possono essere comprese nella loro genesi senza una conoscenza precisa delle premesse romane. Ma v’è di più: la storia giuridica romana è lo strumento più affilato di

---

<sup>22</sup> Per il seguito ‘Aktualisierung’ ecc. (*Mem. Koschaker*), p. 513 ss.

<sup>23</sup> Con le parole del dottorato *ad honorem* di Paul Koschaker (1950).

una critica politico-giuridica, che sola può correggere nel corso dei secoli le incomprensioni di una *interpretatio multiplex*<sup>24</sup>; si pensi alla storia della frase '*periculum est emptoris*'.

(d) L'Umanesimo più attuale dei romanisti di oggi, tuttavia, mi sembra essere una fenomenologia o topologia dei problemi giuridici che trascende il materiale romano. Ciò che vale per il fondamento metodologico del diritto comparato vale anche per il diritto romano. Quest'ultimo non è più per noi una manifestazione giuridica, ma un documento storico; resta però vero che, a causa di particolari condizioni, il diritto privato romano costituisce la più alta testimonianza tecnico-giuridica di tutti i tempi. Ciò non è da intendersi nel senso che i giuristi romani potessero offrirci soluzioni assolutamente valide (come potrebbe farlo il diritto schiavile romano?), ma nel senso che ci offre una formulazione ottimale di problemi senza tempo. Infatti, non esiste diritto che superi la giurisprudenza romana in acutezza di analisi o certezza di intuizione.

L'esigenza di una ricerca comparatistica strutturale o problematica sulla base del diritto romano<sup>25</sup> è forse resa più comprensibile facendo riferimento ad altre eredità dell'antichità. Le nostre arti moderne si sono allontanate più che mai dal canone ellenistico-romano; la logica moderna è altrettanto lontana da quella cosiddetta aristotelica. Ma è stata proprio questa liberazione dalle convenzioni a rendere l'arte greca da Creta a Bisanzio, la filosofia da Anassimandro a Plotino, più viva che mai. In altre pa-

---

<sup>24</sup> Sul punto FEENSTRA, *Interpretatio multiplex. Een beschouwing over de zgn. Crisis van het Romeinse Recht* (Zwolle 1952); HOETINK, *Über anachronistische Begriffsbildung i. d. Rechtsgeschichte* SZ 72, p. 39 ss.; BETTI, *Tijdschr. v. Rechtsgesch.* 15 (1937), p. 137 ss.

<sup>25</sup> Con maggiori argomentazioni in '*Aktualisierung*', p. 523 s.

role: l'Umanesimo dei romanisti di oggi dovrà essere vitale, non convenzionale, perfino più aggressivo, altrimenti non sopravviverà. Allora non sarà meno efficace delle precedenti forme di Umanesimo giuridico. Il diritto romano sarà ancora una volta 'immerso', ma non cesserà di vivere<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Sul punto, in particolare, Gnomon 21 (1949), p. 192 s., ove fondamentalmente si contesta l'idea di Koschaker, secondo cui l'orientamento da lui definito 'neoumanistico' avrebbe compromesso il nesso tra il diritto romano e la coscienza culturale generale mediante un interesse puramente antiquario per quei diritti che non sono passati alla tradizione europea (come il diritto romano arcaico e altri diritti antichi). A ciò si deve rispondere ancora oggi nel seguente modo: da un lato, questa autonomia della storia del diritto non è stata la causa, ma piuttosto la conseguenza dell'allontanamento dello sviluppo giuridico moderno dai contenuti educativi dogmatici (più precisamente, dalla sua appropriazione e assorbimento); dall'altro lato, e soprattutto, senza un'onesta indagine realistica del diritto storico romano non si sarebbero potute trasmettere alla coscienza generale le inesauribili esperienze idealtipiche che il diritto romano 'effettivo' riserva al di là di ogni interpretazione convenzionale-autoritativa.



## **CONTRIBUTI**



Aurelio Arnese

**BREVI OSSERVAZIONI SU  
DISPUTATIO FORI E GIURISPRUDENZA**

Sommario: 1. Formazione e attività dei giuristi e retorica. – 2. Dalla *disputatio fori* al genere letterario e alla metodologia delle *disputationes*.

## 1. Formazione e attività dei giuristi e retorica

In alcuni luoghi dei saggi raccolti nell'opera di Wieacker emerge il tema dell'apporto alla 'scienza giuridica' fornito dalla prassi della *disputatio fori*. A cominciare dall'analisi dedicata, rivolgendo lo sguardo ai suoi tempi, all'assetto degli studi universitari e, più in generale, della formazione giuridica dei giovani professionisti, confrontando la situazione continentale con quella d'Inghilterra, dove la preparazione risultava plasmata dalla pratica. Guardando al passato, anche l'istruzione romana iniziava con l'insegnamento a livello pratico (*audire, disputatio*), almeno sino ai primi anni dell'Impero, a partire dai quali, probabilmente seguendo un modello formativo ellenistico (ἐγκύκλιος παιδεία), un corso istituzionale più teorico venne invece ritenuto preliminare ma presto accompagnato da lezioni impartite da insigni giuristi:

So steht heute dem Universitätsstudium in der kontinentalen Rechtsausbildung gegenüber eine (früher) ausschließlich praktische Unterweisung und Heranbildung des jungen Standes und Berufsgenossen in England. Auch der römische Rechtsunterricht hat fraglos mit der praktischen Assistenz (*audire, disputatio*) begonnen. Erst seit der frühen Kaiserzeit geht dem, vermutlich noch im engeren Anschluß an die hellenistische Allgemeinbildung (*ἐγκύκλιος παιδεία*), ein theoretischer Institutionenkurs voraus; alsbald ist auch sonst vom Lehrvortrag bedeutender Juristen die Rede<sup>1</sup>.

L'*audire*, che segna il momento iniziale ed essenzialmente pratico della formazione dei giovani che entravano a far parte del *consilium* del *iurisconsultus*, grazie alla *disputatio fori* registrava un salto di qualità, poiché il giurista<sup>2</sup>, servendosi di questa, lasciava emergere la *ratio decidendi*:

Die Unterweisung konnte zunächst nur eine praktische sein: die Assistenz (*audire*) des jungen Rechtsbessenen im Konsilium des *Iurisconsultus*; indem ihm der Jurist die Grundsätze seines Handelns darlegte, entwickelte sich daraus die *disputatio fori*. Diese Disputation führt nicht nur zur Kontroverse, die eine Analyse der Grundsätze erfordert, sondern vor allem zur Aufdeckung der *ratio decidendi* – obwohl sich der Jurist bis in die klassische Zeit vorbehält, sein *Responsum* nach außen ohne Begründung, allein aus seiner *auctoritas*, zu erteilen<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> È quanto si legge nel primo saggio, *Römertum und römisches Recht*, pp. 8-9. V. *supra* pp. 42-43.

<sup>2</sup> Sebbene, sin dall'età classica, si fosse riservato la prerogativa di dare il suo *responsum* fondandolo esclusivamente sulla propria *auctoritas* e quindi senza manifestare le ragioni che lo giustificassero, tiene a precisare Wieacker.

<sup>3</sup> Il passo è contenuto nel quinto saggio, *Der römische Jurist*, pp. 139-140. V. *supra* p. 70.

*Disputatio*, lo si sa, nel linguaggio giuridico, non sempre e non necessariamente indica una controversia giudiziaria<sup>4</sup>. La stessa portata semantica del vocabolo ne fa però trasparire innanzitutto l'appartenenza al mondo della retorica<sup>5</sup>. Così il discorso di Wieacker si allarga inevitabilmente alla più ampia questione del rapporto tra retorica e diritto:

Ein gefährlicherer und eigennützigerer Gegner der Fachjurisprudenz wurde die Rhetorik. Auch der rhetorisch ausgebildete, aber rechtsunkundige Gerichtsredner, der gegen Honorar für die Prozeßpartei spricht, ist eine griechische (und hellenistische) Lebensform, der erst die gesellschaftlichen Umwälzungen des zweiten Jahrhunderts in Rom die Türe öffneten. Das konservative Römertum brachte sie daher mit der moralischen und politischen Krise des Freistaats in Zusammenhang. Ihren eigentlichen Schauplatz fand die Gerichtsrhetorik in der Tat erst in den vielköpfigen Geschworenengerichten, die seit der Mitte des zweiten Jahrhunderts, nicht ohne Einfluß demokratischer Ideologie, eingerichtet wurden; im strafrechtlichen Quästionsverfahren, vor den Repetundengerichten und vor allem in dem für *magnae causae* des Zivilrechts (Eigentum, Erbrecht, Freiheit) geschaffenen Centumviralgericht.

---

<sup>4</sup> Come ha puntualizzato E. STOLFI (2003), p. 11, rimarcando che lo si potrebbe ipotizzare «sulla scorta della *'disputatio fori'* del noto» passo di Pomponio, *l. s. ench. D. 1.2.2.5: His legibus latis coepit (ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem) necessarium esse disputationem fori. haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes iuris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus, sed communi nomine appellatur ius civile*. È un anacronismo, questo, in rapporto all'età immediatamente postdecemvirale, come ha giustamente rilevato U. VINCENTI (1997), pp. 572 s., condividendo la posizione di M. KASER (1978), p. 125 nt. 51. Sul significato del termine *disputatio* v. specialmente A. LOVATO (2003), pp. 8, 10 ss., 23 s., 26, 31 ss.

<sup>5</sup> Cfr. ancora A. LOVATO (2003), pp. 22 ss.

In Ciceros rhetorischen Schriften erscheint die Frage, ob die Gerichtsrhetorik oder die Jurisprudenz der vornehmste Weg zur Leiterschaft im Staate ist, als eines der großen öffentlichen Diskussionsthemen; das wird, mit einigen Abstrichen, für seine Jugendjahre der Wirklichkeit nicht widersprochen haben. In der Tat bot die Rhetorik dem Gerichtswesen auch sachlichen Gewinn durch eine bis zur äußersten Feinheit durchgebildete Technik des Tatsachenvortrages, der stets außerhalb der Aufgaben des Fachjuristen gelegen hatte; ihre Vorschriften für Angriff und Verteidigung bereicherten zweifellos die Auslegungslehre der Juristen, ohne daß sich ihr Subjektivismus auf die Dauer durchsetzte. Zu ihren alten Kunstanweisungen gehörte auch die Diatribe gegen unaufgeklärten Buchstabenkult; dieser Teil der Technik führte zu den fesselndsten Auseinandersetzungen, als sie auf eine alte, formalistische und selbstbewußte Fachjurisprudenz stieß, die es in der hellenistischen Welt nicht gegeben hatte. Wiederum Cicero ist der Wortführer dieser seit der Sophistik stehenden Argumente: »als gelehrt dürfe niemand gelten in dieser Kunst (der Rechtskunst), die weder außerhalb Roms je etwas galt, noch in Rom selbst, sobald man dort erst fortgeschrittener war« (pro Murena 28). Oder er spricht von einer »schönen Wissenschaft, die ganz und gar aus erdachten und papieren ausgeklügelten Dingen besteht« (a. O. 24). Doch ist zu bedenken, daß dieser Passus der Rede pro Murena ein Turnierstück ausgelassener Rednerlaune sein will und daß aus Ciceros Staatsgefühl das Bewußtsein der unvergleichlichen Größe des überlieferten Rechts nie verschwand<sup>6</sup>.

Per Wieacker i riflessi della retorica giudiziaria sulla giurisprudenza sono spesso sopravvalutati<sup>7</sup>. Tuttavia, pur considerando quello tra retorica e giurisprudenza un rapporto quasi antagonistico, non manca di riconoscere alla prima effetti virtuosi, come l'aver contribuito a ridurre il

---

<sup>6</sup> *Der römische Jurist*, pp. 146-147. V. *supra* pp. 79-80.

<sup>7</sup> *Der römische Jurist*, p. 147 e nt. 15. V. *supra* p. 80 e nt. 15.

formalismo nella interpretazione delle disposizioni testamentarie, nell'ambito della giurisdizione centumvirale. Afferma inoltre che lo spazio della retorica giudiziaria, e la sua rilevanza pubblica, furono profondamente compressi dal secondo Triumvirato e poi da Augusto, ma, sul versante opposto, quello giurisprudenziale, l'inesorabile declino della libera *res publica* romana condusse ad un logoramento dall'interno della giurisprudenza stessa, la cui dissoluzione si arrestò nel Principato, che ne conservò intatto il suo nucleo fondamentale <sup>8</sup>:

Die Wirkungen der Gerichtsrhetorik auf die Jurisprudenz sind oft überschätzt worden. Den Formalismus in der Auslegung letztwilliger Verfügungen wird sie, angesichts der erbrechtlichen Zuständigkeit der Centumviralgerichte, wo die Rhetorik nach Ciceros Zeugnis einen glänzenden Schauplatz fand, gelockert haben; für den regelmäßigen Arbeitsplatz des Ziviljuristen boten der *unus iudex* oder die drei *arbitri* des *ordo iudiciorum* keine geeignete Bühne. Die Frage, ob ein Sieg der Gerichtsrhetorik die öffentliche Geltung und die innere Eigenart der Fachjurisprudenz zerstört hatte, wird durch die weitere Entwicklung abgeschnitten: schon das zweite Triumvirat und vollends die Diktatur des Augustus benahm der politischen Gerichtsrede die Atemluft, der privaten Gerichtsrede ihre öffentliche Geltung und räumte damit den Gegner der Jurisprudenz für immer aus dem Weg. Die totale Selbstzersetzung des römischen Freistaates hätte auf die Dauer auch die Jurisprudenz von innen zerstört; da diese Selbstzer-

---

<sup>8</sup> Pur con le note interazioni tra 'giuristi e principi' [su cui v. per tutti A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 354 ss.]. E ciò anche al di là della funzione della riforma augustea dello *ius publice respondendi ex auctoritate principis* che «si proponeva due scopi differenti ma strettamente connessi: attribuire, da un canto, particolare prestigio ai *responsa* emessi dai giuristi più prossimi, dal punto di vista politico, all'imperatore; influenzare, dall'altro, le decisioni dei *iudices privati* chiamati, talvolta, a scegliere tra *responsa* contraddittori», nell'efficace sintesi di C. GIACHI -V. MAROTTA (2021), pp. 197 s.

setzung durch den Prinzipat aufgehoben wurde, konnte sie sich behaupten, weil sie im Kern intakt geblieben war<sup>9</sup>.

Wieacker puntualizza che i ragionamenti dei giuristi nella *disputatio fori* e la discussione con i giovani che li accompagnavano, avvenivano oralmente<sup>10</sup>. Aggiunge inoltre che l'argomentazione giuridica, in questo senso 'scientifica', emergeva dal 'fondamento' del *responsum* e soprattutto dalla *disputatio*:

Endlich vollziehen sich auch die Meinungsverschiedenheiten der Rechtskenner in der *disputatio fori* und die Erörterung mit dem Nachwuchs, der den Juristen begleitet, nicht mit literarischen Mitteln, sondern mündlich<sup>11</sup>. (...)

Argumentation erschien in der Begründung des *responsum* und vor allem in der *disputatio*<sup>12</sup>.

Nella fase della cosiddetta giurisprudenza ellenistica, secondo Wieacker si registrò un cambiamento dello 'stile', che venne a porsi in contrasto con l'antica *disputatio fori* romana:

Eben diese Entwicklung öffnete einer griechischen Lebensform die Tür, der kunstmäßigen politischen Gerichtsrede, die im schroffen Gegensatz zur altrömischen *disputatio fori* steht. Diese war an Autorität und Sachkunde geknüpft, jene forderte Stimmungsargumente, die Gemeinplätze der antiken Aufklärung und eine scharfe Dialektik des Tatsachenvortrages: ein Punkt, in dem sie übrigens die Jurisprudenz legi-

---

<sup>9</sup> *Der römische Jurist*, p. 147. V. *supra* pp. 80-81.

<sup>10</sup> Diverso, tuttavia, «doveva essere il dibattito, così come si veniva svolgendo 'nella luce del foro' e «nell'auditorio dove il giurista teneva le sue lezioni», come ha osservato M. BRETONE (2019<sup>20</sup>), p. 7.

<sup>11</sup> *Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz* (il sesto saggio), p. 176.

<sup>12</sup> *Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz*, p. 177.

tim ergänzte, die Tatsachenermittlung nicht als ihren Gegenstand ansah. Die erste Hälfte des letzten vorchristlichen Jahrhunderts sieht jene Auseinandersetzung und vorübergehende Durchdringung von Jurisprudenz und Rhetorik, die das Bildungs- und Berufsproblem des jungen Cicero geworden ist. Alle seine rhetorischen und ein Teil seiner politischen Schriften kreisen um die Frage nach der Bildungsform des römischen Staatsmannes, um die Entscheidung zwischen altrömischer *iuris prudentia* und hellenistischer *Paideia* durch Rhetorik. Cicero hat diese Frage nach manchem Zweifel für sein eigenes Leben im letzteren Sinn entschieden; aber der Weg der Jurisprudenz der Kaiserzeit zeigt, daß die Entwicklung ihm nicht mehr recht geben konnte. Denn der Prinzipat brach mit dem öffentlichen Leben des Freistaats auch der politischen Beredsamkeit das Rückgrat und entzog ihr auch den forensischen Schauplatz. Sie wurde von nun an für immer ein Element apolitischer Jugend- und Fachbildung oder der Huldigung oder Peroration des Untertanen an den Herrscher – mit Ausnahme der philosophischen und der christlichen Opposition gegen den Kaiser.

Der vorübergehende Einfluß der Rhetorik ist der eine Faktor, der berechtigen würde, diese Übergangsperiode mit F. Schulz eine hellenistische zu nennen. Der andere hat ein tieferes Recht. Die geistige Kraft des römischen Rechts ist durch die Krisis des Freistaats nicht zerstört, sondern nach innen getrieben und vertieft worden. In dieser Lage ist zuerst eine wissenschaftliche Rechtsliteratur entstanden<sup>13</sup>.

In ordine al ruolo dell'*ars rhetorica*, dunque, e almeno con riferimento al periodo della giurisprudenza repubblicana della prima metà del primo secolo a.C., Wieacker riprende a grandi linee il pensiero di Schulz. Si percepisce però qualche sfumatura diversa. Infatti, mentre per Schulz è «l'importazione del metodo dialettico dalla Grecia» – che «per Platone significava studio dei generi (*genera e spe-*

---

<sup>13</sup> *Über das Klassische in der römischen Jurisprudenz*, p. 180.

*cies*)»<sup>14</sup> – a segnare un «cambiamento radicale», inaugurando il cosiddetto «periodo ellenistico» della giurisprudenza, per Wieacker un ruolo decisivo è ricoperto proprio dalla *disputatio fori*, che però implica di per sé l'impiego di una metodologia dialettica.

È una posizione che colpisce, in quanto Wieacker, in precedenza<sup>15</sup>, aveva mostrato di aderire con particolare convinzione alle idee di Schulz<sup>16</sup>:

Wenn dem römischen Recht Neigung und Beruf zur Idee, zum geschlossenen System und zum Allgemeinen fehlen, so ist um so ausgeprägter das Vermögen zur Abstraktion. Das ist kein innerer Widerspruch, da römische Begriffe nicht durch logische Verallgemeinerung oder durch Anschauung der Idee entstehen, sondern durch Reduktion und Konzentration natürlicher Sachverhalte. Die Begriffsbildung des römischen Juristen ist vereinzelt; sie wurzelt in der Fähigkeit zur Isolierung des Rechtserheblichen aus dem komplexen sozialen Geschehnis, die durch einen bild- und anschauungsarmen Verstand begünstigt und der römischen Rechtskunst schon durch ihre Abstammung aus der gleich strukturierten Sakraldisziplin in die Wege gelegt war. Scheinbar allgemeine Figuren, wie *imperium*, *obligatio*, *condicio* sind keine Allgemeinbegriffe, sondern scharf definierte Elemente des Rechtlichen im sozialen Tatbestand. Die häufige Anwendung

---

<sup>14</sup> F. SCHULZ (1968), p. 119 [Id. (1953), p. 62; Id. (1961), p. 73]: «I generi dovevano essere studiati mediante distinzione (*differentia*, διαίρεσις) da una parte e ‘mediante sintesi del molteplice’ dall'altra (συναγωγή, σύνθεσις)». Sul tema della *diairesis*, lo si sa, la letteratura è molto ampia. Per tutti v. M. BRETONE (2019<sup>20</sup>), pp. 184 ss. e A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 179 ss. Sull'impiego di *genera* e *species* da parte dei giuristi v. ultimamente D. MANTOVANI (2024), pp. 96 ss.

<sup>15</sup> Nel primo saggio, *Römertum und römisches Recht*, pp. 9 s. V. *supra* p. 43.

<sup>16</sup> Precisamente a quelle esposte nei *Prinzipien*: F. SCHULZ (1954), pp. 13 ss.

der Fiktion auf allen Stufen der römischen Rechtsbildung wurzelt in diesen Neigungen und Zusammenhängen und bestätigt diese Eigenart. Es ist berechtigt, wenn F. Schulz in seinen ›Prinzipien des römischen Rechts‹ ein ganzes Kapitel der ›Isolierung‹ widmet<sup>17</sup>.

Pur seguendo la linea della *Isolierung* – che nell’ottica di Schulz enfatizza la progressiva separazione della dimensione giuridica da sollecitazioni etiche e religiose, ingerenze e condizionamenti politici, influenze e contaminazioni da parte di altri saperi<sup>18</sup> – Wieacker ha però cura di valorizzare, quale tratto distintivo della giurisprudenza repubblicana, il contributo della *disputatio fori*<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> *Römertum und römisches Recht*, 9. V. *supra* pp. 43-44.

<sup>18</sup> Sulla *Isolierung* schulziana, nozione com’è noto controversa e ormai superata, v. ultimamente le interessanti osservazioni di D. MANTOVANI (2021), pp. 142, 173 s. Cfr. altresì E. STOLFI (2022), pp. 401 s. e Id. (2019), p. 25, nonché M. D’ORTA (2022), pp. 685 s. Il concetto evoca, sì, «qualcosa di molto forte, una certa posizione di trinceramento propria della dogmaticità» – nell’«uso che ne ha fatto la romanistica già a partire dal XIX secolo», cioè quella «storiografia ... estremamente tendenziosa, che intendeva radicare, nella vicenda storica del diritto romano, i propri modelli di scienza del diritto e di giurista, isolando, pertanto, il fenomeno giuridico da tutti gli altri aspetti che condizionano la realtà» – ma «la verità dogmatica non può essere intaccata da analisi sbrigative, che ignorano deliberatamente questo fenomeno della capacità isolante», come ha ultimamente puntualizzato V. MAROTTA (2023), pp. 320 s. e nt. 50.

<sup>19</sup> Mentre F. SCHULZ (1961), p. 66, giudica la retorica una *Wucherpflanze* – espressione che indica di per sé una «pianta lussureggiante», «esuberante», ma che Guglielmo Nocera, nell’allestire la versione italiana dell’opera (p. 108), traduce impiegando una locuzione assai significativa, parlando cioè di «una disgustosa erba», cogliendo così il senso del pensiero del romanista tedesco [v. QUADRATO (2017), p. 13] – in Wieacker traspare un approccio più aperto al contributo proveniente dalla cultura e dai metodi retorici, rispetto alla opposta visuale schulziana, insita nella sua idea di *Isolierung*.

## 2. Dalla *disputatio fori* al genere letterario e alla metodologia delle *disputationes*

Per Wieacker, dunque, la *disputatio fori* risulta essere un fattore che contribuisce al consolidarsi dei *responsa prudentium*, favorendo la trasformazione in *ius receptum* di quelli che, tra le diverse *interpretationes* di matrice giurisprudenziale, finiscono per *praevalere* non soltanto per il *consensus* che ottengono nel ceto dei giuristi, ma anche (almeno questo non può escludersi) per la loro capacità di orientare e finanche vincolare la decisione giudiziale<sup>20</sup>.

D'altronde, la *disputatio fori* è, sì, un modo di trasmettere regole, persino già consolidatesi, ma nel contempo è anche lo strumento che consente di rimetterne di continuo in discussione i contenuti e i risultati, «costruendo soluzioni non ancora sperimentate», come la scienza romanistica più recente ha ormai acclarato<sup>21</sup>.

All'interno della stessa giurisprudenza si affaccia il genere letterario delle *disputationes*: un genere che, sebbene poco utilizzato – solo due, infatti, sono le opere denominate *Libri disputationum*: l'una di Claudio Trifonino, l'altra di Domizio Ulpiano, rispettivamente in ventuno e die-

---

Altrove F. WIEACKER (1988), pp. 322 s. nt. 66, 503, 520 s., rappresenterà la *Isolierung* sostanzialmente come «Teilsystem», avente origine dalle «rappresentazioni giuridiche dell'età arcaica e dal sapere specialistico dei pontefici», che tuttavia «non rifiuta, ma talvolta implica, una relazione analogico-imitativa con il mondo reale», come ha osservato M. BRETONE (1988), pp. 14, 22.

<sup>20</sup> Cfr., con particolare chiarezza in tal senso, U. VINCENTI (1997), pp. 571 s. Sul «nesso tra *disputatio fori* e lo *ius quod venit compositum a prudentibus*» v. M. BRUTTI (2012), spec. p. 99. Lo *ius controversum* suscitava la «*disputatio fori* – essenza stessa dello *ius civile*» (come si ricava dal già citato brano ulpiano conservato in D. 1.2.2.5) – «risolta con la *sententia iudicis*», come ha osservato A. PALMA (2016), p. 16. Sul tema, di recente, v. G. LUCHETTI (2021), pp. 32 ss.

<sup>21</sup> V., per tutti, A. LOVATO (2003), spec. pp. 186 ss.

ci libri<sup>22</sup> – continuò ad avere grande fortuna nel mondo antico, dando luogo alla tradizione declamatoria<sup>23</sup>, che custodisce «modelli» di «tecniche argomentative» e «strategie di confronto dialettico», reperibili proprio nelle «*disputationes* praticate nell'insegnamento romano e poi medievale», costituenti ancor'oggi un «tesoro» a cui attingere, a cominciare dalla formazione universitaria<sup>24</sup>. Una circoscritta dimostrazione, questa, ma certo non di scarsa importanza, di una visuale lungimirante di Wieacker, che da questo punto di vista ha colto con largo anticipo sui tempi i segnali di quella recente e sempre più accentuata riscoperta, sia in campo scientifico e accademico sia forense, dell'importanza dell'*ars rhetorica*: percepita oggi come un sapere e un insieme di metodologie ancora in grado di offrire un contributo essenziale alla conoscenza e all'impiego delle tecniche indispensabili (non soltanto per i giuristi) per affinare una comunicazione rigorosa, corretta ed efficace, e non rimessa «esclusivamente al talento personale ed all'improvvisazione»<sup>25</sup>. Gradualmente, oggi-giorno, stanno così comparando nei corsi di studi di scien-

---

<sup>22</sup> Sull'opera di Trifonino, e con particolare riferimento ai tratti che rivelerebbero una diretta derivazione dal pensiero del suo maestro Cervidio Scevola, si è concentrata la recente analisi di S. STEPAN (2018) [rec. A. SPINA (2019), pp. 498-511]. Sui *Libri* ulpiane, v., per tutti, A. LOVATO (2003).

<sup>23</sup> Sulla quale si rinvia, per tutti, al recente saggio di F. LAMBERTI (2024), pp. 405 ss. in ordine alle *Declamationes minores* e, per le *maiores*, ai lavori racchiusi nel volume pubblicato nel 2021, a cura di A. Lovato, A. Stramaglia e G. Traina, nonché ai saggi introduttivi e alle note di testo di Stramaglia e dei molti autori che hanno contribuito alle edizioni e traduzioni delle *Declamazioni maggiori* pseudo-quintiliane, raccolte in ben 16 tomi curati dallo studioso barese e pubblicati dall'Università di Cassino dal 1999 al 2020.

<sup>24</sup> E. STOLFI (2022), p. 407; Id. (2023), pp. 149 s., 153 ss.

<sup>25</sup> F. PROCCHI (2022), p. 29.

ze giuridiche e giurisprudenza insegnamenti di retorica (anche 'classica') e corsi (grazie pure allo strumento, innovativo, delle cosiddette 'competenze trasversali') in 'tecniche di comunicazione forense' e *Legal Clinics*.

Orbene, il 'disputare' allude, innanzitutto, e più in generale, ad un procedimento logico<sup>26</sup>. E delle «procedure logiche», tramite le quali il ragionamento si costruisce, si avvalevano i giuristi romani e i retori giudiziari<sup>27</sup>, ma anche tutti coloro che fossero impegnati in un discorso oratorio in altri campi.

Né tali meccanismi logici possono essere circoscritti solo al mondo antico, perché la loro valenza resta integra in ogni epoca.

La *disputatio*, infatti, abitua a soppesare i *pro* e i *contra*, addestra a saper argomentare all'interno di un confronto dialettico fatto di tesi e antitesi ponderate e supportate da elementi fondati, da allestire però anche con prontezza e rigore. È un impegno di notevole difficoltà, ma molto qualificante, che educa ad esaminare casi e situazioni da diverse angolazioni.

Proprio nel «ragionamento confutatorio», che «richiede una precisa valutazione delle circostanze e del tempo della fattispecie», «cioè della *quaestio facti*», si può scorgere «il fondamento» stesso «dell'argomentazione giuri-

---

<sup>26</sup> Così I.M. COPI-C. COHEN (2015<sup>3</sup>), pp. 127 ss., nel classificare le dispute in genuine, puramente verbali e apparentemente verbali ma in realtà genuine.

<sup>27</sup> Attività parallele che in tale utilizzo trovano un punto di contatto: argomento sul quale v., ultimamente, L. PEPPE (2021), pp. 181 ss., che ha fornito un'ampia e convincente dimostrazione di come «nella pratica» fosse «frequente» non solo «l'incontro» ma anche «la sovrapposizione» tra le figure del giureconsulto e dell'oratore impegnato nella contesa forense. Lo attestano gli esempi di Quinto Mucio, Servio, Aristone, Paolo, giuristi che hanno esercitato l'avvocatura e, viceversa, quello assai celebre di Cicerone. Sul tema v. pure A. LOVATO (2021), pp. 128 ss.

dica»<sup>28</sup>. È un'operazione essenziale ai fini del cosiddetto *problem solving*, come oggi si suole dire servendosi (e, come spesso accade, forse abusando) di un anglicismo, che indica un procedimento scandito da tre fasi: riconoscere il problema; trovare la regola che si applica al problema; applicare la regola al problema<sup>29</sup>. E il risolvere problemi consiste essenzialmente nel fare delle scelte fra soluzioni diverse, ma sovente anche opposte, e quindi decidere; anche «quando la decisione di un caso concreto non consegue logicamente da norme che devono essere presupposte né deriva (in combinazione con enunciati empirici) dagli enunciati sicuramente fondati di un sistema comunque concepito, e neppure può essere motivata in modo rigoroso servendosi delle regole predisposte dalla dottrina del metodo giuridico»<sup>30</sup>.

Per un giurista esprimere un giudizio su di un caso concreto significa svolgere un'indagine su tre piani<sup>31</sup>: 1) individuare i dati di fatto su cui pronunciarsi; 2) selezionare poi gli elementi giuridici (a cominciare dai principi generali e dalle norme, se esitano, sino a giungere ad eventuali contratti, accordi o patti) che possano essere pertinenti alla situazione di fatto così come individuata in base alla prima operazione; 3) porre infine in relazione tra loro i risultati di entrambe le operazioni. Sono fasi, queste, di un procedimento logico, che precede ogni giudizio di diritto, caratterizzato dalla collocazione dei fatti in determinati contesti ordinatori e schemi interpretativi<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Così, di recente, A. PALMA (2016), pp. 17 ss.

<sup>29</sup> Al riguardo, limpida e concreta è la trattazione di G. PASCUZZI (2008), pp. 79 ss.

<sup>30</sup> R. ALEXI (1998), p. 9.

<sup>31</sup> Cfr. J. HRUSCHKA (2009), spec. pp. 41 ss.

<sup>32</sup> È l'essenza della ricostruzione, sino a giungere al 'concetto concreto', offerta da K. LARENZ (1966), spec. pp. 177 ss.

Ma tanto l'elaborazione quanto l'esito dell'*iter*, cioè la decisione, il giudizio, non possono prescindere dal valutare le ipotesi, anch'esse da individuare, che possono confutare le scelte attuate, a sostegno delle quali devono dunque essere ricercati e presentati (o quantomeno prefigurati, quando una loro illustrazione possa appesantire l'esposizione scritta o verbale) gli argomenti che le rendano prevalenti rispetto a quelle opposte.

La confutazione, che è l'anima della *disputatio*, rappresenta così ciò che conduce ad identificare le opzioni e i risultati migliori. È un metodo fondamentale non solo nella scienza giuridica ma in ogni settore scientifico. E lo è pure nella vita quotidiana.

## Riferimenti bibliografici

- R. ALEXY (1998) = R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*, a cura di M. La Torre, Milano 1998.
- M. BRETONE (1988) = M. BRETONE, *La storia del diritto romano fra sceinza giuridica e antichistica*, in *IVRA* 39 (1988), pp. 1-23.
- M. BRETONE (2019<sup>20</sup>) = M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2019<sup>20</sup>.
- M. BRUTTI (2012) = M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55 (2012), pp. 74-124.
- I.M. COPI-C. COHEN (2015<sup>3</sup>) = I.M. COPI-C. COHEN, *Introduzione alla logica*, trad. it. G. Lolli, Bologna 2015<sup>3</sup>.
- M. D'ORTA (2022) = M. D'ORTA, *Autocatalisi proprietà del sistema giuridico romano nel continuum spazio temporale*, in *AA.VV., Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, 1, a cura di F. Fasolino, Torino 2022, pp. 677-695.
- C. GIACHI-V. MAROTTA (2021) = C. GIACHI-V. MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma 2021.
- J. HRUSCHKA (2009) = J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, trad. it. G. Carlizzi, Bologna 2009.
- M. KASER (1978) = M. KASER, *Das Urteil als Rechtsquelle im Römischen Recht*, in *AA.VV., Festschrift Fritz Schwind zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von R. Strasser, M. Schwimann, H. Hoyer, Wien 1978, pp. 115-130.
- F. LAMBERTI (2024) = F. LAMBERTI, *Testamenta e propinquitas nella Declamatio minor 308 (duo testamenta)*, in *AA.VV., Scritti per Francesco Maria Silla*, a cura di L. D'Amati e L. Garofalo, Napoli 2024, pp. 405-427.

- K. LARENZ (1966) = K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it. P. Lagrenzi, Milano 1966.
- A. LOVATO (2003) = A. LOVATO, *Studi sulle Disputationes di Ulpiano*, Bari 2003.
- A. LOVATO (2021) = A. LOVATO, *L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea. Osservazioni minime*, in *Specula Iuris*, vol. 1, n. 2, dicembre 2021, pp. 119-151.
- G. LUCHETTI (2021) = G. LUCHETTI, *Ricerche di diritto romano e di fondamenti del diritto europeo*, Bologna 2021.
- D. MANTOVANI (2021) = D. MANTOVANI, *Giuristi romani e storia dell'economia antica. Elementi per una dialettica*, in AA.VV., *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documenti della società antica*, a cura di C. Buzzacchi e I. Farognoli, Milano 2021, pp. 141-215.
- D. MANTOVANI (2024) = D. MANTOVANI, *La letteratura invisibile. Il giuristi scrittori di Roma antica*, Bari-Roma 2024.
- V. MAROTTA (2023) = V. MAROTTA, *La solitude di Yan Thomas*, in Y. Thomas, *La morte del padre. Sul crimine di parricidio nella Roma antica*, Macerata 2023, pp. 305-338.
- A. PALMA (2016) = A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.
- G. PASCUZZI (2008) = G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna 2008.
- L. PEPPE (2021) = L. PEPPE, *Nota in materia di deontologia professionale e onorari nella pratica giuridica romana: giuristi, oratori, avvocati*, in *ZSS* 138 (2021), pp. 180-218.
- F. PROCCHI (2022) = F. PROCCHI, *L'argomentazione ed il metodo nella difesa oggi: prolegomeni ad una nuova retorica giudiziaria*, in AA.VV., *Il fascino della comunicazione tra antico e presente. Atti della tavola rotonda di Urbino 7 e 8 aprile 2022*, a cura di M. Frunzio, Pesaro 2022, pp. 25-49.
- R. QUADRATO (2017) = R. QUADRATO, *Prefazione ad A. Arnese, La similitudo nelle Institutiones di Gaio*, Bari 2017, pp. 13-21.

- A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>) = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017<sup>2</sup>.
- F. SCHULZ (1953) = F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1953.
- F. SCHULZ (1954) = F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1954.
- F. SCHULZ (1961) = F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961.
- F. SCHULZ (1968) = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze 1968.
- A. SPINA (2019) = A. SPINA, 'Scaevola noster'. *Sulla possibile influenza di Cervidio Scevola nei libri disputationum di Trifonino*, in *QLSD* 9 (2019), pp. 498-511 (rec. a S. Stepan, 'Scaevola noster'. *Schulgut in den 'libri disputationum' des Claudius Tryphoninus?*, Tübingen 2018).
- S. STEPAN (2018) = S. STEPAN, 'Scaevola noster'. *Schulgut in den 'libri disputationum' des Claudius Tryphoninus?*, Tübingen 2018.
- E. STOLFI (2003) = E. STOLFI, *I «libri disputationum» di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*, in *RDR* 3 (2003), pp. 1-20.
- E. STOLFI (2019) = E. STOLFI, *Attorno a critica del testo e pensiero giuridico. Alcune riflessioni*, in *AUPA* 62 (2019), pp. 249-268.
- E. STOLFI (2022) = E. STOLFI, *Dialogando su argomentazione e persuasione. Brevi note nella prospettiva dello studio dello storico del diritto*, in *Studi Senesi* 133 fasc. 2 (2022), pp. 397-421.
- E. STOLFI (2023) = E. STOLFI, *Argomentare e persuadere nel mondo del diritto. Tra passato e presente*, in *AA.VV., Persuasione*, a cura di B. Baldi, Milano-Udine 2023, pp. 145-168.
- U. VINCENTI (1997) = U. VINCENTI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *AA.VV., Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo*, 2, Napoli 1997, pp. 567-582.
- F. WIEACKER (1988) = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte, 1, Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München 1988.

**Abstract**

The essay examines the relationship between roman legal science and rhetoric, as well as the contribution of the *disputatio fori* to the training and practice of the jurist. The analysis also addresses the literary genre and the method of *disputationes* in legal argumentation.

**Key Words**

*Disputatio fori*, *disputationes*, roman legal science, rhetoric.

**Maria Casola**  
**BREVI NOTE A MARGINE**  
**DEL RAPPORTO TRA**  
**‘GIURIDICO’ E ‘NON GIURIDICO’**

Sommaro: 1. Forma e sostanza e ‘l’arte del separare’. – 2. Le ‘contaminazioni’ del diritto.

## **1. Forma e sostanza e ‘l’arte del separare’**

La questione relativa alla possibilità di ravvisare nei giuristi romani una riflessione in ordine al rapporto tra ‘giuridico’ e ‘non giuridico’ e sulle ricadute nell’attività tecnico costruttiva, attraversa trasversalmente l’opinione di numerosi studiosi, molti dei quali<sup>1</sup> hanno saputo indi-

---

<sup>1</sup> Al riguardo, nel contesto di una letteratura sempre più corposa, si veda ad esempio, D. NÖRR (1993), pp. 267 s.; con particolare «attenzione all’età fra Labeone e Pomponio», A. MANTELLO (1996), pp. 147-182, (2014), pp. 481-516, ove bibl.; G. FALCONE (2003), pp. 99 s.; G. FALCONE (2016), pp. 240-260, ora con precisazioni ed integrazioni, G. FALCONE (2017), pp. 183 s.; T. RUNDE (2005), pp. 189 s.; G. FINAZZI (2010), pp. 738 s.; da ultimo L. MAGANZANI (2019), pp. 21-44. Per una ricostruzione del percorso che ha condotto alla «nascita

viduarne la dimensione più profonda. Fra costoro, Franz Wieacker, che nel saggio *Römertum und römisches Recht*<sup>2</sup>, con cui apre la sua opera, indirizza la propria indagine primariamente alle strutture formali dell'esistenza giuridica romana, e successivamente, ai suoi fondamenti materiali, giungendo alla conclusione che questi ultimi traggono origine dalle prime. Da tale duplice prospettiva emerge con chiarezza come nell'esperienza giuridica romana, la forma preceda la sostanza, definendo in modo pregnante l'identità stessa del diritto romano. Un fattore rilevante, egli osserva, in grado di marcare con chiarezza uno dei caratteri precipui del diritto romano nel suo sviluppo storico. Quest'ultimo, infatti, si configura in una duplice dimensione in cui l'essere quanto il dover essere della realtà<sup>3</sup> si intreccia indissolubilmente sia con l'esperienza che con l'idea.

«Dal lato della realtà, si basa su relazioni di potere, tradizione e conflitto di interessi, e cioè si adatta al mondo della storia e della società. All'interrogativo sui motivi della sua giustizia una riflessione che ponga l'accento su questo lato empirico del diritto risponde più o meno nel seguente modo: 'perché l'ha ordinato un potente, l'ha deciso un'autorità'; perché 'è sempre stato così'; perché 'i padri si comportavano così'; o, infine, perché è 'utile, opportuno'. Come dover essere

---

della distinzione tra 'diritto' e 'etica' nel pensiero moderno» e di come tale distinzione non possa applicarsi all'esperienza giuridica romana, cfr. R. FIORI (2011), p. 141 e pp. 180 s. Questi ultimi lavori si inseriscono all'interno di un più ampio filone di indagine concernente la connotazione etica e sociale del modello del '*vir bonus*', in A. LOVATO (2013). È tenendo conto di questa problematica e alla luce delle presenti annotazioni che, talora, nel presente lavoro, impiegherò l'espressione 'non giuridico' o l'aggettivo 'extragiuridico' e dunque essenzialmente per comodità espressiva.

<sup>2</sup> Cfr. F. WIEACKER (1961), pp. 1-17.

<sup>3</sup> V. *supra* p. 8 e pp. 40 s.

sovrareale, invece, il diritto è una norma, un'idea, un compito e un proponimento dello spirito. Una considerazione giuridica, che è determinata da questo profilo del diritto, troverà qualcosa di giusto proprio 'perché così dovrebbe e deve essere', perché è 'corretta o giusta'. E, infine, anche perché è logicamente coerente e quindi necessaria»<sup>4</sup>.

La conoscenza del diritto romano, egli osserva, è intrinsecamente legata all'esperienza dei giuristi romani. Sebbene il diritto romano non mostrasse una spiccata propensione per l'elaborazione sistematica e concettuale, la sua capacità di astrazione risultava particolarmente sviluppata. Tale apparente paradosso trova spiegazione nella peculiarità del metodo giuridico romano. I concetti giuridici romani, infatti, non scaturiscono da generalizzazioni logiche o da costruzioni teoriche, bensì emergono da un attento esame della realtà concreta. Il giurista romano scrive lo studioso, isolando gli elementi giuridicamente rilevanti all'interno dei fenomeni complessi della vita, era in grado di formulare concetti precisi e distinti. Questa capacità di astrazione, radicata in una mentalità focalizzata sull'analisi del caso concreto e non su costruzioni teoriche precostituite, era una caratteristica distintiva del diritto romano. Sono da esempio alcune figure giuridiche, apparentemente generali, come '*imperium*', '*obligatio*' e '*condicio*', che non rappresentano concetti astratti universali, ma indicano piuttosto «elementi nettamente distinti del giuridico nel 'fatto' sociale».

Già da questa breve riflessione si comprende come la visione di Wieacker, in ordine alla problematica, vada verso la *Trennung* giurisprudenziale circa il 'giuridico' e il 'non giuridico', come da lui definita in altre pagine<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>5</sup> L'affermazione è in F. WIEACKER (1988), p. 507 nt. 20. Ripropone l'idea d'una «*Isolierung des positiven Rechtssystems gegen die mora-*

Tale prospettiva risulta affine a quella formulata alcuni decenni prima da Fritz Schulz<sup>6</sup>. Tra i diversi principi individuati, Schulz collocò, in seconda posizione nella sequenza degli undici principi<sup>7</sup> e subito dopo legge e diritto, quello dell'isolamento del diritto dal non diritto<sup>8</sup>.

I giuristi romani sarebbero stati maestri nell'esercitare l'«arte di separare»<sup>9</sup>, là dove compito essenziale di ogni scienza, e quindi anche della giurisprudenza, è la separazione del dato giuridico rispetto agli altri ambiti<sup>10</sup>. I romani, a differenza di altri popoli quelli Greci o germanici, iniziarono presto, secondo lo studioso, a escludere dalla loro esposizione scientifica il mondo extragiuridico, ovvero «quella cerchia di obblighi extragiuridici che proprio nel mondo romano ha tanta importanza anche per la vita del diritto e che formano il contenuto prevalente della parola *officium*»<sup>11</sup>.

Si confermerebbe l'effettiva tendenza metodologica dei giuristi ad esaminare istituti e problemi giuridici preva-

---

*lische, soziale und politische Realität der römischen Lebenswelt*», in F. WIEACKER (1977), p. 1. Su come anche la tradizione proceda per 'isolamento', v. *ivi* A. LOVATO, pp. 236 s.

<sup>6</sup> Lo dimostra, altresì, il giudizio offerto dallo stesso Wieacker in alcune pagine del *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, pp. 1 s. e nt. 3.

<sup>7</sup> Legge e diritto, isolamento, astrazione, semplicità, tradizione, nazione, libertà, autorità, umanità, fedeltà, sicurezza.

<sup>8</sup> F. SCHULZ (1946), pp. 16-33.

<sup>9</sup> F. SCHULZ (1946), p. 16.

<sup>10</sup> Soprattutto all'interno del diritto stesso, in quanto i giuristi separarono il diritto profano da quello sacro, il diritto privato dal diritto pubblico e, all'interno del diritto privato, distinsero il diritto dei cittadini, peregrino e provinciale.

<sup>11</sup> F. SCHULZ (1946), p. 17. Quindi, nell'illustrare l'assunto sottolineata che «la giurisprudenza romana non si è limitata a separare rigorosamente le norme extragiuridiche dalle giuridiche, ma le ha pure escluse in massima dal suo studio» (p. 19).

lentemente da un'angolazione tecnica e a scapito delle istanze morali, sociali ed economiche<sup>12</sup>.

Per Schulz, è centrale l'idea che il giuridico ha bisogno di isolarsi rispetto ad altri ambiti connessi per assumere una specifica autonomia ed «il primo isolamento andrebbe riconosciuto senz'altro grazie alle capacità di divisione realizzate dall'operato della scienza giuridica romana»<sup>13</sup>.

Perciò, quando Wieacker individua, nel suo approfondito studio sui fondamenti materiali del diritto romano, in particolare, tre gruppi di valori che ne caratterizzano l'evoluzione, ha cura di considerare la specificità della relativa questione. Punta l'attenzione su un primo gruppo, di natura autoritaria, composto da *imperium*, *potestas*, *manus*, *dominium* e *auctoritas*. Un secondo gruppo, di matrice tradizionalista, che si fonda sul *mos maiorum*, sulla *pietas* e la *fides*. Infine, un terzo gruppo, di carattere progressista, che trova la sua massima espressione nell'*aequitas* e nel diritto pretorio.

Le osservazioni espresse da Wieacker, qui riportate, possono ancora oggi suscitare una serie di riflessioni, che desidero condividere con il limitato obiettivo di ricostruire il dibattito storiografico e le relative critiche concernenti il fondamento o meno del principio dell'isolamento tra giuridico ed extragiuridico quale linea portante del mondo romano<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> V. G. FALCONE (2017), p. 139, precisa, altresì, che questa tendenza potrebbe essere conseguenza «di un 'filtro' adottato dai compilatori giustinianeî, i quali potrebbero aver selezionato, dal materiale giurisprudenziale passato al vaglio per la composizione del Digesto, i testi che più direttamente si ponevano a quel livello di astrazioni di fattispecie e *responsa* e di pura analisi tecnico-giuridica che poteva interessare maggiormente i destinatari ideali della raccolta, e cioè avvocati e giudici».

<sup>13</sup> Così, R. CARDILLI (2021), p. 187.

<sup>14</sup> L'argomento, di recente, è stato oggetto di una rimeditazione,

## 2. Le 'contaminazioni' del diritto

I rapporti della scienza giuridica romana e l'ambito 'non giuridico' sono da lungo tempo al centro della ricerca storico-giuridica. Per decidere non solo 'se' ma soprattutto 'come' parlare di rapporto nel pensiero romano, occorrerebbero sforzi metodologici e ampie interpretazioni dei materiali disponibili che, in questa sede, non sono possibili.

Certamente, ancora oggi, ad una ricerca sulla presenza di ascendenze alla sfera extragiuridica nelle elaborazioni dei giuristi classici, sembra opporsi l'autorità dei famosi *Prinzipien* di Schulz, che continuano ad apparire un passaggio obbligato, così come evidenziato dallo stesso Wieracker. Uno snodo cruciale risiede ad esempio nel concetto di *Isolierung* applicato al diritto romano che, com'è noto, ha sollevato ampie discussioni tanto da essere considerato da una parte della letteratura addirittura distorsivo<sup>15</sup>.

L'idea diffusa secondo la quale i romani abbiano operato una netta distinzione tra il giuridico e il non-giuridico, allontanandosi da quella stretta interconnessione tra diritto e morale tipica delle «età giovanili dei popoli»<sup>16</sup>, sarebbe basata, secondo la dottrina più attenta<sup>17</sup>, su una

---

nell'ambito di un incontro tra storici e giuristi dell'antichità, svoltosi in collaborazione tra l'Università degli Studi di Milano e l'Università degli Studi di Milano Bicocca, i cui studi sono raccolti in C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI (2021). Cfr. la cronaca di M. FERRARI (2020).

<sup>15</sup> Un effetto distorsivo, secondo R. CARDILLI (2021), p. 188), che deriverebbe dall'assunzione dell'isolamento come criterio di scientificità, poiché questa impostazione potrebbe influenzare in modo indiretto e improprio la percezione della sua esistenza nel diritto romano.

<sup>16</sup> Così F. SCHULZ (1946), p. 17.

<sup>17</sup> In particolare, A. MANTELLO (1996), pp. 147-152; (2014), pp. 481-486 e con qualche variante in A. MANTELLO (1997), pp. 573-615,

proiezione anacronistica sul pensiero antico di categorie concettuali proprie del positivismo giuridico.

La stessa dottrina non ha mancato però, di sostenere che nelle fonti romane sarebbe assente in realtà la sola «teorizzazione» e non anche la «coscienza della separatezza» e soprattutto che tale consapevolezza abbia assunto nella riflessione giurisprudenziale «colorature diverse»<sup>18</sup>.

Non manca, tuttavia, chi tra gli studiosi nega addirittura la possibilità di individuare una minima traccia di coscienza dell'alterità tra giuridico ed extragiuridico<sup>19</sup>, soprattutto in relazione al primo principato. Limitare, infatti, l'analisi degli sviluppi che avrebbero portato alla distinzione tra diritto e morale, alla sola dimensione della 'teorizzazione', ossia a una sua espressa definizione, ap-

---

evidenzia una dipendenza diretta delle affermazioni di Schulz dalle pagine di R. Von Jhering e, in generale, l'influenza delle impostazioni positivistiche sulla dottrina romanistica del Novecento. Cfr. anche M. BRETONE, (1982<sup>2</sup>), pp. 340 ss.

<sup>18</sup> Le citazioni sono tratte da A. MANTELLO (2014), p. 154; p. 488. Vale anche l'avvertimento di A. MANTELLO (1996), pp. 155-158; (2014), pp. 489-492, sul rischio di proiettare «con soverchio affidamento» nell'indagine storiografica i significati enucleatisi in tempi a noi non lontani di 'morale', 'etica' e 'diritto', dimenticando che «essi erano del tutto estranei alla cultura romana» e che questa non ha rintracciato «in termini di principio, teorici, un *proprium* del 'giuridico' non identificabile con quello 'del non giuridico'». Si veda anche A. MANTELLO (2009), pp. 97-99. Accenna da ultimo, sulla questione di consapevolezza delle fonti riguardo alla contrapposizione fra sfera morale e sfera giuridica, G. RIZZELLI (2018), p. 158 nt. 40.

<sup>19</sup> In tal senso, R. FIORI (2011), pp. 181 s. ed in particolare p. 182 nt. 158, il quale è orientato verso una lettura 'totalizzante' del giuridico nella prospettiva romana non suscettibile di essere compreso secondo una visuale contemporanea. Sul punto, per una diversa prospettiva, v. G. FALCONE (2016), p. 248 ed *ivi* nt. 26.

pare eccessivamente riduttivo, soprattutto «perché – a ben vedere – nessuno dei sostenitori di una tale distinzione ha mai preteso che essa fosse stata esplicitamente teorizzata dai romani»<sup>20</sup>.

Ne consegue, secondo Fiori, l'esclusione nel pensiero romano delle precondizioni per affermare una distinzione netta tra etica e diritto.

La cultura romana si sarebbe, secondo altre voci autorevoli<sup>21</sup>, presentata con una forte componente giuridica, ma senza implicarne l'isolamento dalle riflessioni etiche e dalla complessa trama sociale; anzi il diritto avrebbe presentato un rapporto monolitico con la struttura sociale, il costume, i modelli etici ed il momento religioso.

Nondimeno, la documentazione giuridica e letteraria di cui disponiamo sembrerebbe assicurare che i giuristi si imbattevano nell'*officium* quale diretto oggetto di osservazione e studio. Inoltre, all'occorrenza, ricorrevano ai profili dell'*officium* nella costruzione, rappresentazione e interpretazione di istituti e modelli giuridici<sup>22</sup>.

Anche tra gli autori antichi circolavano rappresentazioni che tendevano ad esaltare la consapevolezza di questa problematica. Un esempio significativo si trova in Cicerone, nel *De oratore* (3.133), in cui viene rilevato che «è naturale che la consuetudine del *respondere* sugli *officia*

---

<sup>20</sup> Così R. FIORI (2011), p. 183.

<sup>21</sup> Si veda in tal senso e, per tutti, verso una ritenuta feconda impurità del diritto le pagine di R. ORESTANO (1981), pp. 558 s.; P. CATALANO (1990), pp. VIII s.; P. CATALANO (1996), pp. 3 s.; sottolinea il 'contenuto ideologico' dei principi, F. NASTI (2019), in particolare p. 226. Anche cfr. E. STOLFI (2012), pp. 251 s.

<sup>22</sup> Per un quadro d'insieme circa queste testimonianze e, in particolare sul tema dei rapporti tra *officium* e *ius* e della loro alterità e separatezza, ma anche di coesistenze e interazioni all'interno delle vicende contrattuali, fra tutti, cfr. G. FALCONE (2017b), pp. 138-140 e (2016).

ponesse alla riflessione dei giuristi la problematica dei rapporti fra questi e il diritto»<sup>23</sup>.

Secondo Falcone, una consapevole interazione tra i due ambiti affiora in chiave di analisi e di *interpretatio* dei fenomeni giuridici, soprattutto all'interno delle stesse vicende contrattuali<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Così, G. NEGRI (1975), p. 241.

<sup>24</sup> V. G. FALCONE (2017b), p. 148, il quale, partendo dalle sue importanti riflessioni sulla qualifica di *'obligatio'* nel contesto del rapporto tra diritto e morale, precisa: «che presso i giuristi classici ... la coesistenza e la comunicazione tra le sfere del *ius* e dell'*officium* ... era assunta come un dato pacifico, tale da non richiedere apposite precisazioni e da costituire, piuttosto, elemento con cui giustificare un determinato regime o addirittura punto di partenza per argomentare in una determinata direzione. ... quanto più un giurista avvertiva la permeabilità tra le due sfere relativamente ad un medesimo istituto, tanto più doveva essere portato a puntualizzare che, rispetto alla doverosità e cogenza morali dell'*officium*, altro sono la doverosità e la cogenza giuridica dell'*obligatio*». Altresì, l'a. descrive minuziosamente, nel suo ampio lavoro dedicato al contratto di comodato (2016), l'interazione esistente tra la prospettiva dell'operazione giuridica (*commodare, obligatio, negotium*) e la dimensione etica (*officium, beneficium*), pp. 247-248 ed *ivi* nt. 26, che andrebbe letta come espressione di una coscienza di separatezza tra sfera giuridica e sfera morale. L'a. fonda la sua interpretazione soprattutto sul riconoscimento dell'azionabilità (2017a, p. 206) e richiama un punto del *de ira* di Seneca, che evidenzerebbe in Seneca «la consapevolezza di una netta alterità tra sfera giuridica e sfera morale degli *officia* provata anche dal punto di vista della fonte della doverosità». Conserva la *distinctio* tra doveri morali e doveri giuridici, G. FINAZZI (2010), pp. 740-742. Sul punto si colloca in una prospettiva opposta, R. CARDILLI (2021), p. 188 ed *ivi* nt. 31. G. FALCONE precisa, però, che nella sua analisi (2017a, pp. 184 s.) e in relazione agli *officia* in termini di 'doveri morali' «le fonti romane considerano *'moralis'* la *philosophia* che si occupa dei *mores*, vale a dire dei comportamenti in quanto obiettivizzazione esterne delle *virtutes* e cioè di predisposizioni e sollecitazioni interiori».

A riguardo è significativo anche lo studio di Cardilli<sup>25</sup>, che, partendo dall'analisi della Repubblica di Platone, ha sviluppato una riflessione sull'utopia moderna di un 'diritto puro', rispetto alla visione di giustizia, che emerge in diversi passi del Digesto. Tra questi spicca la celebre definizione ulpiana di *ius*, oggi resa maggiormente complessa dalla prospettiva positivista e normativista, che ha caratterizzato il pensiero giuridico del Novecento.

«Ecco allora che, per esempio, il rapporto tra *officium* e *oportere ex fide bona* e, come si direbbe, tra morale e diritto acquista una nuova profonda risonanza»<sup>26</sup>, nell'ambito cui «assumono forma di obbligazione non soltanto le prestazioni volute dalle parti, ma anche tutto ciò che rientra nell'ufficio del *vir bonus* (inteso come modello giuridico sociale concreto e non come modello filosofico astratto)»<sup>27</sup>.

Con le ovvie diversificazioni proprie del periodo storico di riferimento<sup>28</sup>, l'astrazione concettuale del diritto da

<sup>25</sup> Per una diversa interpretazione del rapporto tra *officium* e *obligatio* quali espressioni di una non chiara separazione tra morale e diritto si veda R. CARDILLI (2021), p. 194, che riconosce da un lato come dato certo l'elemento distintivo dell'azionabilità giudiziale attribuibile all'esperienza giuridica, dall'altro lato non riduce la sfera del giuridico esclusivamente a questa dimensione. La doverosità nel *ius* poteva esser riconosciuta anche quando non vi era azione. A ben vedere, pertanto, sul piano del problema delle teorizzazioni dei 'doveri', non è la 'doverosità' a trasformarsi, ma la forma di tutela della relazione (p. 218). Ne consegue che le espressioni *officium* e *obligatio* non sembrano esprimere una contrapposizione tra dovere morale e dovere giuridico.

<sup>26</sup> Così, C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI (2021), p. 13.

<sup>27</sup> Così, R. CARDILLI (2021), p. 218. Sul problema si vedano, altresì i contributi nel volume A. LOVATO (2013).

<sup>28</sup> Le posizioni sono, invece, unanime nel constatare, almeno per l'epoca tardoantica, un intreccio complesso tra diritto e tematiche etico-sociali.

parte dei giuristi romani, tratta anche dal non giuridico, non implica necessariamente una separazione di esso da altri ambiti della vita sociale, ma anzi ne restituisce un'immagine di questa che in esso stesso si rispecchia, garantendo una consonanza con le dinamiche evolutive sociali.

## Riferimenti bibliografici

- M. BRETONE (1982<sup>2</sup>) = M. BRETONE, *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Shulz*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982<sup>2</sup>.
- C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI (2021) = C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI (a cura di), *Il Diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, Milano 2021.
- C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI (2021) = C. BUZZACCHI-I. FARGNOLI, *La rivendicazione della purezza del diritto romano. Una rimediazione interdisciplinare*, in *Il Diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, a cura di C. Buzzacchi, I. Fagnoli, Milano 2021, pp. 3-15.
- P. CATALANO (1990) = P. CATALANO, *Diritto e persone I*, Torino 1990.
- P. CATALANO (1996) = P. CATALANO, *Religione morale e diritto nella prospettiva dello ius Romanum*, in *Roma e America 1* (1996), pp. 3 s.
- R. CARDILLI (2021) = R. CARDILLI, *Ius a Iustitia Appellatum est. Considerazioni critiche sul cd. "Diritto Puro" attraverso il diritto romano*, in *Il Diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, a cura di C. Buzzacchi, I. Fagnoli, Milano 2021, pp. 171-223.
- G. FALCONE (2003) = G. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, Torino 2003.
- G. FALCONE (2016) = G. FALCONE, *A proposito di Paul 29 ad ed. D.13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in *AUPA 59* (2016), pp. 240-260.
- G. FALCONE (2017a) = G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed. D.13.6.17,3 (officium, beneficium, commodare). Con un'appendice in tema di alterità tra morale e diritto*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla 'Palingenesia iuris civilis' agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017.
- G. FALCONE (2017b) = G. FALCONE, *La definizione di obligatio tra diritto e morale. Appunti didattici*, Torino 2017.

- M. FERRARI (2020) = M. FERRARI, *Il diritto allo stato puro? Le fonti giuridiche romane come documento della società antica*, in forma digitale consultabile al link [https://europeanlegalroots.weebly.com/uploads/5/6/9/8/5698451/ferrari\\_2020\\_draft.pdf](https://europeanlegalroots.weebly.com/uploads/5/6/9/8/5698451/ferrari_2020_draft.pdf).
- G. FINAZZI (2010) = G. FINAZZI, *Amicitia e doveri giuridici*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, a cura di A. Corbino, M. Humbert, G. Negri, Pavia 2010.
- R. FIORI (2011) = R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011.
- A. LOVATO (2013) = A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, *Incontro di studio*, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013.
- L. MAGANZANI (2019) = L. MAGANZANI, *Etica e diritto nella formazione del giurista: l'età severiana*, in *Jus. Rivista di Scienze giuridiche* 2 (2019), pp. 21-44.
- A. MANTELLO (1996) = A. MANTELLO, *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Atti del seminario, a cura di D. Mantovani, Torino 1996, pp. 147-182 (= *Variae*, Lecce 2014, I, pp. 481-516).
- A. MANTELLO (1997) = A. MANTELLO, *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne*, *Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, pp. 573-615.
- A. MANTELLO (2009) = A. MANTELLO, *Diritto privato romano*, *Lezioni*, I, Torino 2009.
- F. NASTI (2019) = F. NASTI, *Pensiero giuridico romano e tradizione europea nei 'Prinzipien' di Fritz Schulz*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino 2019, pp. 225-247.
- D. NÖRR (1993) = D. NÖRR, *Ethik und Recht im Wiederstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D.13,6,17,3*, in *Ars boni et aequi. Festschrift W. Waldstein*, Stuttgart 1993, pp. 267-284.
- G. NEGRI (1975) = G. NEGRI, *La clausola codicillare nel testamento inofficioso. Saggi storico-giuridici*, Milano 1975.

- R. ORESTANO (1981) = R. ORESTANO, *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna 1981.
- G. RIZZELLI (2018) = R. RIZZELLI, 'Pietate necessitudinis ductae', *Settimono Severo, Ulpiano e l' 'accusatio' del 'tutor suspectus'*, in *QLSD* 8 (2018), pp. 147-173.
- T. RUNDEL (2005) = T. RUNDEL, *Mandatum zwischen utilitas und amicitia. Perspektiven zur Mandatarhaftung im klassischen römischen Recht*, Munster 2005.
- F. SCHULZ (1946) = F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. e cura di V. Arangio-Ruiz (= *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934), Firenze 1946 (rist. anast. 1995).
- E. STOLFI (2012) = E. STOLFI, *Il contesto culturale*, in *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14-17 giugno 2011), a cura di Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento 2012.
- F. WIEACKER (1961) = F. WIEACKER, *Vom römischen Recht: Zehn Versuche*, Stuttgart 1961.
- F. WIEACKER (1977) = F. WIEACKER, *Offene Wertungen bei den römischen Juristen*, in *ZSS*, 94 1 (1977), pp. 1-42.
- F. WIEACKER (1988) = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988.

### Abstract

The aim of this essay is to examine how the relationship between the legal and the non-legal was considered in the roman culture, especially in the legal historical research.

### Key Words

Contamination, separation, legal and non-legal, roman legal science.

**Anna De Francesco**

**LA 'REALTÀ STORICA'**  
**DEL GIURISTA ROMANO.**  
**NOTE IN MARGINE A UN**  
**DIALOGO TRA MAESTRI**

Sono trascorsi ormai cinquant'anni da quando Franz Wieacker accolse l'invito a tenere una relazione nell'ambito del seminario, organizzato dall'allora Istituto di diritto romano della Facoltà giuridica barese, su *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea*<sup>1</sup>. Il fervido dialogo e la ricca discussione che ne seguì con gli Studiosi presenti<sup>2</sup> segnarono un bilancio, seppure provvisorio, degli orientamenti storiografici venutisi consolidando in particolare tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, «soprattutto in Italia ad opera di una schiera importante di romanisti»<sup>3</sup>.

Sebbene già nel 1917, in una famosa dissertazione, Lud-

---

<sup>1</sup> F. WIEACKER (1982), pp. 35 ss.

<sup>2</sup> A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO (1982). Al discorso di apertura di F.M. De Robertis seguirono, con quella di Wieacker, le relazioni di M. Bretone, M. Brutti e G. Pugliese. Intervenero alla discussione, nell'ordine, F. D'Ippolito, S. Tondo, R. Quadrato, A. Schiavone, B. Santalucia, C.A. Cannata, M. Talamanca, A. Masi, F. Grelle, G. Pugliese, G.G. Archi.

<sup>3</sup> F. WIEACKER (1982), p. 39.

wig Mitteis avesse sostenuto la necessità di una 'storia biografica' dei giuristi<sup>4</sup> e la *Herkunft* di Wolfgang Kunkel<sup>5</sup>, con la minuziosa ricostruzione del contesto pubblico e sociale della giurisprudenza romana prendeva forma più o meno negli stessi anni della *History*<sup>6</sup>, Schulz aveva rifiutato ogni approccio biografico, definito la scienza giuridica romana come *Fachwissenschaft* – sostenendone l'isolamento rispetto agli altri campi del sapere della cultura antica<sup>7</sup> – e fissato una rigida «nozione di 'stile' come canone per un'analisi della letteratura giuridica»<sup>8</sup>.

Principii, metodo e risultati della *History* venivano discussi a più voci, a distanza di trent'anni, nel seminario barese che si apriva con la relazione di Mario Bretone dal titolo, quanto mai rappresentativo, *Postulati e aporie nella «History» di Schulz*. Nella sua puntuale critica, Bretone non contestava la «continuità interna, sociale, e tecnica»<sup>9</sup> della giurisprudenza romana intesa come «professione»<sup>10</sup>, ma ne metteva in luce la relatività: non avevano contribuito i singoli giuristi a determinarne o incrinarne i caratteri nel suo dispiegarsi? Non erano le loro opere il frutto di un'esperienza oltre che collettiva anche individuale?

Da parte sua, «con la maggior parte dei romanisti contemporanei e degli altri storici del diritto», Wieacker si dichiarava favorevole «ad una totale storicizzazione della storia 'esterna' del diritto romano» che privilegiasse «il recupero della 'storicità' irripetibile dei giuristi», accogliendo

<sup>4</sup> L. MITTEIS (1929), pp. 477 ss.

<sup>5</sup> W. KUNKEL (1952).

<sup>6</sup> F. SCHULZ (1946).

<sup>7</sup> F. SCHULZ (1946), p. 135. Sul concetto di *Isolierung* v. part. F. SCHULZ (1934), pp. 13 ss. e *infra* p. 236.

<sup>8</sup> M. BRETONE (1982), p. 15.

<sup>9</sup> M. BRETONE (1982), p. 15.

<sup>10</sup> F. SCHULZ (1946a), p. 1.

do «senza riserve» l'estensione della ricerca storico-giuridica «all'intero contesto politico, economico, sociale e culturale della giurisprudenza romana»<sup>11</sup>.

Il Professore Emerito dell'Università di Gottinga non mancava nell'occasione di richiamare i significativi contributi scientifici intervenuti in tale direzione soprattutto in Italia. Il decennio che precedette il seminario barese vide infatti un'intensa, fervida quanto dirompente attività di ricerca sulla giurisprudenza romana. Wieacker citava in proposito, a titolo di esempio, la collettanea intitolata *Gaio nel suo tempo* e l'indagine metodologica promossa dalla Rivista *Labeo* su cui, tra l'altro, erano stata puntualmente discusse le sue *Textstufen*<sup>12</sup>.

Con particolare riguardo alla disapprovazione per le ricerche orientate a ricostruire le individualità dei giuristi, Wieacker ricordava, personalmente, come l'Autore della *History* «ridicolizzasse l'idea di un Celso aggressivo e attaccabrighe». Fedele alla tesi di Savigny che i giuristi fossero da considerare *fungible Personen*<sup>13</sup> ed erede del purismo della critica interpolazionistica, Schulz sospettava di rimaneggiamenti le intemperanze di Celso, escludendo gli fossero ascrivibili espressioni non consone al paradigma

---

<sup>11</sup> F. WIEACKER (1982), p. 44.

<sup>12</sup> F. WIEACKER (1961), con recensione di L. AMIRANTE (1961), pp. 390 ss. Solo per citare alcuni degli studi di quegli anni sulla giurisprudenza romana, nel 1964 veniva pubblicato il lavoro di M. BRETONE (1982) sull'*Enchiridion* di Pomponio. L'anno dopo, F. CASAVOLA (1966) espose i risultati delle proprie ricerche *Su Gaio e il suo tempo* nell'omonimo Simposio che si tenne a Napoli. Di lì a poco sarebbero stati poi pubblicati *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino* di F. D'IPPOLITO (1969) e gli *Studi sulle logiche dei giuristi romani* di A. SCHIAVONE (1971). Per un quadro sui contributi di quegli anni, con particolare riguardo alle ricerche di F. d'Ippolito, v. G. VIARENGO (2011).

<sup>13</sup> F.C. SAVIGNY (1814), p. 157. Per un'ampia panoramica in argomento, V. G. SANTUCCI (2012), pp. 133-158.

stilistico classico e a quello che bene si può definire il «generalizzato rispetto di un canone uniforme e fuori del tempo»<sup>14</sup>.

Ma per Wieacker l'idea di una fungibilità non era «più accettabile nel suo senso letterale»<sup>15</sup> già quando apparve nel 1939 per la prima volta il saggio *Vom römischen Juristen*, rifluito nella raccolta di scritti *Vom römischen Recht* del 1961 e oggetto di traduzione nel presente volume. «La chiarezza riflessiva di Giuliano, l'originalità collerica e agitata di Celso, la tensione morale e la sottigliezza concisa di Papiniano», continuerà a ribadire, «non rappresentano attributi convenzionali ma un'esperienza letteraria»<sup>16</sup>.

Tuttavia, «il discorso di Savigny sulle 'persone fungibili' ha il suo aspetto condivisibile»: il modello romano «non si manifesta nell'eloquente autoaffermazione dello spirito personale, bensì nell'opera impersonale, specialmente nell'ordine duraturo del potere... Le differenze di profilo personale, di temperamento, persino di livello di doti hanno poco peso rispetto alla dimensione collettiva, al 'romano' che li caratterizzò tutti; si ha ragione di parlare *del* giurista romano»<sup>17</sup>. Lo Studioso, in questo senso, non rifiutava l'idea di Savigny ma «a ben guardare... le dava un senso nuovo»<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> L'espressione è di E. STOLFI (2017), p. 53 su cui v. anche *infra*, p. 215.

<sup>15</sup> V. *supra*, p. 56.

<sup>16</sup> V. *supra*, p. 57. Per una panoramica delle ricerche di Wieacker sui giuristi classici, v. da ultimo F. BONIN (2024), pp. 84-94.

<sup>17</sup> V. *supra*, p. 57.

<sup>18</sup> Così, M. BRETONE (2010), p. 23 con bibliografia a p. 90, che riassume i punti cruciali delle critiche mosse su questo punto a Wieacker da Lauria – per il quale l'idea della fungibilità andava invece definitivamente abbandonata – e per cui v. particolarmente M. LAURIA (1983), pp. 322 ss.

All'indomani delle *Textstufen*<sup>19</sup>, nel 1962 veniva pubblicato sulla rivista *Iura* il noto saggio di Wieacker su Celso, *Amoenitates iuventianae*<sup>20</sup>. Attraverso un'attenta analisi dei testi celsini, si metteva in luce come la ricorrente figura della *deductio ad absurdum* – su cui particolarmente si era appuntata la critica interpolazionistica<sup>21</sup> –, espressioni quali *sententiam ut stolidam reprehendere, sententiam eleganter deridere, valide stulta est consultatio*<sup>22</sup> e il frequente uso del termine 'ridicolo' fossero indicatori stilistici peculiari del giurista. Dalle spregiudicate invettive traspariva la struttura del suo argomentare: anche il *ridiculum est* non era semplice *Temperamentsbekundung* ma anche *Argumentationsfigur*<sup>23</sup>.

Per altro verso, l'attitudine polemica era anche il retaggio di una giurisprudenza più antica di indubbia suggestione, come è dato rilevare in numerosi significativi testi del giurista adrianeo<sup>24</sup>. La *deductio ad absurdum*, figura peculiare dello stile celsino, per Wieacker costituiva «ein Erbe der frühklassischen Eristik» raccolta dallo scolarca proculiano, tipica della «früh-und hochklassische Jurispru-

---

<sup>19</sup> F. WIEACKER (1961).

<sup>20</sup> F. WIEACKER (1962), pp. 1 ss.

<sup>21</sup> V. in particolare, G. BESELER (1913), pp. 26 ss.

<sup>22</sup> V. rispettivamente, Vat. 75.5; D. 3.5.9.1, Ulp. 10 *ad ed.* e D. 28.1.27, Cels. 15 *dig.* Per un'analisi dei testi celsini con specifico riguardo alla personalità del giurista si rinvia, con F. WIEACKER (1962), p. 1 ss., particolarmente a M. BRETONE (1984), pp. 193 ss. e V. SCARANO USSANI (1979), pp. 101 ss.

<sup>23</sup> F. WIEACKER (1962), p. 2.

<sup>24</sup> V. particolarmente, D. 17.1.48, Cels. 17 *dig.* e D. 18.1.59, Cels. 8 *dig.* per i richiami a Quinto Mucio Scevola; D. 30.63, Cels. 17 *dig.*, D. 33.10.7.2, Cels. 19 *dig.* e Cels-Ulp. D. 26.1.3-4 per Servio; e per Labeone: D. 12.1.42.1, Cels. 6 *dig.*, D. 15.1.6, Cels. 6 *dig.*, D. 32.43, Cels. 15 *dig.*, D. 28.5.60(59) pr., Cels. 16 *dig.* e D. 33.10.7 pr., Cels. 19 *dig.*

denz»<sup>25</sup>. In definitiva Celso, fermi restando i tratti originali della sua personalità, si iscriveva nel solco di una tradizione protoclassica di cui avrebbe ripreso stile, metodo ma anche scelte sostanziali; talvolta in modo istintivo e «ohne die innere Harmonie einer einheitlichen Grund-auffassung»<sup>26</sup>. Se ne avrebbe prova, in particolare, nel noto passo tratto dal ventitreesimo libro dei *Digesta* celsini, conservato in D. 41.2.18.1, sul caso della *traditio* fatta al furioso non riconosciuto come tale<sup>27</sup>. Il giurista ritiene che l'incapace non consegua il possesso ma che il tradente cessi comunque di possedere la cosa, argomentando che *ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre*. Nella decisione di Celso si coglierebbe l'eco dell'antica idea, specialmente proculiana, per cui il trasferimento del possesso non costituisse un unico atto traslativo ma si realizzava attraverso due atti indipendenti, uno di perdita e l'altro di acquisto. Tuttavia, la soluzione della perdita del possesso a seguito di una *traditio* infruttuosa era in contrasto con una *ratio* sia giuridica che pratica. Essa poteva essere compresa solo come istintiva e il sottile ragionamento sulla volontà del tradente che la motivava appariva come un «überschuss psychologischer Bewertung»<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> F. WIEACKER (1962), pp. 9 e 13.

<sup>26</sup> F. WIEACKER (1962), p. 18.

<sup>27</sup> D. 41.2.18.1, Cels. 23 dig.: *Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus, rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas. illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: immo vult dimittere, quia existimat se transferre*. Sul punto v. anche V. SCARANO USSANI (1979), p. 147 nt. 119 e p. 157.

<sup>28</sup> F. WIEACKER (1962), p. 17.

Specialmente su questo punto, in un dialogo che sembra rievocare quelli appassionati tra gli antichi giuristi romani, il giovane studioso Mario Bretonne avrebbe discusso con il Maestro della *Textstufenforschung*, nel suo saggio su *Celso polemista* del 1963<sup>29</sup>. Se era condivisibile l'immagine vivacemente polemica del giureconsulto tratteggiata dallo Studioso tedesco, non lo era invece quella che lo descriveva come «un 'istintivo', tutt'altro che rigoroso ragionatore». La soluzione formulata da Celso in D. 41.2.18.1, lungi dal rappresentare un'esagerazione psicologica, secondo Bretonne era la logica conseguenza dell'applicazione del principio per cui era possibile *animo deponere et mutare possessionem*<sup>30</sup>. E in questo senso, più che echeggiare un'antica concezione del possesso, gettava le basi per «l'arditissimo ragionamento di Paolo»<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> M. BRETONNE (1963), pp. 331 ss., poi rifluito in M. BRETONNE (1984), pp. 191 ss. Il dibattito tra i due Maestri è ricordato da C. CASCIONE (2016), p.155.

<sup>30</sup> M. BRETONNE (1963), p. 341. Il riferimento è a D. 41.1.34 pr., Ulp. 7 disp.: ... *animo deponere et mutare nos possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt*. La discussione critica su D. 41.2.18.1, Cels. 23 dig. è più ampia e articolata e muove dal confronto del brano con Vat. 75.5, da cui Wieacker deduce l'opinione di Celso sulla *in iure cessio* come atto traslativo unitario e simultaneo, in aperto e veemente dissenso con Sabino, che ne isolava i due momenti dell'*amittere* e del *recipere*: *quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus libro XVIII digestorum refert, eum, qui partem usus fructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere. quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit; etenim esse incogitabile eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi*. Sul punto v. F. WIEACKER (1962), pp. 4 ss.; M. BRETONNE (1963), pp. 339 ss. e V. SCARANO USSANI (1979), pp. 151-152.

<sup>31</sup> M. BRETONNE (1963), p. 341. Il ragionamento di Paolo è quello di D. 41.2.1.20, Paul. 54 *ad ed. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur. cum autem suo omine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente, ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat*

Dal rapido sguardo, anche solo su questi isolati spunti di riflessione, la realtà storica del giurista appare delinearsi nel rapporto tra esperienza individuale e collettiva. Quella di Giuvenzio Celso è una figura particolarmente emblematica. Come noto, figlio di giurista, rivestì cariche pubbliche e fu componente del *consilium adrianeo*<sup>32</sup>. La condotta intemperante e offensiva tenuta in una seduta del Senato, fa notare Wieacker, impressionò Plinio il Giovane al punto di lasciarne testimonianza in una delle sue *Epistulae*<sup>33</sup>. Nondimeno, la sua attitudine polemica e il ricorso a figure come la *deductio ad absurdum* non solo tradivano sottili tecniche argomentative ma si inscrivevano nel solco di una tradizione culturale di cui Celso da un lato appariva continuatore e dall'altro dirompente innovatore. Nelle sue argute argomentazioni, in cui forte è il gusto per la retorica<sup>34</sup>, lo scolarca pro-

---

*animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.*

<sup>32</sup> Rendere conto delle numerose ricerche dedicate nel tempo all'estroso giurista adrianeo sarebbe impossibile. Accanto agli studi di volta in volta qui citati, un'ampia panoramica non solo biografica ma anche bibliografica è offerta da G. CAMODECA (2010), pp. 23 ss.

<sup>33</sup> F. WIEACKER (1962), p. 4 nt. 10. Il passo è quello noto di Plin. *Ep.* 6.5.4-7: *Iuventius quidem Celsus praetor tamquam emendatorem senatus et multis et vehementer increpuit. Respondit Nepos rursusque Celsus; neuter contumeliis temperavit. Nolo referre quae dici ab ipsis moleste tuli. Quo magis quosdam e numero nostro improbavi, qui modo ad Celsum modo ad Nepotem, prout hic vel ille diceret, cupiditate audiendi cursitabant, et nunc quasi stimularent et accenderent, nunc quasi reconciliarent ac recomponerent, frequentius singulis, ambobus interdum propitium Caesarem ut in ludicro aliquo precabantur. 6 Mihi quidem illud etiam peracerbum fuit, quod sunt alter alteri quid pararent indicati. Nam et Celsus Nepoti ex libello respondit et Celso Nepos ex pugillaribus. Tanta loquacitas amicorum, ut homines iurgaturi id ipsum invicem scierint, tamquam convenisset.*

<sup>34</sup> Celso si sarebbe formato alla scuola di Quintiliano per V. SCA-

culiano non mancava di criticare razionalmente anche i propri antichi maestri. Profondo conoscitore del diritto antico (lo dimostrano, ad esempio, le riflessioni nel confronto tra Legge Aquilia e XII tavole in tema di azioni nosali, quelle sul dibattito tra i *veteres* intorno al temine *suppellex* e il richiamo alla *iustissima sententia* di Sesto Elio in tema di compravendita<sup>35</sup>), Celso appare anche profondo interprete della necessità del mutamento. Ne ha coscienza. E il celebre principio che *ius est ars boni et aequi*<sup>36</sup>, si potrebbe dire, è il manifesto della *energisches Selbstbewusstsein* e del *sittliches Pathos*<sup>37</sup> che guidano la sua ricerca verso soluzioni pragmatiche, che rispondano alle esigenze concrete del singolo caso e non all'applicazione di *regulae* astratte. La polemica di quello che Wieacker definirà «der originellste römische Jurist» nella sua ultima opera pubblicata postuma<sup>38</sup>, è rivolta contro una *scientia iuris* formalistica. *Scire leges*, ammonisce «con parole gloriose» il giurista, *non hoc est verba tenere, sed vim ac pote-*

---

RANO USSANI (1989), pp. 89 ss. e D. MANTOVANI (2007), pp. 374 ss. che, seppure cautamente, ipotizza il giurista avesse potuto ascoltare e leggere la celebre declamazione quintiliana sulle api (*Decl. Mai. XIII*). Sul contesto culturale e politico della formazione del giurista, v. V. SCARANO USSANI (1979), spec. pp. 127 ss.

<sup>35</sup> V., rispettivamente, D. 9.4.2.1, Ulp. 18 *ad ed.*, su cui V. SCARANO USSANI (1979), pp. 127 ss.; D. 33.10.7 pr.-2, su cui M. BRETONE (2024<sup>24</sup>), p. 318 ss.; e D. 19.1.38.1, Cels. 8 *dig.*, su cui v., in particolare, B. ALBANESE (2002), pp. 77-85.

<sup>36</sup> D.1.1.1 pr.-1, Ulp. 1 *Instit.* Sulla celebre definizione celsina di *ius* non si potrebbe nemmeno tentare di riassumere la sterminata bibliografia. Se ne può comunque ricavare un esteso quadro da P. CERAMI (1985) e P. CERAMI (2019), in cui l'A. riesamina la definizione celsina alla luce dei più recenti contributi, tra i quali si segnala in particolare L. GAROFALO (2016), che raccoglie i risultati delle ricerche del Convegno torinese *Celso teorico del diritto*.

<sup>37</sup> F. WIEACKER (1962), p. 19.

<sup>38</sup> F. WIEACKER (2006), p. 98.

*statem*<sup>39</sup>. Ne discende il corollario «che non è ammissibile giudicare secondo una parte arbitrariamente scelta di una legge (*aliqua particula legis*) invece di penetrarne il contesto complessivo (*totam legem perspicere*)»<sup>40</sup>.

Celso potrebbe definirsi in questo senso «teorizzatore di criteri ermeneutici»<sup>41</sup> per una *scientia iuris* che sappia «misurare la giustizia del *ius trådito*»<sup>42</sup> e ricercare soluzioni realisticamente adeguate ad un ordinamento in continua evoluzione.

«...E Wieacker, nell'additarci le condizioni di una grandiosa opera di creazione del diritto: vincoli della tradizione, da un lato, forza creativa della spontanea soluzione singola, dall'altro, in una tensione di libertà»<sup>43</sup>, non smette di insegnarci che quello del giurista romano, con la propria realtà storica, rappresenta ancora un modello.

---

<sup>39</sup> D. 1.3.17, Cels. 26 *dig.*, richiamato *supra*, p. 82.

<sup>40</sup> V. *supra*, pp. 81-82, con riferimento a D. 1.3.24, Cels. 8 *dig.*: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*.

<sup>41</sup> La stringente definizione è di C. CASCIONE (2016), p. 153 e intitola il limpido saggio pubblicato negli Atti del Convegno *Celso teorico del diritto* tenutosi a Torino nel 2015.

<sup>42</sup> V. *supra*, p. 82.

<sup>43</sup> Le vibranti parole sono di G. GROSSO (1966) recensore di Wieacker, *Vom römischen Recht*. Per A. LOVATO (2012), p. 46, esse «condensano il tempo 'perenne' del giurista romano».

## Riferimenti bibliografici

- B. ALBANESE (2002) = B. ALBANESE, *Sulla sententia di Sesto Elio* in D. 19.1.38.1, in *Brevi studi di diritto romano*, III, AUPA 47 (2002), pp. 77-85.
- L. AMIRANTE (1961) = L. AMIRANTE, *Per la storia dei testi giurisprudenziali classici*, in *Labeo* 7 (1961), pp. 390-419.
- G. BESELER (1913) = G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der Quellen des römischen Rechts* III, Tübingen 1913.
- F. BONIN (2024) = F. BONIN, *Giuristi romani e diritti 'classici' nel pensiero di F. Wieacker*, in *Iura & Legal System* 11 (2024/2), pp. 84-94.
- M. BRETONE (1974) = M. BRETONE, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio* (= *L'Enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1984, pp. 209-254), Torino 1974.
- M. BRETONE (1982) = M. BRETONE, *Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro* (= in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, pp. 37-49; = *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1984, pp. 335-353), Bari 1982, pp. 15-30.
- M. BRETONE (2010) = M. BRETONE, *La campana di vetro verde*, Torino 2010.
- M. BRETONE (2024<sup>24</sup>) = M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2024<sup>24</sup>.
- G. CAMODECA (2010) = G. CAMODECA, *P. Iuventius P. f. Vel. Celsus T. Aufidius Hoenius Severianus*, in *Munuscula. Scritti in ricordo di Luigi Amirante*, Napoli 2010, pp. 23-39.
- F. CASAVOLA (1965) = F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1965.
- C. CASCIONE (2016) = C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permu-*

- tatio' giustiniana*, in *Celso teorico del diritto*, a cura di L. Garofalo, Napoli 2016, pp. 153-166.
- P. CERAMI (1985) = P. CERAMI, *La concezione celsina del «ius»*. *Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. L'interpretazione degli atti autoritativi*, in *AUPA* 38 (1985), pp. 5-250.
- P. CERAMI (2019) = P. CERAMI, *'Ius est ars boni at aequi'*. *Un riesame della definizione celsina*, in *AUPA* 62 (2019), pp. 35-82.
- F. D'IPPOLITO (1969) = *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino*, Napoli 1969.
- L. GAROFALO (2016) = L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto ideato*, Napoli 2016.
- G. GROSSO (1966) = G. GROSSO, *Scorci sul diritto romano. Rec. a F. Wieacker, Vom römischen Recht: Zehn Versuche, Göttingen, 1961*, in *Labeo* 12 (1966), pp. 227-235 (= *Scritti storico giuridici IV. Recensioni e ricordi*, Torino 2001, pp. 590-598).
- M. LAURIA (1983) = M. LAURIA, *Studi e ricordi*, Napoli 1983.
- A. LOVATO (2012) = A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012.
- D. MANTOVANI (2007) = D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura della Declamatio maior XIII*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 323-385.
- L. MITTEIS (1929) = L. MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *AUPA* 12 (1929), pp. 477-499.
- G. SANTUCCI (2012) = G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi romani*, in *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di Ch. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento 2012, pp. 133-158.
- F.C. SAVIGNY (1814) = F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.
- V. SCARANO USSANI (1979) = V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979.
- V. SCARANO USSANI (1989) = V. SCARANO USSANI, *Empiria e*

- dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989.
- A. SCHIAVONE (1971) = A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli 1971.
- A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO (1982) = A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO, *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro*, Bari 1982.
- F. SCHULZ (1934) = F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934.
- F. SCHULZ (1946) = F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946.
- E. STOLFI (2017) = E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte». Il problema dei generi letterari*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, pp. 49-72.
- G. VIARENGO (2011) = G. VIARENGO, *Gli studi sui giuristi romani di Federico d'Ippolito*, in *Diritto@Storia*, 10 (2011/12).
- F. WIEACKER (1960) = F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.
- F. WIEACKER (1961) = F. WIEACKER, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche* (2<sup>te</sup> neubearb. u. erweit. Auflage), Stuttgart 1961.
- F. WIEACKER (1962) = F. WIEACKER, *Amoenitates iuventianae. Zur Charakteristik des Juristen Celsus*, in *Iura* 13 (1962), pp. 1-21.
- F. WIEACKER (1982) = F. WIEACKER, *I giuristi romani nella storiografia degli ultimi trent'anni*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro*, Bari 1982, pp. 35-52.
- F. WIEACKER (2006) = F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte II. Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike*, a cura di J.G. Wolf, München 2006.

## Abstract

The essay aims to recall the historiographical debate concerning

the specific historicity of the single roman jurist, with special regard to Wieacker's point of view on the style and personality of the ancient jurist Juventius Celsus filius.

**Key Words**

Historiography, Roman jurists, Roman legal science, Juventius Celsus filius.

**Yuri González Roldán**  
**CONSIDERAZIONI MINIME**  
**SULLA *REGULARJURISPRUDENZ***

Sommario: 1. Introduzione. – 2. *Definitio e regula* nel metodo dialettico usato da Servio. – 3. Concetto di *regula* in Sabino. – 4. I *libri regularum* nella giurisprudenza del I al III secolo d.C.

## 1. Introduzione

F. Wieacker nella sua opera *Vom römischen Recht*, nel trattare del giurista romano (*Der römische Jurist*) e, specificamente nel paragrafo *Anfänge* (pp. 139-148), usa il termine *Regularjurisprudenz* (p. 140). Esso, nel controllo che il gruppo di ricerca ha condotto, è stato tradotto in italiano con l'espressione giurisprudenza regolare allo stesso modo di V. Arangio-Ruiz nella sua traduzione del 1946 all'opera di F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, nel capitolo *Abstraktion*. In ordine a questa scelta avremmo pure potuto lasciare il concetto in lingua originale poiché il lemma ha una connotazione precisa e nata nella romanistica tedesca tra la fine del XIX secolo e gli inizi del secolo scorso. Lo impiegano P. Jörs, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*. 1, Ber-

lin, 1888, p. 283 ss. e F. Pringsheim, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für O. Lenel*, Lipsia 1921, p. 246.

Tali autori condividono la tesi che a partire dal II secolo a.C. i giuristi abbiano iniziato a formulare regole conclusive astratte, qualificate dai classici come *regulae veterum*. Su questo punto Wieacker afferma:

«La letteratura giuridica del III e II secolo a.C. riflette fedelmente gli inizi del pensiero giuridico romano. Secondo le nostre vaghe informazioni, si trattava inizialmente solo di una registrazione scritta degli esiti: comunicazione di leggi, moduli negoziali e formule processuali, probabilmente anche di *responsa* particolarmente significativi; questo corrisponde alla loro identificazione come *monimenta o commentarii* (annotazioni di cose notevoli, soprattutto relative alla propria attività). Se qui non c'è ancora una compiuta elaborazione, la parte relativa alla *interpretatio* dell'opera attestata dell'attività giuridica antica avrebbe invece incluso anche la trasmissione dei risultati dei processi del pensiero giuridico, presumibilmente sotto forma di regole»<sup>1</sup>.

Il suo pensiero può essere dimostrato con la cosiddetta 'regola Catoniana' attribuita a Catone il giovane, il quale in un responso dichiarò che un legato inizialmente nullo al momento della confezione del testamento non diventava valido, se prima della morte del disponente fosse cessata la causa di nullità. Noi abbiamo dubbi che in origine la *sententia Catoniana* fosse già stata qualificata come *regula*<sup>2</sup>, sembrando, a nostro parere, più probabile

---

<sup>1</sup> V. *supra* p. 72.

<sup>2</sup> Nell'opinione di L. WENGER (1953), p. 487 nt. 151, a partire da Catone il Giovane sarebbe iniziata la discussione sulla regola giuridica anche se, come sostiene V. GIUFFRÈ (2015), p. 13, e dello stesso autore (2016), p. 10, mancano alcuni anelli, soprattutto quelli iniziali, nella catena che avrebbe condotto alla sua individuazione; infatti, come giustamente osserva M. HUMBERT (1971), p. 334, la qua-

che tale denominazione appartenga alla giurisprudenza successiva<sup>3</sup>.

Wieacker poi sottolinea: «Questa prima fase si estende fino all'inizio del I secolo a.C.»; infatti, un primo approccio alla regola giuridica è attribuito a Quinto Mucio Scevola nel suo *liber singularis* ὄρων, opera di dubbia autenticità secondo diversi studiosi<sup>4</sup>, anche se attualmente prevalgono opinioni meno scettiche<sup>5</sup>. Quest'opera denominata 'definizioni' era una raccolta di sentenze e aforismi che conosciamo grazie ai pochi brani pervenuti nel Digesto<sup>6</sup>; ad esempio, in D. 50.17.73.3, Quint. Muc. *lib. sing. tro-*

---

lifica di *regulae* è tarda (Sabino e Nerazio) e per D. NÖRR (1972), p. 19, il termine *regula* non sembrerebbe essere ancora impiegato in età repubblicana. Ad avviso di C. MASI DORIA (2011), p. 31, le regole della giurisprudenza preclassica, prendendo spunti dalla *regula Catoniana*, 'sono strumenti prevalentemente definitivi (non per questo privi di funzione normativa), descrivono le conseguenze giuridiche di una premessa data. Sono proposizioni che enunciano in termini generali, sintetici, una certa definita disciplina giuridica'.

<sup>3</sup> Il ricordo più antico della regola Catoniana si trova in D. 34.7.1 pr., Cels. 35 *dig.* in cui Celso dichiara che in alcuni casi risulta non vera (*in quibusdam falsa est*); infatti, non si applica ai legati condizionali. Su questo punto P. STEIN (1966), p. 33, mette in dubbio che Catone abbia organizzato il diritto romano in *regulae*, concludendo che nel suo complesso i giuristi del II secolo a.C. non avevano ancora una visione scientifica del diritto; essi hanno fornito letteratura al diritto romano e si dovrà aspettare la successiva generazione di giuristi per iniziare a parlare di scienza.

<sup>4</sup> O. LENEL (2000), p. 762 nt. 7 e H. KRÜGER (1930), p. 336. Il secondo studioso ritiene il titolo dell'opera un indice sicuro della sua non classicità, non sarebbe concepibile, a suo avviso, che i romani dell'età classica dessero un titolo greco ad un'opera scritta in latino e di contenuto romano e, per ultimo F. SCHULZ (1968), p. 171.

<sup>5</sup> G. SCHERILLO (1952), p. 180; STEIN (1966), p. 36 e A. SCHIAVONE (1976), p. 74.

<sup>6</sup> In D. 41.1.64; D. 43.20.8; D. 50.16.241; D. 50.17.73 pr.-1; D. 50.17.73.2 = D. 43.24.1.5; D. 43.24.5.8; D. 50.17.73.3-4.

viamo l'affermazione di una *regula iuris*, sulla cui applicazione non esistevano dubbi, poiché era un primo risultato della giurisprudenza repubblicana<sup>7</sup> chiaramente condiviso da tutti: *quae in testamento ita sunt scripta, ut intellegi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent*; infatti, in D. 34.8.2, Alf. Var. 5 dig. si dichiarò la stessa regola: *Quae in testamento scripta essent neque intellegerentur quid significarent, ea perinde sunt ac si scripta non essent...*

## 2. *Definitio* e *regula* nel metodo dialettico usato da Servio

I termini *regula* e *definitio*, in origine, avevano un significato legato al lavoro della terra; infatti, il primo concetto identificava uno strumento di misurazione inventato dai *maiores* ed usato dai contadini nell'agricoltura come attestato in Colvm. 3.13.11<sup>8</sup>, il secondo invece, indicava l'azione di delimitare i confini con l'aratro<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Infatti, come giustamente afferma S. RICCOBONO (1968), p. 361, le *regulae iuris* provengono in massima parte dalla fine della Repubblica e segnano l'inizio dell'elaborazione scientifica del diritto. Sull'argomento si veda M. MIGLIETTA (2012), pp. 187-243.

<sup>8</sup> ... *Sed huic operi exigendo quasi quondam machinam commentum maiores nostri regulam fabricaverunt, in cuius latere virgula prominens ad eam altitudinem, qua deprimi sulcum oportet, contingit summam ripae partem. Id genus mensurae ciconiam vocant rustici; sed ea quoque fraudem recipit, quoniam plurimum interest, utrum eam pronam an rectam ponas...* Inoltre, la *regula* aveva il significato di fiscolo per la pressatura di olive già frante o di disco, uno degli oggetti necessari per la produzione dell'olio, come affermava Nerazio in una lettera indirizzata ad Aristone in D. 19.2.19.2, Ulp., 32 *ad edict.*: ... *quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas quibus relevatur praelum dominum parare oportere...* oppure, era usata anche in attività edile come ricorda Vitruv. 7.3: *Longitudines ad regulam et lineam, altitudines ad per-*

L'uso del termine *regula* nel senso di criterio o metro di valutazione trova notizia in Cic. *Brut.* 41.152-153 e 42<sup>10</sup>; in tale testo, noto a tutti noi, Cicerone spiega come Servio<sup>11</sup> avrebbe applicato l'arte della dialettica ai casi controversi:

- a. Dividere il tutto in parti (*nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes*).
- b. Spiegare, definendo le essenze nascoste (*latentem explicare definiendo*).
- c. Chiarire, interpretando ciò che è oscuro (*obscuram explanare interpretando*).
- d. Vedere innanzitutto le ambiguità o le incertezze (*ambigua primum videre*).
- e. Differenziarle o precisarle (*deinde distinguere*).

---

*pendiculum, anguli ad normam respondentes exigantur*. Sull'argomento si veda H. DE VILFOSSE (1963), p. 827.

<sup>9</sup> Come si ricorda in D. 50.16.239.6, *Pomp. sing. enchir.*, in relazione al termine *urbs*: '*Urbs*' *ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. et Varus ait urbem appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet*.

<sup>10</sup> *Hic Brutus: Ain tu? Inquit, etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existimo iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia. 153. Hic enim attulit hanc artem omnium artium maximam quasi lucem ad ea quae confuse ab aliis aut respondebantur aut agebantur. XLII. Dialecticam mihi videris dicere, inquit. Recte, inquam, intellegis; sed adiunxit etiam et litterarum scientiam et loquendi elegantiam, quae ex scriptis eius, quorum similia nulla sunt, facillime perspici potest.*

<sup>11</sup> Un interessante studio sull'applicazione del metodo dialettico nella scuola serviana è fatto da M. MIGLIETTA (2004), pp. 1-3.

f. Infine, avere una regola, criterio o metro di valutazione (*postremo habere regulam*) attraverso il quale giudicare il vero e il falso (*qua vera et falsa iudicarentur*), e quali conseguenze si sarebbero potute trarre e quali no, date certe premesse (*et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*).

Sembra necessario sottolineare che nel metodo dialettico la *definitio* aveva come finalità quella di determinare i confini della questione e dopo occorreva un'*interpretatio* per dare luce ai problemi che fossero rimasti oscuri<sup>12</sup>; tuttavia, il momento più critico era la determinazione delle ambiguità o le incertezze di questioni non chiare<sup>13</sup>; su que-

---

<sup>12</sup> La *obscuritas* potrebbe avere diverse origini, come si ricorda in Quint. 8.2.12-14, da parole arcaiche non più in uso, ad esempio quelle che potrebbero trovarsi fra i commentari dei pontefici, di antichissimi trattati di autori arcaici: *At obscuritas fit verbis iam ab usu remotis, ut si commentarios quis pontificum et vetustissima foedera et exoletos scrutatus auctores id ipsum petat ex his, quae inde contraxerit, quod non intelleguntur*. Un esempio potrebbe trovarsi in D. 37.10.9, Ner. 6 *membran.*, in cui Nerazio cerca di dare luce a termini scritti da Labeone in una sua opera in relazione all'editto Carboniano che sembrerebbero oscuri '*quotiens suppositus esse dicitur pupillus, cum quo de patris eius hereditate controversia est, curare praetorem debere, ut is in possessione sit de eo puto eum velle intelligi...*'. Altri casi di *obscuritas* riguarderebbero il significato di una parola usata in una determinata regione o che avrebbe potuto avere un significato preciso in una disciplina tecnica: *Fallunt etiam verba vel regionibus quibusdam magis familiaria vel artium propria...*; ad esempio, i nomi tecnici degli utensili necessari per la produzione dell'olio potevano non essere noti ad un giurista che non avesse avuto familiarità con tale attività come Aristone, il quale avrebbe chiesto una delucidazione a Nerazio sull'argomento D. 19.2.19.2, Ulp. 32 *ad edict.* Inoltre, in Quint. 8.2.14 si spiega che l'*obscuritas* potrebbe trovarsi in un discorso complesso e continuato: *Plus tamen est obscuritatis in contextu et continuatione sermonis...* Su questa problematica si veda A. CARCATERRA (1966), p. 85.

<sup>13</sup> Dobbiamo ricordare che Giuliano scrisse un'opera dedicata al-

sto punto Cic. *de inv.* 2.40, spiega che una controversia era considerata ambigua, quando c'erano dei dubbi sul pensiero dello scrivente, poiché la dichiarazione scritta (in una disposizione testamentaria) aveva due o più significati: ... *Ex ambiguo autem nascitur controversia cum quid senserit scriptor obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat...* Il giurista, identificando le diverse interpretazioni, precisava o determinava quali non erano adatte al caso concreto, argomentando i motivi per i quali non erano adeguate, scegliendo l'interpretazione più consona al caso concreto.

La *regula* del metodo dialettico è un criterio o metro di valutazione nella determinazione della questione motivo di indagine<sup>14</sup>; questo primo risultato permette non solo di distinguere le conclusioni vere da quelle false, ma anche di sottolineare le conseguenze di questo criterio. Su tale aspetto dobbiamo ricordare che, quando diversi giuristi arrivano alla stessa conclusione in relazione a problemi

---

l'ambiguità [O. LENEL (2000), p. 318]; infatti, il giurista nel suo *liber singularis de ambiguitatibus* presenta problemi in cui potrebbero esistere due o più interpretazioni; in tali casi il ruolo della giurisprudenza sarebbe stato quello di scegliere l'interpretazione più adatta al caso concreto. Su questo aspetto S. TAFARO (1998), p. 17, afferma: 'Sicché si può affermare che in senso tecnico l'*ambiguitas* veniva riconosciuta in tutti i casi nei quali una o più parole o un contesto si prestasse ad avere due, ma anche più, significati, nessuno dei quali potesse essere escluso *a priori*, senza un'attenta interpretazione. Spettava all'interprete indicare il vero significato del testo; pertanto, l'*ambiguitas* esaltava proprio il ruolo dell'interprete del diritto, chiamato a sciogliere i dubbi e a far emergere il contenuto precettistico e regolamentativo là dove, senza di lui, vi sarebbe stata solo incertezza'.

<sup>14</sup>In questo senso P. STEIN (1966), p. 52 = P. STEIN (1978), p. 176. D. NÖRR (1972), p. 25, sostiene che una regola giuridica non è il risultato di un'analisi individuale in cui l'immaginazione ha la sua importanza, ma che tale risultato ha come fondamento una quantità di decisioni simili.

giuridici della stessa natura, si verificherebbe la nascita di una regola giuridica, che potrebbe rappresentare una chiave interpretativa per la soluzione di nuovi casi analoghi. La caratteristica della regola giuridica sarebbe il suo valore autorevole condiviso da tutti, poiché da tale decisione, dopo l'analisi di un caso specifico, trarrebbe conferma nel pensiero giuridico; così, finché esiste il *ius controversum* su una determinata questione, si esclude la validità di una regola in un determinato momento storico, poiché la *communis opinio* è fondamentale nella determinazione della sua efficacia<sup>15</sup>.

### 3. Concetto di *regula* in Sabino

Wieacker nella stessa parte della sua opera afferma che «quando i compilatori di Giustiniano cercarono un'adeguata introduzione alla loro raccolta di regole, non trovarono nulla di più appropriato di un monito a non soprav-

---

<sup>15</sup> Su questo aspetto V. GIUFFRÈ (2015), p. 13 afferma: «Il processo era il seguente: dalla constatazione della preponderante prassi in un determinato senso – prassi ovviamente ritenuta conforme al *ius* – o dal proprio tormentato convincimento esegetico-sistematico eventualmente non del tutto coincidente si perveniva alla enucleazione e formulazione della regola; la regola costituiva il punto di partenza di altre analisi a riguardo di fattispecie analoghe o più complesse; l'esito di tali analisi esigeva che la regola fosse integrata e/o riformulata; e così quel *ius* che sembrava essersi cristallizzato nella *regula iuris* continuava ad evolversi». Come sostiene E. STOLFI (2014), p. 19, si arriva attraverso l'astrazione alla costruzione di tipologie e paradigmi. Un esempio a riguardo, che proponiamo noi, si osserva in D. 47.19.6, Paul. 1 *ad Ner.*, in tale testo Nerazio riconosce la regola *rei hereditariae, antequam ab herede possideatur, furtum fieri non potest*, ma il giurista presenta un caso d'eccezione alla stessa: se la persona avesse sottratto la *res*, senza avere notizia che si trattasse di una cosa ereditaria, la *existimatio subripiantis* sarebbe stata l'elemento per considerare l'esistenza di un furto.

valutare la regola» e poi ricorda il celebre concetto di *regula* che si trova affermato in D. 50.17.1, Paul. 16 *ad Plaut.*<sup>16</sup>:

*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum.*

Una regola descrive in breve lo stato delle cose (*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat*), questo spiegherebbe perché nei libri *regularum* troviamo anche definizioni; infatti, descrivere lo stato di un concetto significa determinare i suoi propri confini. L'affermazione di Paolo che da una regola non si ricava il diritto vigente, ma è dal diritto vigente che si costruisce la regola (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*), ha semplicemente come scopo quello di sottolineare l'importanza della realtà giuridica nella sua formazione; la *regula* fornisce soltanto una visione statica del diritto, ma il *ius*, per sua propria natura, è dinamico e potrebbe cambiare; ad esempio, in D. 33.7.5, Lab. 1 Πιθανά a Paul. *epitom.*, in cui Labeone dichiarava che l'uso di una diversa terminologia indicava lo stesso concetto, perde completamente efficacia quando la giurisprudenza attribuisce un significato diverso al *fundus instructus* rispetto al *fundus cum instrumento*; perciò, quando tale regola non trova più conferma nel diritto vigente, non avrà più validità<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>Non sappiamo il contesto in cui Paolo enuncia il concetto di regola, soprattutto perché il libro sedicesimo *ad Plautium* tratta il problema delle manomissioni. Infatti, anche O. LENEL (2000), p. 1173 nt. 1 dichiara: *quo haec spectent, ignoro*. Nello stesso senso C.A. CANNATA (1971), p. 182. A. WACKE (2007), p. 2826, parla di una 'regola delle regole' ovvero di una 'meta-regola'.

<sup>17</sup>Correttamente M. BRETONE (2003), p. 290, ritiene che in questo concetto di regola Paolo, risalendo fino a Sabino, riconosceva

Attraverso una regola viene quindi trasmessa una breve descrizione di una fattispecie (*per regulam igitur*<sup>18</sup> *brevis rerum narratio traditur*) e, come affermava Sabino, la stessa sarebbe stata in un certo modo una sintetica descrizione degli aspetti rilevanti di una fattispecie concreta (*et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est*<sup>19</sup>), ma non appena questa si fosse rivelata viziata in qualche parte avrebbe perso la sua efficacia (*quae simul cum in aliquo*

---

ad ogni formulazione regolativa solo un carattere ausiliare nel discorso giuridico e dichiara che probabilmente Nerazio guardò le cose in un altro modo concludendo con una domanda 'Ma fino a che punto?'. La nostra risposta sull'argomento si può dedurre più avanti in questo lavoro: Nerazio condivide il pensiero sabiniano, come si evincerebbe dal contenuto dei *Regularum libri XV*. Diversità di posizioni tra Labeone e Sabino in relazione alla *regula* è considerata da P. STEIN (1977), pp. 55-67, tesi condivisa da MASI DORIA (2011), p. 34.

<sup>18</sup> Giustamente B. SCHMIDLIN (1970), p. 12, osserva che la funzione del termine *igitur* sarebbe quella di dare una conclusione; infatti, la frase *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur* è la ripetizione della prima idea menzionata da Paolo all'inizio del brano: *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat*. Nörr, *Spruchregel und Generalisierung*, p. 21, identifica le parole con cui i giuristi si riferivano ad una regola, ad esempio in D. 41.3.33.1 e D. 41.5.2.1, Giul. 44 *dig.* usa i termini *vulgo respondetur* e in D. 41.2.3.19, Paul. 54 *ad edict:* ... *a veteribus praeceptum est*.

<sup>19</sup> In questo senso B. SCHMIDLIN (1970), p. 12, A. WACKE (2007), p. 2826; infatti, questo sarebbe stato il significato di *causa coniectio* nel brano di Gaio, 4.15, in cui il giurista spiega che le parti nella fase *apud iudicem*, prima che la causa fosse trattata, spiegavano al giudice il problema in modo breve e come per sommi capi (*causae coniectio*), come se fosse una sorta di riduzione della causa in termini minimi (... *Deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per iudicem rem exponere: quae decebatur causae coniectio, quasi causae suae in breve coactio*). Si vedano, inoltre, B. SANTALUCIA (1974), pp. 259-276, A. CORBINO (2014), pp. 47-82 e, dello stesso autore (2016), p. 35, e A. PALMA (2015), pp. 93-114.

*vitiata est, perdit officium suum*). La regola permette così di conoscere in modo astratto il risultato dell'esperienza dei giuristi in relazione ai casi pratici, trovandosi un comune denominatore, come adeguatamente afferma Kaser<sup>20</sup>. Tuttavia, il problema consiste nel determinare in che momento preciso la *regula* avesse perso la sua efficacia, poiché, nonostante si fosse ridotto il suo campo d'applicazione, essa sarebbe potuta rimanere valida indefini-

---

<sup>20</sup>M. KASER (1986), p. 147. Secondo il nostro pensiero la regola nasce in questo modo: un problema giuridico potrebbe trovare diverse soluzioni (x, y, z) e ogni giurista potrebbe scegliere una di queste, argomentando la *ratio* di tale scelta, ma, se con il trascorrere del tempo le soluzioni 'x' e 'y' proposte dai giuristi non più in vita non avessero trovato ancora consenso nella giurisprudenza in un determinato momento storico, sarebbe rimasto come unico criterio 'z', poiché sarebbe stato il più adatto al caso specifico. La regola sarebbe la soluzione 'z' formulata in una frase semplice, di facile ricordo e ripetuta dai giuristi successivi ogni volta che trovasse applicazione in un responso o come indica T. FINKENAUER (2015), pp. 15-21 = (2016), pp. 77-86: «una massima giuridica, formulata in modo generale, che ha trovato un'espressione concisa e perciò una qualità proverbiale». Su questo aspetto L. VACCA (2012), p. 140, «La regola casistica rappresenta... il prodotto di un'astrazione mediante induzione delle soluzioni individuate fino a quel momento, non solo per casi eguali ma anche per casi che si possono ritenere analoghi», E. STOLFI (2014), p. 70, sostiene che la regola è «il canone interpretativo di più vasta portata, non costituisce – qui come altrove – la parola conclusiva: le ragioni di un *ius* inteso quale *ars boni et aequi* imponevano di assumerli sempre come dati provvisori, suscettibili e anzi bisognosi di riesame». Per ultimo G. COSSA (2018), p. 446, afferma: «In astratto, si potrà ancora ripetere che una *regula iuris* consiste in una peculiare tipologia di enunciato giuridico, di natura essenzialmente descrittiva, che informa su un rapporto di condizionamento tra fatti attinenti al diritto, in maniera chiara e diretta». Lo stesso studioso sottolinea (p. 448) come nella formazione della regola sia stata necessaria un'operazione di tipo inizialmente induttivo, come avrebbero ammesso anche altri studiosi, cfr. L. VACCA (2000), p. 56, ed E. STOLFI (2014), p. 51.

tamente<sup>21</sup>, ma, vista la sua evidente inadeguatezza storica, la regola non avrebbe avuto più valore, come dichiara Sabino (ad esempio il caso già citato in D. 33.7.5, Lab. 1 Πιθανά a Paul. epitom.).

#### 4. I libri *regularum* nella giurisprudenza del I al III secolo d.C.

Una seconda opera di regole giuridiche potrebbe essere i Πιθανά di Labeone, ove πιθανός λόγος ha il significato di discorso persuasivo o l'argomento plausibile. Come ricorda Bretonne: «il consiglio è persuasivo perché è competente, ma anche perché è autorevole. In quanto esperto delle sue tecniche, ma anche perché capace (come politico e come filosofo) di individuarne i fini, il giureconsulto è in grado di suggerire o di imporre la regola del comportamento pratico»<sup>22</sup>.

La prima opera di regole giuridiche denominata in questo modo fu di Nerazio e risultò divisa probabilmente in quindici libri, di cui sono pervenuti nel Digesto soltanto sette brani<sup>23</sup>; questo genere letterario troverà una grande

---

<sup>21</sup> Infatti, come avrebbero detto i giuristi medievali *exceptio firmitat regulam*, su questo argomento C. NITSCH (2007), pp. 3787-3827 e G. COSSA (2018), p. 450, il quale sottolinea che la regola con il tempo andrebbe incontro ai necessari aggiornamenti o correttivi.

<sup>22</sup> M. BRETONNE (1973), pp. 171-193, con cui lo studioso dimostra come il discorso labeoniano assume talvolta un andamento teoretico, analogico o sillogistico; è scettico circa la posizione di Bretonne, M. TALAMANCA (1975), pp. 1-40; M. BRETONNE (1982), p. 361 risponde alle critiche di Talamanca.

<sup>23</sup> O. LENEL (2000), p. 774 n. 1 afferma: '*Qualis fuerit in his libris rerum ordo, ex paucis quae supersunt fragmentis pro certo effici non potest*'. I testi che sicuramente appartenevano a quest'opera sono: del libro terzo, D. 26.1.18 e D. 26.3.2; del libro quarto D. 8.3.2; del libro quinto D. 41.1.15 e D. 41.3.40; del libro sesto D. 41.1.13 e del libro decimo D. 30.118.

diffusione nella giurisprudenza classica; infatti, altri giuristi successivi<sup>24</sup> composero lavori con lo stesso titolo, come Pomponio, *Regularum liber singularis*<sup>25</sup>, Gaio, *Regularum libri III*<sup>26</sup>, *Regularum liber singularis*<sup>27</sup>, Cervidio Scevola, *Regularum libri IV*<sup>28</sup>, Paolo, *Regularum liber singularis*<sup>29</sup>, Licinio Rufino, *Regularum libri XII*<sup>30</sup>, Marciano, *Regularum libri V*<sup>31</sup> e Modestino, *Regularum libri X*<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> Su questo argomento si veda B. SCHMIDLIN (1970), p. 120 ss. C.A. CANNATA (1971), p. 181 spiega che le *regulae* del tipo contenuto nei *libri regularum* sono «proposizioni nelle quali il carattere di regola non dipende dal contenuto, ma dal modo in cui la proposizione è costruita... soluzioni casistiche enunciate in forma regolare, che non pretendono valore universale, ma attendono universale consenso, che non si considerano poste come norme, ma proposte, ad opera del singolo giurista che le enuncia, come conclusioni da acquisire».

<sup>25</sup> Sono pervenuti nel Digesto sette brani D. 8.1.17, D. 12.2.41, D. 44.7.24, D. 28.1.16, D. 29.2.63, D. 35.1.35, D. 49.17.10, cfr. O. LENEL (2000), p. 85.

<sup>26</sup> I compilatori hanno inserito nel Digesto soltanto due brani, del libro primo in D. 50.17.100 e del libro terzo D. 47.10.43, cfr. O. LENEL (2000), p. 251.

<sup>27</sup> Pervenuto soltanto D. 1.7.21, cfr. O. LENEL (2000), p. 251.

<sup>28</sup> I *regularum libri IV* di Scevola è una delle opere del secolo II d.C., che su questa materia trova più brani nel Digesto; così, del libro primo D. 8.6.20, 22.24, D. 23.2.54, D. 4.6.45, D. 50.7.6, D. 27.1.22, D. 50.4.5; del libro secondo D. 38.4.7; del libro terzo D. 50.5.3; del libro quarto D. 22.5.8, D. 48.4.4, D. 47.10.38, D. 48.5.15, D. 48.6.2, D. 48.7.2, D. 38.10.7, D. 48.9.2, D. 48.11.2, D. 49.5.2, cfr. O. LENEL (2000), p. 285.

<sup>29</sup> Pervenuti alcuni brani: D. 3.1.10, D. 19.2.38, D. 22.1.30, D. 24.1.43, D. 40.1.9, D. 42.5.32, D. 49.5.3, D. 49.16.10, cfr. O. LENEL (2000), p. 1223.

<sup>30</sup> I compilatori hanno incorporato questi testi nel Digesto: del libro primo D. 23.2.51, D. 40.7.32 e D. 41.3.25, del libro secondo D. 22.5.6, D. 28.5.75 e D. 50.17.210, del libro terzo D. 1.16.15, del libro quarto D. 5.1.38, D. 31.62, D. 34.4.21, del libro quinto D. 40.5.16, del

libro sesto D. 24.1.41, del libro settimo D. 50.16.155, del libro ottavo D. 18.1.70, D. 44.7.58, del libro decimo D. 50.16.156, del libro dodicesimo o tredicesimo D. 42.1.34, cfr. O. LENEL (2000), p. 559.

<sup>31</sup>Una gran quantità di testi di quest'opera si trova nel Digesto: del libro primo, D. 30.119, D. 40.4.26, D. 47.11.4, D. 48.22.5, del libro secondo, D. 4.3.36, D. 4.6.46, D. 4.8.51, D. 26.8.15, D. 28.2.32, D. 28.5.39, D. 29.2.55, D. 29.7.7, D. 34.5.15, D. 36.1.35, D. 39.6.26, D. 42.6.7, D. 46.3.44, D. 49.16.11, D. 49.18.3, del libro terzo, D. 8.1.1, D. 8.2.35, D. 12.4.13, D. 12.6.40, D. 19.5.25, D. 18.1.44, D. 23.3.52, D. 25.2.25, D. 33.4.5, D. 44.4.10, D. 28.5.52, D. 30.121, D. 33.9.2, D. 34.5.16, D. 34.5.18, D. 36.4.7, D. 38.5.2, D. 40.2.10, D. 41.2.43, D. 46.3.46, del libro quarto, D. 1.8.8, D. 4.8.52, D. 9.2.16, D. 11.3.17, D. 12.3.5, D. 13.7.32, D. 18.1.45, D. 21.1.52, D. 22.1.32, D. 23.2.58, D. 37.5.20, D. 40.2.14, D. 40.5.53, D. 40.5.55, D. 46.1.23, D. 46.3.47, D. 47.2.63, del libro quinto D. 1.7.31, D. 1.7.33, D. 8.5.19, D. 11.5.3, D. 15.1.40, D. 26.5.10, D. 27.1.27, D. 34.9.3, D. 37.4.15, D. 39.6.27, D. 40.8.5, D. 42.5.34, D. 44.3.9, D. 48.4.5, D. 48.13.6, cfr. O. LENEL (2000), p. 680.

<sup>32</sup>Molti brani di questa opera sono pervenuti nel Digesto e un testo in cui si ricorda quest'opera si trova anche negli *Scholia Sin.* 13: del libro primo D. 1.3.7, D. 1.3.40, D. 31.31, D. 34.5.27, D. 40.1.16, D. 40.9.19, D. 38.1.31, D. 23.2.1, D. 23.2.24, D. 48.5.35, D. 24.2.10, D. 23.3.26, *Scholia Sin.* 13, del libro secondo D. 1.7.1,4, 8,41, D. 7.8.21, D. 23.2.25, D. 44.7.52, D. 45.2.1, D. 46.1.39, D. 46.4.1, del libro terzo D. 12.6.49, D. 2.14.3, D. 20.1.23, D. 17.2.4, D. 44.7.53 pr., D. 46.3.74, D. 50.1.34, D. 50.11.1, D. 2.13.11, D. 3.3.64, D. 44.7.53.1, D. 46.1.40, D. 49.15.4, del libro quarto D. 4.8.48, D. 20.5.8, D. 22.1.40, D. 22.2.3, D. 22.3.24, del libro quinto D. 1.18.18, D. 18.1.62 pr., D. 20.1.24, D. 18.1.62.1, D. 41.3.18, D. 49.14.8, D. 2.14.34, D. 18.1.62.2, D. 44.7.54, D. 48.18.13, libro sesto D. 1.9.3, D. 40.1.17, D. 37.14.8, D. 38.8.7, D. 40.8.2, D. 46.6.7, D. 48.8.11, D. 4.8.38, D. 50.6.5, del libro settimo, D. 1.5.21, D. 40.11.5, D. 24.1.27, D. 41.1.52, D. 45.3.35, D. 50.5.14, D. 50.7.16, D. 50.16.102, del libro ottavo, D. 47.21.1, D. 48.5.36, D. 48.7.6, D. 48.8.12, D. 48.10.27, D. 22.5.2, D. 22.5.7, D. 29.5.17, D. 48.18.14, D. 50.16.103, D. 48.19.23, D. 49.1.17, D. 49.3.3, D. 50.7.17, D. 50.8.10, D. 50.17.196, D. 20.1.25, D. 20.5.6, D. 45.1.100, D. 46.3.75, del libro nono, D. 37.14.9, D. 28.1.28, D. 28.7.25, D. 29.1.32, D. 10.3.17, D. 7.1.52, D. 31.9, D. 31.32, D. 32.82, D. 34.2.9, D. 34.3.19, D. 35.2.58, D. 40.5.13, D.

Il richiamo di Sabino al concetto di regola paolino probabilmente è stato condiviso da Nerazio, quando afferma che, non appena questa si fosse rivelata viziata in qualche parte, avrebbe perso la sua efficacia (*quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*); infatti, i brani dell'opera di Nerazio richiamano soltanto il diritto vigente e non hanno come scopo quello di trovare le *rationes* dei fondamenti del sistema giuridico, poiché lo stesso giurista, in D. 1.3.21, Ner. 6 *memb.*, evitando un atteggiamento critico su questo aspetto, esprime la sua prudenza per non sovvertire diversi elementi rilevanti del passato non più evidenti nel presente: *et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*<sup>33</sup>. Il *ius controversum* non può essere preso in considerazione in questa sede perché, come dichiara Nörr<sup>34</sup>, questo tipo di diritto è instabile, trovandosi in una continua discussione<sup>35</sup> e il compito di Nerazio nel-

---

40.7.26, D. 29.5.18, D. 38.17.3-4, D. 4.6.32, cfr. O. LENEL (2000), p. 732.

<sup>33</sup> F. GRELLE (1972), pp. 135 e 164, ritiene i termini *quae constituuntur* un riferimento implicito alle costituzioni imperiali, tesi condivisa da T. MASIELLO (2008), p. 178, contro V. SCARANO USSANI (1979), p. 59 nt. 110, il quale giustamente dichiara «il *quae constituuntur* doveva, per Nerazio, individuare l'ordinamento, nella pluralità delle sue fonti, così come erano venute ponendosi storicamente». Lo studioso, inoltre (p. 60 ss.), dà una spiegazione del motivo per cui Nerazio fu contrario all'atteggiamento critico verso le antiche istituzioni giuridiche «atteggiamenti intellettuali di tipo neocadademico o addirittura neopirronistico, che cominciarono a fiorire nella cultura coeva, nei circoli colti della capitale e anche presso giuristi contemporanei».

<sup>34</sup> D. NÖRR (1974), p. 16.

<sup>35</sup> Questo non significa che Nerazio abbia ignorato il *ius controversum* nelle sue opere; anzi, il giurista si è confrontato con i pensieri discordanti, dando il suo punto di vista, ma questo tipo di problematica è da considerarsi al di fuori di un'opera dedicata a

la sua opera sarebbe stato quello di individuare certezze nell'ordinamento giuridico mediante astrazione ed isolare la regola in relazione al caso concreto. Secondo Cannata<sup>36</sup>, la via ideale per una ricerca sul metodo dei giuristi romani risulta essere lo studio delle regole giuridiche, poiché la regola è un particolare strumento operativo del giurista, non di uno in particolare, bensì comune a tutti.

---

determinare le regole giuridiche. Esempi di brani in cui Nerazio affronta la controversia giurisprudenziale si trovano in D. 40.7.17, 3 *memb.*, in cui risponde con una *deductio ad absurdum* alla parte della giurisprudenza che avrebbe accettato la possibilità dell'adempimento della condizione '*Si decem heredi dedisset, iussus est liber esse*' con denaro non ottenuto dai profitti dello schiavo nella gestione del peculio. Nel libro quinto della stessa opera in D. 30.124, Nerazio propone l'applicazione di una tesi della scuola proculeiana in materia di designazione nominativa in relazione al legato *per damnationem* per la ripartizione interna dell'onere tra gli eredi. Questa proposta è in chiaro contrasto con quella della scuola sabiniana, come si osserva in D. 45.2.17, Paul. 8 *ad Plaut.* Anche se il *ius controversum* è contemporaneamente innestabile non significa che non dia certezza, anzi, proponeva una serie di soluzioni che potevano essere prese come astrattamente ed oggettivamente vigenti, secondo le parole di M. TALAMANCA (1977), p. 414, situazione per cui se nei *regularum libri XV* di Nerazio fosse stata incorporata una tesi applicata soltanto dalla scuola proculeiana (ad esempio, il criterio della ripartizione interna dell'onere tra gli eredi in caso di designazione nominativa in relazione al legato *per damnationem*) non avrebbe causato particolare stupore, ma siccome i pochi brani dell'opera non contengono esempi in questo senso, sembra più probabile che il giurista avesse deciso di escludere in quest'opera tutti gli esempi in cui non fosse esistita una *communis opinio* della giurisprudenza vigente.

<sup>36</sup> C.A. CANNATA (1971), p. 180, tesi condivisa da V. GIUFFRÈ (2015), p. 11 e dello stesso autore (2016), p. 5.

## Riferimenti bibliografici

- V. ARANGIO-RUIZ-A. GUARINO (1989) = V. ARANGIO-RUIZ-A. GUARINO, *Breviarum Iuris Romani*, Milano 1989.
- F. BONA (1974) = F. BONA, *rec. Greiner*, in *SDHI*, 40 (1974), pp. 504-514.
- M. BRETONE (1973) = M. BRETONE, *Ricerche Labeoniane Πιθανά*, in *PP*, 28 (1973), pp. 171-193.
- M. BRETONE (1982) = M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.
- M. BRETONE (2003) = M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2003.
- C.A. CANNATA (1971) = C.A. CANNATA, *rec. Schmidlin*, *Die römischen Rechtsregeln*, in *IURA*, 22 (1971), pp. 180-196.
- A. CARCATERRA (1966) = A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani*, Napoli 1966.
- A. CARCATERRA (1971) = A. CARCATERRA, *rec. Schmidlin*, *Die römischen Rechtsregeln*, in *SDHI*, 37 (1971), pp. 443-451.
- A. CORBINO (2014) = A. CORBINO, *Caso, diritto e regula. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana*, in *RIDA*, 61 (2014), pp. 47-82.
- A. CORBINO (2016) = A. CORBINO, *Regulae Iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli 2016.
- G. COSSA (2018) = G. COSSA, *Per uno studio dei libri singulares. Il caso di Paolo*, Milano 2018.
- H. DE VILLEFOSSE (1963) = H. DE VILLEFOSSE, *s.v. regula*, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, IV, 2, rist., Graz 1963.
- T. FINKENAUER (2015) = T. FINKENAUER, *Le «regulae iuris» come strumenti mnemotecnici*, in *Index*, 43 (2015), pp. 15-21 = in *Regulae Iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli 2016, pp. 77-86.

- V. GIUFFRÈ (2015) = V. GIUFFRÈ, «*Regulae iuris*» e metodi della «*scientia iuris*». *Prospettive di approfondimenti*, in *QLSD*, 5 (2015), pp. 11-26.
- V. GIUFFRÈ (2016) = V. GIUFFRÈ, *Regulae Iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli 2016.
- Y. GONZÁLEZ ROLDÁN (2014) = Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari 2014.
- R. GREINER (1973) = R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe 1973.
- F. GRELLE (1972) = F. GRELLE, *L'Autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli 1972.
- M. HUMBERT (1971) = M. HUMBERT, *rec. Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln*, n *RHDE*, 49 (1971), pp. 334-336.
- M. KASER (1986) = M. KASER, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln 1986.
- R. KNÜTEL (1974) = R. KNÜTEL, *rec. Greiner*, in *Iura*, 25 (1974), pp. 145-162.
- H. KRÜGER (1930) = H. KRÜGER, *Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi Bonfante*, 2, Milano 1930, pp. 301-337.
- O. LENEL (2000) = O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, rist. Roma 2000.
- D. LIEBS (1976) = D. LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in *ANRW*, II, 15, Berlin-New York 1976, pp. 282-284.
- C. MASI DORIA (2011) = C. MASI DORIA, *Principii e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, a cura di A. Lovato, Bari 2011, pp. 19-42.
- T. MASIELLO (2008) = T. MASIELLO, *Corso di Storia del Diritto Romano*, Bari 2008.
- M. MIGLIETTA (2004) = M. MIGLIETTA, *Intorno al metodo dialettico della scuola serviana: cenni in materia di conflitto logico tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Alfeno Varo*, in *Diritto @ Storia*, 3 (maggio 2004), pp. 1-3.

- M. MIGLIETTA (2012) = M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardo repubblicana e formazione della regula iuris*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 25 (2012), pp. 187-243.
- C. NITSCH (2007) = C. NITSCH, «*Exceptio firmat regulam*». *Un contributo sul ragionamento giuridico*, in *Studii in O. di L. Labruna*, 6, Napoli 2007, pp. 3787-3827.
- D. NÖRR (1972) = D. NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, in *ZSS*, 89 (1972), pp. 18-93.
- D. NÖRR (1974) = D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974.
- A. PALMA (2015) = A. PALMA, *Legge e giudice, norma e regola*, in *BIDR*, 109 (2015), pp. 93-114.
- S. RICCOBONO (1968) = S. RICCOBONO, *s.v. regulae juris*, in *NNDI*, 15, Torino 1968, pp. 360-361.
- B. SANTALUCIA (1974) = B. SANTALUCIA, «*Regulae iuris*», in *Labeo*, 20 (1974), pp. 259-276.
- V. SCARANO USSANI (1979) = V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979.
- G. SCHERILLO (1952) = G. SCHERILLO, *Note critiche su opere della giurisprudenza romana*, in *IURA*, 3, (1952), pp. 180-198.
- A. SCHIAVONE (1976) = A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, Bari 1976.
- B. SCHMIDLIN (1970) = B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Wien 1970.
- F. SCHULZ (1968) = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968.
- P. STEIN (1966) = P. STEIN, *Regulae iuris from juristic rules to legal maxims*, Edinburgh 1966.
- P. STEIN (1977) = P. STEIN, *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, 80 (1977), pp. 55-67.
- P. STEIN (1978) = P. STEIN, *The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science*, in *Festschrift F. Wieacker*, Göttingen 1978, pp. 175-184.

- E. STOLFI (2014) = E. STOLFI, *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC, Roma 22-23 febbraio 2013*, a cura di L. Vacca, Napoli 2014, pp. 1-72.
- S. TAFARO (1998) = S. TAFARO, *Il Giurista e l'ambiguità. Ambigere, ambiguitas, ambiguus*, Bari 1998.
- M. TALAMANCA (1975) = M. TALAMANCA, *I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica*, in *IURA*, 26 (1975), pp. 1-40.
- M. TALAMANCA (1977) = M. TALAMANCA, *rec. Nörr Rechtskritik in der römischen Antike*, in *BIDR*, 80 (1977), pp. 406-449.
- L. VACCA (2000) = L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi. Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC (Perugia, 25-26 giugno 1999)*, Torino 2000, pp. 39-66.
- L. VACCA (2012) = L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 2012.
- A. WACKE (2007) = A. WACKE, *Brocardi giuridici e assimilazione dei diritti nazionali europei*, in *Scritti per G. Franciosi*, 4, Napoli 2007, pp. 2825-2850.
- L. WENGER (1953) = L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953.

### Abstract

With the present study we want to delve deeper into the concept of *regula iuris* by looking for traces in the Republican age to understand the meaning of the concept of Sabinus shared by Paul and then proceed to make a comparison with the thought of other classical jurists, in particular with Nerazius, since in this author, in our opinion, we find a clear confirmation of the Sabinian position on the subject.

### Key Words

Jurist, rule, method, definition, case.

**Daniele Vittorio Piacente**  
**DAL 'COLLASSO' ALLA**  
**GIURISPRUDENZA UMANISTICA**

Franz Wieacker attribuisce fama duratura alla scuola giuridica pregiustiniana per aver salvaguardato la tradizione dei giuristi classici e per aver creato una base didattica praticabile attraverso la selezione indipendente da grandi masse di materiale giuridico, armonizzato e trasformato in maniera più facilmente comprensibile. Lo studioso equipara i giuristi pregiustiniani alla giurisprudenza bolognese, precisando che è diventato compito della scuola racchiudere la parola viva del giurista classico in un libro dotato di autorità<sup>1</sup>.

Andrea Giardina precisa che il Tardoantico è venuto a occupare lo spazio riservato all'alto Medioevo finendo per connettersi direttamente alla modernità<sup>2</sup>. L'opposta tendenza di dilatare il Medioevo dalla metà del terzo secolo d.C. al diciannovesimo secolo, più che una reazione all'espansione del Tardoantico, rappresenta un 'coerente svolgimento' di essa<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> V. *supra* p. 94.

<sup>2</sup> A. GIARDINA (1999), p. 168.

<sup>3</sup> Secondo alcuni la tarda antichità, considerata come sottoperiodo del Medioevo, si estenderebbe dal III secolo d.C. al X; si veda J. LE GOFF (1991<sup>2</sup>), pp. 67 ss.

In relazione alla storia giuridica, vi sarebbe qualche elemento che potrebbe indurre a 'leggere' il Tardoantico, con particolare riguardo al periodo giustiniano, in sintonia con i secoli che vanno dal XII al XVII<sup>4</sup>. Infatti, dopo la riscoperta del Digesto a Bologna ad opera di Irnerio (tra il 1100 e il 1120), tra il dodicesimo e il quattordicesimo secolo si svilupparono due scuole di diritto denominate, per il metodo di indagine impiegato dai loro cultori, dei Glossatori e dei Commentatori<sup>5</sup>. I maestri bolognesi presero in considerazione dapprima il Digesto giustiniano, elaborando le loro dottrine sul testo<sup>6</sup>: dalla *lectio*, spesso infedele, della *Littera bononiensis* o *vulgata* all'intero *Corpus* legislativo dell'imperatore bizantino (il Digesto, le Istituzioni, il Codice, le Novelle). L'opera era divisa in cinque *volumina*, dei quali tre contenevano rispettivamente il *Digestum vetus*, l'*Infortiatum*, il *novum*, il quarto i primi nove libri del Codice, il quinto le Istituzioni, gli ultimi tre libri del *Codex* e le Novelle, raccolte in nove *collationes*. A queste si aggiunse, intorno alla metà del tredicesimo secolo d.C. una decima, comprendente alcune costituzioni degli imperatori romano-germanici, il trattato di Costanza e i cosiddetti *Libri feudorum*, contenenti una raccolta di consuetudini feudali.

Wieacker ricorda che molti aspetti decisivi del fenomeno bolognese sono stati oggi chiariti e messi in relazione con il movimento scientifico più generale del «Rinascimento del XII secolo»<sup>7</sup>. Il cammino del diritto ro-

---

<sup>4</sup> D.V. PIACENTE (2020), pp. 87 ss.

<sup>5</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI (2001), pp. 63 ss.

<sup>6</sup> Nel 1820 Friedrich von Bluhme avanzò la cosiddetta 'teoria delle masse' sul metodo sistematico di lavoro e sulla rapidità di collazione delle opere contenute nel Digesto. Vd. A. GUARINO (1987), pp. 319 ss.; D. MANTOVANI (1989), pp. 3 ss.; M. KELLER (2017), pp. 152 ss.

<sup>7</sup> V. *supra* p. 104.

mano in Europa significò un'appropriazione sempre nuova e ogni volta più profonda dello spirito dell'antichità, quello, appunto, dei Glossatori, degli Umanisti, della Scuola storica.

Autorità e ragione, le due categorie che informarono l'attività dell'una e dell'altra Scuola intorno al *Corpus iuris civilis* giustiniano, ponevano il diritto fuori della storia, trasfigurandolo in realtà del presente, e favorendo così l'identificazione tra Giustiniano e l'imperatore romano-germanico<sup>8</sup>.

Inconsapevolmente Glossatori e Commentatori, utilizzando il *Corpus* come 'Bibbia del diritto' secondo il principio di autorità, ampliavano a dismisura 'il tempo del diritto giustiniano' e, attraverso l'elaborazione razionale dei contenuti dell'antico testo legislativo, tentavano di gettare un ponte verso il futuro<sup>9</sup>.

L'età dell'Umanesimo letterario e giuridico, databile tra il quindicesimo e il sedicesimo secolo, annovera tra i padri fondatori tre giuristi di diversa nazionalità: l'italiano Andrea Alciato, il tedesco Ulrich Zasius, il francese Guillaume Budé. Si scatenò una critica feroce contro i precedenti movimenti dottrinari al fine di riscoprire e sottolineare, attraverso un'esegesi filologica più puntuale e attenta del *Corpus* legislativo giustiniano, la vera dimensione della civiltà giuridica classica, che Giustiniano aveva profondamente alterato<sup>10</sup>. Se alla filologia spettò il compito di restituire il testo classico genuino depurato da ogni sovrapposizione successiva, alla ragione ci si affidò per ripristinare la libertà assoluta del soggetto-interprete nei confronti degli oggetti da decifrare, alla scoperta «della personalità umana nella sua integralità esistenziale e

---

<sup>8</sup> Così A. CAVANNA (1982), pp. 112 ss.

<sup>9</sup> L. SOLIDORO MARUOTTI (2001), pp. 67 ss.

<sup>10</sup> F.P. CASAVOLA (1980), pp. 165 ss.

nella sua irriducibile originalità rispetto all'esistente che la circondava»<sup>11</sup>.

Sulle ricerche erudite dell'Umanesimo letterario, molto spesso di natura linguistica<sup>12</sup>, si innestò, sul piano più strettamente giuridico, la critica eversiva ai Glossatori e Commentatori da parte della scuola *Culta*, che per essere solidamente localizzata in Francia concretò quello che venne definito il *mos gallicus* di insegnamento e interpretazione del diritto romano, contrapposto al *mos italicus*<sup>13</sup>.

Oltre agli appartenenti alle due scuole italiane ricordate, i *Culti* non risparmiarono neppure Giustiniano e Triboniano. Nell'*Antitribonianus* di François Hotman, pubblicato nel 1567, l'atto fondamentale di accusa era di aver stravolto nella lettera e nello spirito il patrimonio giuridico classico, preparando il terreno agli innumerevoli errori e alle aberrazioni giuridiche dei giuristi medievali<sup>14</sup>. Non meno importante fu l'estromettere dagli interessi di studio, almeno dei giovani francesi, il diritto pubblico romano in quanto, come egli afferma in un punto del secondo capitolo dell'opera, «*Statum reipublicae romanae multum differre a statu Galliae et nihilo secius ex libris Iustiniani non posse addisci*»<sup>15</sup>.

Con gli Umanisti gli interessi storiografici furono più variegati e dal punto di vista cronologico più completi, in quanto l'attenzione fu rivolta non solo al periodo giustiniano, ma anche al quarto e quinto secolo d.C., cioè a quasi tutto il Tardoantico. È indubbio che l'interesse mag-

---

<sup>11</sup> Così A. CAVANNA (1982), p. 175.

<sup>12</sup> Si veda l'opera di collazione tra *Littera bononiensis*, adoperata da Glossatori e Commentatori e il più antico manoscritto del Digesto, la *Littera pisana o florentina*.

<sup>13</sup> P. GROSSI (2024<sup>7</sup>), pp. 34 ss.

<sup>14</sup> V. *supra* p. 113.

<sup>15</sup> F. HOTMAN (1567), pp. 85 ss.

giore si rivolse alla scienza giuridica nel suo complesso e ai singoli giuristi, come ha fatto Jacopo Cuiacio commentando le *Sententiae* di Paolo<sup>16</sup> e concentrando l'attenzione sull'età severiana se si ritiene l'opera genuina, ovvero post-severiana se la si considera un falso<sup>17</sup> e Antonio Augustin, che pubblicò, tra altre opere, il *Liber ad Modestinum*<sup>18</sup>. Si curarono raccolte dei frammenti dei giuristi classici, come quella di Jacques Labitte, pubblicata nella seconda metà del sedicesimo secolo<sup>19</sup>, cui fecero seguito nel diciottesimo secolo quelle di Abraham Wieling<sup>20</sup> e di Carl Ferdinand Hommel<sup>21</sup>, tutte soppiantate dalla *Palingenesia iuris civilis* di Otto Lenel<sup>22</sup>. Fondamentale, inoltre, fu la pubblicazione dell'edizione del Codice Teodosiano, curata da Jacques Godefroy nel 1665<sup>23</sup>.

Al di fuori della scuola dei Culti, va sottolineata la tendenza alle costruzioni sistematiche – esemplare quella di Hugues Doneau<sup>24</sup> – che preparò il terreno, soprattutto attraverso la mediazione di giuristi cronologicamente posteriori all'Umanesimo come Jean Domat e Robert Joseph Pothier, alla codificazione napoleonica del 1804. Sta di fatto che il *mos italicus* non fu mai abbandonato.

Gli Umanisti non furono in grado o non vollero realmente fomentare una rivoluzione culturale ma, ispirati a

---

<sup>16</sup> J. CUIACIUS (1838).

<sup>17</sup> Per il punto sulla questione si veda, da ultimo, I. RUGGIERO (2017).

<sup>18</sup> A. AUGUSTIN (1543).

<sup>19</sup> J. LABITTE (1557).

<sup>20</sup> A. WIELING (1727).

<sup>21</sup> C.F. HOMMEL (1767-1768).

<sup>22</sup> O. LENEL (1889).

<sup>23</sup> J. GOTHOFREDUS (1665).

<sup>24</sup> U. DONELLO (1825).

esso e alle sue impostazioni metodologiche, furono, oltre il già citato trattato di Donello, quelli di Jean Domat, vissuto tra il 1625 e 1696, cui si deve un'opera nella quale è visibile il rapporto con la compilazione giustiniana<sup>25</sup>, e di Robert Joseph Pothier, vissuto tra il 1699 e il 1772, nelle cui opere, tra le quali il *Traité des obligations*<sup>26</sup>, oltre che monografie sulla vendita, società, mandato ed altri istituti, è fondamentale l'attenzione ai testi giustinianeî, riversata in un contributo dal titolo *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*<sup>27</sup>.

L'Umanesimo giuridico, nella misura in cui tendeva a ricollocare la compilazione giustiniana nel suo contesto separandola dalla civiltà giuridica classica, finiva per stabilire una cesura tra Tardoantico, alto Medioevo giuridico e Rinascimento. Su un piano più squisitamente storiografico, tuttavia, l'opzione finale di questo tipo di umanesimo fu quella di un ritorno o di una riproposizione dei modelli culturali e giuridici dell'antichità classica attraverso la filologia. Una ragione libera da ogni servile ossequio all'autorità dei testi giustinianeî finiva con l'annullare ogni distanza storica dall'antichità giuridica classica; impediva, di fatto, una comprensione storicamente rilevante di un mondo giudicato negativamente a priori sulla base di un pregiudizio<sup>28</sup>. La giurisprudenza umanistica, quindi, secondo Wieacker, è sorta dalla contrapposizione tra l'*élite* intellettuale moderna e quella tradizionale<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> J. DOMAT (1689).

<sup>26</sup> R.J. POTHIER (1764).

<sup>27</sup> R.J. POTHIER (1748-1752).

<sup>28</sup> D.V. PIACENTE (2020), p. 91.

<sup>29</sup> V. *supra* pp. 113-114.

## Riferimenti bibliografici

- A. AUGUSTIN (1543) = A. AUGUSTIN, *Antonii Augustini Emendationum et opiniorum libri IIII: ad Modestinum sive de excusationibus liber singularis*, Lugduni 1543.
- F.P. CASAVOLA (1980) = F.P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980.
- A. CAVANNA (1982) = A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982.
- J. CUIACIUS (1838) = J. CUIACIUS, *Ad Julii Pauli Libros Quaestionum*, in *Opera omnia*, Prato 1838.
- J. DOMAT (1689) = J. DOMAT, *Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1689.
- U. DONELLO (1825) = U. DONELLO, *Commentarii de iure civili*, Norimbergae 1825.
- A. GIARDINA (1999) = A. GIARDINA, *Esplosione di Tardoantico*, in *Studi Storici* 40 (1999), pp. 157-180.
- J. GOTHOFREDUS (1665) = J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, Lugduni 1665.
- P. GROSSI (2024<sup>7</sup>) = P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma 2024<sup>7</sup>.
- A. GUARINO (1987) = A. GUARINO, *Lo spettro dei Digesti*, in *Studi Tardoantichi*, III, Milano 1987, pp. 319-336.
- C.F. HOMMEL (1767) = C.F. HOMMEL, *Palingenesia librorum iuris veterum, sive Pandectarum loca integra ad modum indicis Labitti et Wielingii oculis exposita et ab exemplari Florentini Taurelli accuratissime descripta*, 3 voll., Lipsiae 1767-1768.
- F. HOTMAN (1567) = F. HOTMAN, *Antitribonianus*, Hamburg 1567.
- M. KELLER (2017) = M. KELLER, *Die Bluhme'schen Massentheorie aus der Sicht der Lehre von der Werktypen*, in *IP* 2 (2017), pp. 151-202.

- J. LABITTE (1557) = J. LABITTE, *Index legum omnium quae in Pandectis continentur*, Basileae 1557.
- J. LE GOFF (1991<sup>2</sup>) = J. LE GOFF, *L'imaginaire médiéval*, Paris 1991<sup>2</sup>.
- O. LENEL (1889) = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889, I-II, rist. Roma 2000.
- D. MANTOVANI (1989) = D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1989.
- D.V. PIACENTE (2020) = D.V. PIACENTE, *La sapienza giuridica del Tardoantico. I. Orientamenti storiografici*, Napoli 2020.
- R.J. POTHIER (1748-1752) = R.J. POTHIER, *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae*, Paris 1748-1752.
- R.J. POTHIER (1764) = R.J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris 1764.
- I. RUGGIERO (2017) = I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017.
- L. SOLIDORO MARUOTTI (2001) = L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo, I. Dal crollo dell'impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, Torino 2001.
- F. VON BLUHME (1820) = F. VON BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln*, in ZGR 4 (1820), pp. 257-472.
- F. WIEACKER (1961<sup>2</sup>) = F. WIEACKER, *Vom Römischen Recht*, Stuttgart 1961<sup>2</sup>.
- A. WIELING (1727) = A. WIELING, *Iurisprudentia restituta sive index chronologicus in totum juris justinianaei corpus, ad modum Jac. Labiti et aliorum*, 2 voll., Amstelodami 1727.

## Abstract

Late Antiquity came progressively to occupy the space reserved for the early Middle Ages. Schools and movements were formed

such as those of Bologna, the Glossators and the Commentators which significantly extended the Justinian period.

**Key Words**

Late Antiquity, School of Bologna, Glossators, Commentators.



Pia Starace

## TRA FUNGIBILITÀ E INFUNGIBILITÀ DEI GIURISTI ROMANI: ECHI DI SCHULZ E OSCILLAZIONI DI WIEACKER

Sommario: 1. La fungibilità dei giuristi romani da Savigny a Schulz. – 2. Wieacker: una presa di distanze solo apparente. – 3. La storicità nella duplicità del ‘classico’. – 4. Le individualità sbiadite: la schiera dei giuristi e la loro lezione di metodo.

### 1. La fungibilità dei giuristi romani da Savigny a Schulz

In alcuni passaggi della seconda edizione del *Vom römischen Recht* di Franz Wieacker si avverte echeggiare il pensiero di Schulz. A questo riguardo, prendendo le mosse dal saggio *Der römische Jurist*, soffermerò l'attenzione sul concetto di fungibilità/infungibilità dei giuristi romani, un terreno già ampiamente e sapientemente arato, rispetto al quale mi limiterò ad esporre qualche riflessione scaturita dalla partecipazione alla bella esperienza di traduzione di un testo complesso, che ad ogni piè sospinto pone quesiti e spunti<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> G. GROSSO (1996), pp. 227 s., nel descrivere tale raccolta di scritti

La considerazione dei giuristi romani come *fungible Personen* – è ben noto – riviene da Savigny, il quale ne parlò nel *Beruf* in occasione della sua polemica contro l'idea di introdurre un codice civile generale valido per tutti gli stati tedeschi, strenuamente sostenuta da Thibaut<sup>2</sup>. Tale operazione ai suoi occhi sarebbe stata tanto inutile quanto dannosa. Bisognava invece ricalcare il metodo dei giuristi romani, assumerlo a modello, coglierne nel profondo il lavoro, accostandosi direttamente alle fonti, come avevano fatto i Glossatori, fino ad acquisire la loro stessa «libertà e padronanza»<sup>3</sup>. Il ragionamento giurisprudenziale, inteso nella sua unitarietà, aveva una esattezza e una prevedibilità che potevano, a suo avviso, senza timore di esagerare, essere paragonate a quelle tipiche delle formule matematiche; come dire, in pieno spirito leibniziano, che i giuristi romani «calcolavano con i loro concetti»<sup>4</sup>. Essi lavoravano «ad un'unica grande opera», formavano «un'unica grande scuola», coltivavano la scienza giu-

---

editi e inediti come scorci di carattere generale «in cui l'autore più si abbandona al suo estro», ne coglie il grande pregio di «eccitare il pensiero». Osserva, infatti, che questi scritti, «nella parvenza di presentare in una sintesi cose note, hanno un loro taglio originale, un loro indirizzo di sintesi, e contengono scorci, prese di posizione, valutazioni, su ognuna delle quali ci sarebbe da discutere, da pensare, da andare oltre».

<sup>2</sup> Sulla contrapposizione fra i due insigni studiosi, basti rileggerne i celebri interventi (quello di Thibaut, *Ueber di Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, e quello di Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*), di cui segnalò l'edizione tradotta in italiano con la illuminante introduzione di G. Marini, A.F.J. THIBAUT-F.C. SAVIGNY (1982).

<sup>3</sup> F.C. SAVIGNY (1886), p. 17.

<sup>4</sup> Sulla presenza del pensiero razionalistico di Leibniz e sul 'calcolo dei concetti' nell'opera di Savigny, fra i molti che vi hanno fatto riferimento, si v. M. BRETONE (2004b), pp. 91 ss.

ridica come «bene comune di tutti»<sup>5</sup>. Impiegavano il linguaggio tecnico in modo eccellente, partendo dall'osservazione viva del caso concreto per desumerne le regole che lo disciplinavano, in una mescolanza fra prassi e teoria che le rendeva difficilmente distinguibili l'una dall'altra<sup>6</sup>.

Una persuasione analoga attraversa la produzione di F. Schulz nella famosa 'trilogia', dai *Prinzipien des römischen Rechts* (1934)<sup>7</sup> alla *History of Roman Legal Science* (1946, 1953), fino al *Classical Roman Law* (1951, 1954)<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Questi concetti sono espressi in F.C. SAVIGNY (1840), pp. 133 e 190 s.

<sup>6</sup> La concezione savigniana dei giuristi romani come modello di conoscenza sicura dei rapporti giuridici di cui erano capaci di cogliere le caratteristiche con acuta e puntuale intuizione, nell'unità di teoria e pratica e legando il nuovo all'antico, è limpidamente resa da M. BRETONE (2004b), pp. 74 ss. Nell'ottica di un'analisi dell'influenza tedesca sulla romanistica italiana e del suo progressivo orientarsi verso indirizzi metodologici aperti allo studio della individualità dei giuristi romani, si v. il contributo di G. SANTUCCI (2012), pp. 133 ss. Sull'utilità di questo tipo di approccio si v. A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 5 ss.; oltre a E. STOLFI (2017), pp. 49 ss.

<sup>7</sup> Nel prosieguito vi farò riferimento nella traduzione curata da V. Arangio Ruiz. In merito alla visione unitaria e generalizzata della *iurisprudentia*, così si esprime F. SCHULZ (1946), p. 93: «Si possono cogliere particolarità linguistiche di questo o quel giurista, enumerare le dottrine che l'uno o l'altro ha fatto progredire ma tutto ciò non modifica affatto la constatazione che nel metodo della giurisprudenza romana non vi sono trasformazioni, che il linguaggio giuridico resta nell'insieme costante fino alla metà del terzo secolo, che tutto sommato l'individualità scientifica è poco sviluppata».

<sup>8</sup> M. BRUTTI (2017), pp. 34 s., sottolinea proprio la conservazione, lungo tutta la 'trilogia', dell'immagine impersonale della *scientia iuris*. Agli occhi di Schulz non soltanto il diritto privato classico formatosi con la giurisprudenza costituisce l'autentico diritto privato romano, ma è anche un sistema omogeneo, originale e unico per l'antichità e per le età successive: «As the available sources of republican private law are very scanty, classical law is for us the out-

Mi soffermo sulla *History*<sup>9</sup>. Già l'impianto si rivela specchio di un'analisi 'impersonale'. L'opera si articola fondamentalmente intorno a quattro blocchi – arcaico, ellenistico, classico e burocratico – corrispondenti ai periodi della storia della giurisprudenza romana<sup>10</sup>. I titoli interni seguono uno schema che si ripete uguale, arricchendosi via via di contenuti, in relazione alla crescente mole, nel tempo, delle testimonianze a disposizione degli studiosi, così scandito: 1. I giuristi; 2. La professione di giurista (*munera iuris peritorum*); 3. Carattere e tendenze della giurisprudenza; 4. La letteratura: sue forme e sua trasmissione. Schulz, insomma, si proponeva di osservare la scienza giuridica nel suo evolversi intorno a nuclei caratterizzanti, di analizzarne le tendenze e i metodi; si concentrava non sul singolo 'artista', ma sull'arte del giurista<sup>11</sup>, al fine di restituire una rappresentazione unitaria

---

standing representative of true Roman private law – indeed the centre of any science of Roman law from which all inquiries inevitably must start and to which they must return [...] Classical private law is a homogeneous, original and, in truth, quite unique system which is basically different from any other system of antiquity or of later times»; così F. SCHULZ (1954<sup>2</sup>), pp. 1 s.

<sup>9</sup> Per una riflessione articolata e approfondita incentrata sulla *History* di Schulz e sul suo portato metodologico negli studi romanistici dopo oltre trent'anni dalla sua pubblicazione, condotta da insigni studiosi in tre giornate di seminari tenutisi presso l'Università di Bari nel febbraio del 1977, si rimanda al denso volumetto che ne raccoglie le diverse voci e la fertile discussione: A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO (1982).

<sup>10</sup> F. D'IPPOLITO (1982), pp. 69 s., accosta questa periodizzazione a quelle delle «correnti 'storicistiche' che periodizzavano, appunto, sulla base di 'unità culturali'».

<sup>11</sup> E. STOLFI (2017), pp. 58 ss., rimarca uno scarso interesse di Schulz per l'esame degli scritti giurisprudenziali, desumendolo dalla esiguità dello spazio e dalla posizione conclusiva nei capitoli delle diverse parti che ad essi sempre vengono dedicati. Inoltre, osser-

che avrebbe consentito una piena comprensione della giurisprudenza romana come fenomeno storico tecnico-letterario e socialmente definibile, rifiutandosi di indulgiare sui dettagli biografici e sulle storie individuali<sup>12</sup>. Questa contrarietà all'approccio biografico si intrecciava perfettamente col concetto di 'isolamento' della scienza giuridica nel senso della separazione dagli altri ambiti culturali in ragione dell'elevato specialismo, sviluppando peraltro un peculiare 'stile giuridico' che si esprimeva con un linguaggio puro, disadorno, elegante, conciso, sostanzialmente invariato dalla Repubblica al Principato (in questo egli mostra di abbracciare la linea atticistica beseleriana). Inoltre, una impresa palinogenetica, secondo Schulz, avrebbe dovuto fare i conti non tanto con la ricerca delle interpolazioni compilatorie giustinianee o scolastico-bizantine, quanto piuttosto con la congerie di interventi occorsi a cavallo fra il III e il IV secolo d.C. a causa delle vicissitudini della trasmissione testuale (peraltro anche ragione della irrecuperabilità delle notizie biografiche sui singoli giuristi)<sup>13</sup>, una visione poi magistralmente resa e

---

va che «proprio laddove, trattando della produzione letteraria, egli non poteva evitare di misurarsi con l'individualità dei giuristi, la categoria del genere letterario gli consentiva, per così dire, di ammortizzare quell'elemento pluralistico recuperando (o conservando) l'immagine di un lavoro collettivo, in cui prevalessero le persistenze nel tempo e le uniformità».

<sup>12</sup> Ravvisa un chiaro modello sistematico nella struttura della *History* di Schulz, L. LANTELLA (1979), pp. 135 ss., sottolineando l'interesse dell'autore ad osservare la giurisprudenza come «soggetto collettivo' (pur nelle sue articolazioni di categorie, nelle sue attività, nelle sue tendenze nonché nella fenomenologia dei suoi prodotti letterari)».

<sup>13</sup> Utile per una comprensione critica dell'opera di Schulz l'analisi di M. BREONE (1984), pp. 335 ss.: a fronte dei tre postulati su cui Schulz aveva incentrato la *History* – il rifiuto dell'approccio biografico, l'isolamento della scienza giuridica romana rispetto alle altre tec-

affrontata da Wieacker nelle *Textstufen klassischer Juristen*, nel 1960<sup>14</sup>.

## 2. Wieacker: una presa di distanze solo apparente

L'impostazione di Wieacker sembrerebbe voler segnare una distanza, stando ad un'affermazione molto chiara che egli avanza nel saggio dedicato al giurista romano. Infatti, nel domandarsi se si possano ridurre a comune denominatore la varietà dei tipi sociali e le spiccate individualità che il termine 'giurista romano' racchiude, pur nella piena consapevolezza del costante ricorrere di alcuni elementi e nonostante la diversità di impegno profuso dai giuristi nel rivestire incarichi pubblici nel corso della sto-

---

niche o scienze e alle altre zone della cultura antica, la nozione di 'stile' come canone per un'analisi della letteratura giuridica –, egli ravvisa almeno due aporie: la prima consiste nella 'irraggiungibilità' della purezza dello 'stile giuridico' originario dei testi date le manipolazioni successive che vi si sono sovrapposte rendendone accessibile, al più, la versione postclassica; la seconda consiste nel tentativo, non riuscito, di superare la separazione tra la giurisprudenza e il diritto privato, in polemica con L. MITTEIS (1929), p. 490, favorevole a una storia giuridica biografica e assertore del diritto privato romano come «un sistema armonicamente in sé completo e, per così dire, assoluto». Schulz, pur accentuando il procedere casistico-problematico della giurisprudenza come ben lontano dalla riduzione dei casi a principii astratti, di fatto lasciava aperto quel divario, dal momento che considerava il diritto privato come un sistema omogeneo in cui si applicano le categorie e le distinzioni del *Pandekten-System*.

<sup>14</sup>F. WIEACKER (1960). Un accostamento fra le *Textstufen* di Wieacker e la *History* di Schulz (relativamente ai capitoli sulla letteratura giuridica del secondo e terzo secolo) è avanzato da A. SCHIAVONE (1995), p. 590, il quale individua per entrambe le opere il centro della proposta ricostruttiva nella «opzione di un rimaneggiamento forte dei testi severiani fin dalle prime edizioni 'postclassiche'», il che rimandava «dritto al cuore dell'interpolazionismo».

ria, egli si pronuncia fermamente nel senso della inattuabilità e dunque della inaccettabilità dell'idea dei giuristi romani come 'persone fungibili'<sup>15</sup>.

Del resto, tra la prima edizione del *Vom römischen Recht* (1945) e la seconda (1961) molta acqua era passata sotto i ponti. Soprattutto la pubblicazione nel 1952 della *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* di Kunkel<sup>16</sup> agli occhi di Wieacker aveva avuto un valore dirompente negli studi sulla giurisprudenza romana, avendo conferito rilevanza all'indagine sull'estrazione sociale, la vita, la carriera, la formazione, l'ambiente di riferimento per ciascuna figura di giurista. Questa svolta non poteva essere trascurata. Wieacker la richiama espressamente proprio nella premessa all'edizione del 1961 e rievoca il pensiero di Kunkel a più riprese anche nel saggio<sup>17</sup>.

Tuttavia, nel prosieguo, il discorso subisce una prima attenuazione rispetto all'iniziale drastico rifiuto di quel tipo di approccio, fino a indebolire la convinzione esposta in precedenza. È innegabile, infatti, riscontrare un modello romano di giurista che prescinde dalle fisionomie individuali. Wieacker parla di 'esistenza tipizzata' dei giuristi romani, in cui ha rilevanza il lavoro condotto, non invece la vita e le peculiarità di ciascuno<sup>18</sup>. La dimensione collettiva, cioè, finisce col prevalere su quella individuale. E per molti versi mostra una utilità e una verità alle quali è ben difficile sottrarsi. Wieacker oscilla.

Nel saggio 'Il giurista romano' – strutturato (secondo

---

<sup>15</sup> V. *supra* p. 56.

<sup>16</sup> Alla prima edizione del 1952 seguì una seconda nel 1967, con prefazione di Detlef Liebs. Sull'opera di Kunkel come momento particolarmente rilevante delle ricerche romanistiche, tale da orientare gli studi successivi, si v. anche F. WIEACKER (1982), pp. 38 ss.

<sup>17</sup> V. *supra* pp. 62 e 67.

<sup>18</sup> V. *supra* p. 57.

una modalità non così distante dall'articolazione schulziana prima indicata)<sup>19</sup> nei blocchi 'La professione del giurista', 'Inizi', 'Classici', 'Collasso' – emerge di fatto l'intento di fornire una definizione di ampio respiro, con tratti validi per tutti i tempi, in un'ottica di continuità ininterrotta, salvo qualche sfumatura da ricondursi alla parabola degli avvenimenti storici, in fin dei conti irrilevante in una visione d'insieme. Ciò, in perfetto equilibrio e coerenza col precedente saggio su 'Romanità e diritto romano', dove vengono sapientemente individuate le fondamentali linee identitarie del fenomeno giuridico romano, di cui peraltro Schulz viene apertamente considerato fra i maggiori interpreti<sup>20</sup>. Nel diritto romano, da intendersi come diritto dei giuristi («il riflesso di una *routine* professionale») <sup>21</sup>, si ravvisa una capacità di astrazione particolarmente spiccata, lontana dalla costruzione di un sistema chiuso entro categorie generali. L'attitudine del giurista romano risiede nel formare i concetti 'isolando' ciò che è giuridicamente rilevante dalla osservazione dei fatti naturali e di eventi sociali complessi. Il ricorso frequente allo strumento della finzione è una delle modalità peculiari con cui ciò avviene. Il richiamo alla *Isolierung* di cui Schulz parlava nei *Prinzipien* se qui non è proprio esplicito, lo è invece nel saggio 'Romanità e diritto roma-

---

<sup>19</sup> L. LOMBARDI (1961), p. 62, rileva come nel saggio sul giurista romano Wieacker «tenga largamente conto di Schulz» e quanto risulti difficile definire in breve le differenze salienti fra i due studiosi. L'autore coglie in Wieacker la ripresa di alcune tesi di Schulz «come in un ambiente più vasto», in cui echeggiano motivi provenienti da altri rami di scienze dello spirito, in particolare riconosce una consapevolezza nell'osservare il fenomeno giurisprudenziale relativizzandolo, esponendone «ciò che esso significa tra gli altri fatti della vita dello spirito».

<sup>20</sup> V. *supra* p. 33.

<sup>21</sup> V. *supra* p. 42.

no', e costituisce un riconoscimento della competenza altamente specializzata dei giuristi romani, creatori di uno strumentario sofisticato capace di pervenire alla creazione di concetti come *obligatio*, *res*, *condicio* senza ricorrere a procedimenti di generalizzazione, ma prediligendo il metodo casistico-problematico<sup>22</sup>.

In sostanza Wieacker, come prima aveva fatto Schulz, osserva la giurisprudenza romana nella sua continuità interna, come cetò e come professione<sup>23</sup>. Egli oscilla fra la volontà di slegarsi da una visione generalizzante e l'opposta necessità di fornirla, ai fini di una comprensione piena del valore dell'intera esperienza giuridica romana.

Ancora aleggia tra le righe il fantasma della fungibilità. Non si è dissolto, a dispetto di una dichiarata volontà di allontanarsene.

### 3. La storicità nella duplicità del 'classico'

In questa ottica, completa la riflessione un riferimento al concetto di 'classico' con riguardo alla giurisprudenza, tema che nel contributo intitolato al giurista romano vie-

---

<sup>22</sup> V. *supra* p. 44. L'aristocratico isolamento coltivato dal giurista si esprimeva anche nell'esclusione dal campo del giuridico dell'arte della persuasione, dell'argomentazione, dell'abbellimento verbale, non confacente alla composta obiettività del pensiero classico: è quanto fa puntualmente notare M. BRUTTI (2015), p. 115, richiamando le parole di Schulz nella *History*. In merito alla questione dell'influenza della retorica sulla giurisprudenza e alla sua sopravvalutazione, v. *supra* p. 80.

<sup>23</sup> Questa continuità interna, sociale e tecnica, è sì indiscutibile ma relativa; cioè, tralascia la considerazione dei punti in cui essa si incrina, talvolta spezzandosi, a causa di vicende di cui sono protagonisti i singoli giuristi con le loro opere, come rileva M. BRETONE (1984), p. 352.

ne soltanto toccato brevemente e al quale Wieacker aveva dedicato precedentemente un intero saggio<sup>24</sup>. La diversità di approccio allo studio del diritto romano aveva condotto ad assegnare a quel concetto valenze molto diverse fra loro<sup>25</sup> e il dibattito che ne era scaturito non lo aveva lasciato certo indifferente.

Egli introdusse una nuova chiave di lettura. Scompose, infatti, l'unitarietà del classico nel senso della sua riconducibilità a un modello unico e assoluto, forse guidato proprio dall'intento di farvi penetrare incisivamente la visione storicistica<sup>26</sup> e di scalfire il 'dogma della fungibilità dei giuristi', l'altra faccia della classicità.

---

<sup>24</sup> Il tema, infatti, già affrontato in uno specifico contributo – si v. F. WIEACKER (1950), pp. 3 ss.–, fu successivamente ripreso in un saggio revisionato e riedito nel 1961 all'interno della raccolta *Vom römischen Recht*, a qui sono riferiti i richiami in nota. Nel contesto più ampio di una ricognizione dell'approccio metodologico di F. Wieacker allo studio del diritto romano, ne ripercorre il contenuto F. BONIN (2024), pp. 88 ss.

<sup>25</sup> Da un lato erano in voga le tendenze interpolazionistiche protese ad espungere dai testi giustinianeî i numerosi interventi dei compilatori che avevano offuscato l'originario testo 'classico', termine impiegato come astratto e rigido criterio valutativo. Dall'altro, erano state pubblicate opere imponenti come quelle di F. SANIO (1858), di P. JÖRS (1888) e di O. LENEL (1889), dalle quali emergeva in modo manifesto la necessità di un'analisi storico-critica della scienza giuridica romana e dei suoi protagonisti, in sinergia con i filologi e gli storici puri, ciascuno con la sua specificità. Ripercorre il filo degli orientamenti di studio del diritto romano nella scienza giuridica tedesca di fine '800, M. BRETONE (1999), pp. 9 ss.

<sup>26</sup> Si v. in proposito G. SANTUCCI (2012), pp. 150 ss. È qui il caso di riportare alcuni brevi e densi passaggi della riflessione filosofico-ermeneutica di H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>), pp. 336 ss., il quale osserva la compresenza nel 'classico' di un aspetto normativo e di uno storico: «L'elemento primo del concetto di classico è il senso normativo. Ma, nella misura in cui questa norma viene riportata a un privilegiato momento del passato che l'adempiva perfettamente e che la rappresenta in concreto, essa contiene sempre anche un accento tempo-

Si rende ora necessario fare un passo indietro, per ricollegarmi a quanto detto prima su Savigny e su Schulz.

Savigny, in netta contrapposizione con l'avvertita necessità dei suoi tempi di sistemare il diritto in un codice, portata avanti da Thibaut, aveva indicato la giurisprudenza 'classica' come modello da imitare nell'esercizio della scienza giuridica, nell'ottica del suo ricostituirsi e rinnovarsi. Nel *Beruf* si trova pienamente espressa l'idea di omogeneità, coerenza, perfezione, esemplarità della giurisprudenza dell'età classica, cioè del terzo secolo dell'era cristiana, quello di Papiniano, Paolo e Ulpiano, il punto più alto della elaborazione intellettuale, esito di una evoluzione ininterrotta, lungo il filo che risale al passato repubblicano, allorquando i giuristi si dimostrarono già capaci di un metodo che costruì il diritto civile in modo graduale e organico, mescolando forme antiche e nuove.

Una riflessione analoga ricomparve molti anni dopo proprio nella *History* di Schulz, sebbene egli ritenesse 'classica' la giurisprudenza dal II secolo d.C., lo zenit del principato, fra Traiano e Adriano, quando vennero pubblicati i *Digesta* giulianeî, fino al III d.C., epoca nella quale il livello scientifico restò elevatissimo. Lo studioso, dinanzi ai dubbi posti circa il secolo iniziale del periodo classico, ossia domandandosi se potesse spostarsi indietro al I d.C., ritenne che non vi fossero ragioni per considerare giuristi come Labeone, Proculo, Sabino o Cassio inferiori a Celso o a Giuliano ravvisando, anche nei testi dei giuristi posteriori, un dialogo alla pari con i predecessori. Ciò giustificava un'estensione del concetto di 'classico' a tutta la giurisprudenza del Principato e una sua trattazione «come

---

rale che l'articola storicamente [...]. Ciò a cui spetta il nome di 'classico' non richiede anzitutto il superamento della distanza storica, giacché esso stesso compie, in una costante mediazione, questo superamento. Ciò che è classico è dunque bensì fuori del tempo, ma questa sua eternità è un modo proprio dell'essere storico».

un tutto unico». Per Schulz «la giurisprudenza di questo periodo è classica anche nel senso che divenne il modello e la regola, il *μετρόν και κανών* delle successive generazioni»<sup>27</sup>.

Wieacker, invece, spezza la monoliticità della visione del 'classico' fino ad allora corrente – inteso come canone di elevatezza, unicità, esemplarità, con valenza universale e assoluta, inscalfibile nonostante il trascorrere del tempo –, interpretandolo come criterio che ha una sua relatività, dovendosi riconoscere quelle caratteristiche di speciale eleganza e perfezione in rapporto ad un determinato contesto storico. Cioè: per 'classico' doveva intendersi «il punto più alto raggiunto da una manifestazione della vita in uno svolgimento storico chiuso»<sup>28</sup>.

Con specifico riguardo alla giurisprudenza romana, che non si era distinta sin dalle origini per una produzione propriamente letteraria, egli poneva una distinzione fra un 'classico del diritto preletterario' e una 'letteratura giuridica classica'.

In tal modo, la qualificazione di 'classica' poteva designare anche una giurisprudenza operante in una fase storica in cui il discorso tecnico-giuridico non aveva ancora trovato una sua decantazione letteraria, impiegando purtuttavia forme di ragionamento alquanto sofisticate. Erano quindi identificabili dei 'classici preletterari' sin dall'età repubblicana, nell'arco temporale fra la seconda guerra punica e l'inizio della grande crisi, frutto di un pensiero

---

<sup>27</sup> Così F. SCHULZ (1968), pp. 182 e 500. Secondo B. SANTALUCIA (1982), p. 82, al di là delle enunciazioni generali, quando Schulz commentava le singole opere giurisprudenziali, ne riconosceva delle specificità tali da ritenerle talvolta anche 'fuori dal canone', così ridimensionando il 'postulato' sulla uniformità dello stile giuridico.

<sup>28</sup> M. BRETONE (1999), pp. 14 ss., così rende il pensiero di Wieacker. Tale contributo riassume, o rielabora, come precisa lo stesso autore (p. 9 nt. 4), quanto scritto in M. BRETONE (2004c), pp. 219 ss.

maturato, grazie anche alla sapienza sacerdotale, laicizzatosi il diritto, i cui aspetti fondamentali erano l'astrazione giuridica e l'economia dei mezzi discorsivo-comunicativi. La realtà dell'editto, con la sua tecnica riformatrice e la sua incidenza normativa, aveva favorito questa evoluzione della scienza giuridica in senso creativo e autonomo.

In tale dimensione la scrittura non era certo bandita, però non sarebbe stato errato ravvisarvi una povertà letteraria. Vi appartenevano raccolte di argomentazioni esposte nella *disputatio fori*, appunti pratici di coloro che ascoltavano gli insegnamenti scaturiti nell'occasione del responso, oppure che registravano le udienze (attività utile ai fini probatori), trascrizioni di leggi, trattati, editti, conservazione di *acta, gesta, commentarii*, tutto materiale privo di una vera e propria dignità di letteratura giuridica. Sol tanto con Quinto Mucio Scevola, il primo a disporre *per genera* il *ius civile*, come narra Pomponio<sup>29</sup>, essa troverà una sua 'sistemazione' scientifica.

Siamo alla fine della Repubblica, nel periodo denominato 'ellenistico' da Schulz nella *History*. Wieacker lo richiama proprio per sottolineare quanto il movimento intellettuale greco dell'Ellenismo avesse influenzato la civiltà romana, stimolandola e mescolandosi ad essa, senza prevaricarla, in una fusione organica, favorendo, specie attraverso la penetrazione della dialettica, lo sviluppo della scienza giuridica romana in senso professionale<sup>30</sup>.

Il 'classico preletterario' si connotava per semplicità, moderazione, equilibrio, concentrazione ed economia di strumenti espressivi, capacità di veicolare al suo interno concetti etici come la *fraus*, il *dolus*, la *fides*, la *libertas*, la *potestas* e di operare anche una sorta di riduzione a forme essenziali sia dei formulari negoziali e processuali, sia

---

<sup>29</sup> D. 1.2.2.41, Pomp. *lib. sing. ench.*

<sup>30</sup> F. WIEACKER (1961), p. 180.

delle figure giuridiche fondamentali come la proprietà, l'obbligazione, il possesso e altre, così da consentire a tali forme un'applicabilità più estesa, in grado di accogliere e fronteggiare nuove esigenze.

Seguì un momento critico, nel periodo fra Servio e Sabino, caratterizzato dalla ascesa di nuove classi come gli *equites* e da un processo di graduale offuscamento della funzione pubblica che stava cedendo il passo al delinearsi di una fisionomia più privata del giurista, in cui l'attività giurisprudenziale si slegò dall'esercizio delle cariche pubbliche, pur potendovisi associare, e la libera eloquenza politica e forense subì una battuta d'arresto.

Su tali presupposti maturò una letteratura scientifica più adatta ad un nuovo tipo di insegnamento e a una rappresentazione del diritto più corrispondente a un concetto di *ars* come tecnica, con un suo proprio metodo scientifico. Venne dunque delineandosi il 'classico letterario', in particolare a partire dall'età Flavia, caratterizzata nuovamente dall'esercizio da parte dei giuristi di ruoli pubblici molto elevati, fino a giungere a compiti relevantissimi durante la dinastia dei Severi.

La giurisprudenza di questo periodo padroneggiava e impiegava il lascito sapienziale dei predecessori, lo elaborava finalizzandolo a nuove esigenze e situazioni, riprendeva questioni ancora aperte offrendo soluzioni spesso originali, sebbene mai con la pretesa di fornire approdi definitivi. La sterminata casistica classica, se per un verso non appariva sussumibile in alcuno schema che consentisse di individuare una linearità nel suo progresso, per l'altro invece consentiva di rilevare la ripresa costante del pensiero dei *veteres* con spirito dialogico e critico, sempre prodigo di ulteriori esiti in contesti spesso parecchio variati.

In questa lettura, che sottolinea il persistere di modi tipici dell'interpretazione, per taluni versi poteva addirittura affermarsi che la giurisprudenza repubblicana 'pre-

letteraria', nel porre le fondamenta per lo sviluppo successivo del pensiero giuridico, fosse superiore alla giurisprudenza 'letteraria classica'. Di quest'ultima si rilevava la tendenza a semplificare in modo raffinato, a circoscrivere i problemi, a scarnificarli, l'impiego nelle opere di uno stile disadorno, chiaro, senza orpelli. Ne erano esempi fulgidi giuristi tardo-classici come Papiniano, Paolo, Ulpiano, personalità di spicco nel *consilium* imperiale e nei ruoli pubblici, grandi interpreti dei loro tempi, portatori di valori etici nel discorso tecnico-giuridico, tramiti fra le esigenze dell'assolutismo imperiale, le istanze del popolo delle province e il cosmopolitismo stoico, propulsori di uno sviluppo del diritto anche negli ambiti costituzionale, giudiziario, amministrativo. Solo per fare un esempio di letteratura specialistica, Wieacker indicava il *De officio proconsulis* di Ulpiano, un'opera di notevole diffusione che preparò il terreno per la prima burocrazia bizantina. Il grande apporto dei giuristi soprattutto tardoclassici rappresentò l'apice del manifestarsi del 'classico letterario', destinato poi al 'collasso', quando si produssero solo opere anonime che attingevano al patrimonio autorevole della loro produzione, cristallizzatosi nella sua elevata completezza<sup>31</sup>.

#### 4. Le individualità sbiadite: la schiera dei giuristi e la loro lezione di metodo

Wieacker, insomma, spiegava in senso evolucionistico la grandiosa produzione letteraria della giurisprudenza severiana come il frutto di elaborazioni intellettuali matu-

---

<sup>31</sup> Una riflessione approfondita su questo particolare periodo di travaglio della giurisprudenza e dell'impero è in V. MAROTTA (2007), pp. 927 ss.

rate a partire dall'attività interpretativa dei giuristi aristocratici della medio-tarda Repubblica, per quanto non autori di una letteratura tecnica in senso proprio. Nella sua concezione del 'classico' egli prova a fare largo alla storicità, tramutando in un binomio la forte polarità fino ad allora esistente fra quest'ultima e la classicità, con ciò cercando anche di incrinare l'idea della fungibilità dei giuristi romani<sup>32</sup>.

Ma anche qui si avvertono oscillazioni che sortiscono l'effetto di fiaccare questo tentativo.

Ciascun 'segmento' del classico finiva per configurarsi con una sua uniformità di requisiti aventi valenza generale, tali da oscurare la varietà e specificità degli individui. Per esempio, il carattere 'semplificato' dello stile riconosciuto ai grandi giuristi dell'età severiana mal si conciliava con la problematizzazione e il virtuosismo di alcuni scritti giuridici come quelli di Papiniano o di Paolo e, tantomeno, con la molteplicità delle manifestazioni letterarie della loro epoca, nelle quali si rispecchiavano le diverse personalità dei giuristi<sup>33</sup>.

Peraltro, tra classicità dell'elaborazione del diritto e classicità della letteratura giuridica affiorava una continuità di sviluppo in cui, a dispetto dei relativi contesti, emergeva il persistere delle caratteristiche originarie, soltanto più affinate nel tempo.

I giuristi si aggiravano sulla scena della storia non co-

---

<sup>32</sup> E. STOLFI (2017), pp. 53 s., mette in correlazione l'idea di fungibilità dei giuristi con l'operare della categoria del 'classico' che «assumendo il generalizzato rispetto di un canone uniforme e fuori del tempo, elide e occulta le individualità e ogni manifestazione meno conforme al modello, inibisce la ricomposizione delle peculiarità dei singoli» e che, di fatto, assimila l'attività dei *prudentes* «ai tratti di un unico metastorico legislatore, col suo disegno coeso e coerente, immune da antinomie e lacune».

<sup>33</sup> Si v. quanto osserva in proposito M. BRETONE (1999), p. 15.

me singoli attori con il loro apporto peculiare, ma come una schiera di professionisti dai volti sbiaditi, operanti all'unisono, di certo assai proficuamente, secondo tecniche comuni<sup>34</sup>.

In definitiva, dalle riscontrate oscillazioni del discorso di Wieacker, emerge con prepotenza la matrice giurisprudenziale del diritto romano, la sua cifra più autentica, ciò che ne ha garantito la vitalità molto oltre Giustiniano. È, infatti, un dato inequivocabile e fondamentale che la lezione dei giuristi romani nel corso dei secoli, in molteplici modi, ha dato forma e consistenza alla tradizione giuridica europea. A galla o sott'acqua, l'anatra di goethiana memoria non ha mai smesso di nuotare<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Sebbene richiamandosi ad altre opere di Wieacker, come le *Textstufen* o la *Römische Rechtsgeschichte*, A. SCHIAVONE (1995), p. 593, nel rimarcare il notevole spessore teorico che sorregge tutta la ricerca dello studioso, osserva una sorta di incapacità di tradursi, al momento opportuno, in vera narrazione storica: «Come se il nodo per lui giustamente decisivo, stretto fra la scienza del diritto e storia del diritto, non fosse capace di dissolversi – come dovrebbe – in autentico racconto, con nulla al di fuori. I suoi giuristi repubblicani rimangono, nonostante tutto, figure un po' pallide, in qualche modo spettrali, non completamente reimmerse nel loro tempo [...]».

<sup>35</sup> Da questa famosa e felice metafora prende le mosse un altro saggio incluso nel volume, qui in traduzione, intitolato 'L'Europa e il diritto romano' (v. *supra* pp. 99 ss.), con evidente riferimento all'opera di P. Koschaker del 1947, con cui Wieacker si confronta criticamente. Si sofferma sul modo di approcciarsi, nel suo tempo e nella casa dello spirito europeo, al diritto romano, trasmesso dalla tradizione e imprescindibile per la formazione del giurista, mettendo in risalto come la capacità di analisi dei casi e di formulazione delle soluzioni ai problemi sia l'insegnamento più prezioso consegnatoci da quel diritto. Nell'ambito di una suggestiva ed efficace riflessione sull'affacciarsi di un rinnovamento nel modo di studiare il diritto e sul nesso fra diritto e storia verso la metà del '700, A. LOVATO (2008), pp. 1983 ss., rimarca l'importanza che l'Europa tenga fermo lo sguardo sulla tradizione giuridica risalendo

## Riferimenti bibliografici

- F. BONIN (2024) = F. BONIN, *Giuristi romani e diritti 'classici' nel pensiero di F. Wieacker*, in *Iura & Legal System XI* (2024/2), pp. 84-94.
- M. BRETONE (1984) = M. BRETONE, *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (= *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1978, pp. 37-49), Napoli 1984, pp. 333-353.
- M. BRETONE (1999) = M. BRETONE, *Il «classico» e la giurisprudenza*, in *Labeo* 45 (1999) 1, pp. 7-19.
- M. BRETONE (2004a) = M. BRETONE, *La ricerca del «tempo classico»*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004<sup>5</sup>, pp. 79-103.
- M. BRETONE (2004b) = M. BRETONE, *Scuola storica e tradizione giuridica*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004<sup>5</sup>, pp. 61-78.
- M. BRETONE (2004c) = M. BRETONE, *Il «classico»: come intenderlo?*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea*, 2004<sup>5</sup>, pp. 219-233.
- M. BRUTTI (2015) = M. BRUTTI, *Costruzione giuridica e storiografia. Il diritto romano*, in *RISG* 6 (2015), pp. 55-126.
- M. BRUTTI (2017) = M. BRUTTI, *Storie di dogmi storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, pp. 13-48.

---

al diritto di Roma antica, senza per questo trapiantarne istituti e soluzioni nella attualità, ma con la piena consapevolezza che il pensiero giuridico si costituisce nel tempo rimanendo saldamente ancorato alle sue radici. «L'anatra può sottrarsi o no alla nostra vista, secondo l'uso che della storia giuridica si faccia. [...] Con il pensiero degli antichi maestri ci si continua a misurare, in un confronto inesauribile. È il loro tempo perenne che ci interessa [...]»: così, inoltre, A. LOVATO (2012), p. 121.

- F. D'IPPOLITO (1982) = F. D'IPPOLITO, *Intervento*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro*, Bari 1982, pp. 67-71.
- H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>) = H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. e cura di G. Vattimo (= *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1972), Milano 1989<sup>6</sup>.
- G. GROSSO (1996) = G. GROSSO, *Scorci sul diritto romano*, in *La-beo* 12 (1996), pp. 227-235.
- L. LANTELLA (1979) = L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979.
- O. LENEL (1889) = O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig 1889.
- L. LOMBARDI (1961) = L. LOMBARDI, *La nave di Teseo. A proposito della riedizione tedesca della storia della giurisprudenza romana di F. Schulz*, in *AG* 161 (1961), pp. 48-71.
- A. LOVATO (2008) = A. LOVATO, *Lo 'spirito di Göttingen'*, in *Studi in onore di V. Starace*, Napoli 2008, pp. 1983-1991.
- A. LOVATO (2012) = A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli 2012.
- P. JÖRS (1888) = P. JÖRS, *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1, Berlin 1888.
- V. MAROTTA (2007) = V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi Storici* 48 (2007), pp. 927-964.
- L. MITTEIS (1929) = L. MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, in *AUPA* 12 (1929), pp. 477-499.
- F. SANIO (1858) = F. SANIO, *Zur Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Ein Prolegomenon*, Königsberg 1858.
- B. SANTALUCIA (1982) = B. SANTALUCIA, *Intervento*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e A. G. Cassandro*, Bari 1982, pp. 80-82.
- G. SANTUCCI (2012) = G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi roma-*

- ni, in *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di Ch. Baldus-M. Miglietta-G. Santucci-E. Stolfi, Trento 2012, pp. 133-158.
- F.C. SAVIGNY (1840) = F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1840.
- F.C. SAVIGNY (1886) = F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale 1*, trad. it. di V. Scialoja (= *System des heutigen römischen Rechts 1*, Berlin 1840), Torino 1886.
- A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO (1982) = A. SCHIAVONE-A.G. CASSANDRO, *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro*, Bari 1982.
- A. SCHIAVONE (1995) = A. SCHIAVONE, *Il testo e la storia*, in *Quaderni Fiorentini XXIV* (1995), pp. 587-594.
- A. SCHIAVONE (2017) = A. SCHIAVONE, *Singolarità e impersonalità nel pensiero dei giuristi romani*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, pp. 1-10.
- F. SCHULZ (1946) = F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, tr. it. a cura di V. Arangio Ruiz (= *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin 1934), Firenze 1946, rist. 1995.
- F. SCHULZ (1954<sup>2</sup>) = F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1954<sup>2</sup>.
- F. SCHULZ (1968) = F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. di G. Nocera (= *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946), Firenze 1968.
- E. STOLFI (2017) = E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Künstlergeschichte». Il problema dei generi letterari*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, pp. 49-72.
- A.F.J. THIBAUT-F.C. VON SAVIGNY (1982) = A.F.J. THIBAUT-F.C. VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, trad. it. di M. Peretti, Napoli 1982.
- F. WIEACKER (1950) = F. WIEACKER *Über das Klassische in der römische Jurisprudenz: eine Antrittsvorlesung*, in *Recht und*

*Staat in Geschichte und Gegenwart* nr. 151, Tübingen 1950, pp. 3-38.

F. WIEACKER (1960) = F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960.

F. WIEACKER (1961) = F. WIEACKER, *Vom römischen Recht. Zehn Versuche* (2<sup>te</sup> neubearb. u. erweit. Auflage), Stuttgart 1961.

F. WIEACKER (1982) = F. WIEACKER, *I giuristi romani nella storiografia degli ultimi trent'anni*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea. Testi di un seminario raccolti da A. Schiavone e Anna Giorgio Cassandro*, Bari 1982, pp. 35-52.

### **Abstract**

The contribution aims to highlight some points in Wieacker's reflection in which he shows clear references to Schulz's work, in particular rejecting his Savignian approach, aimed at a study of Roman legal science as a collective subject with general characteristics, declaring himself instead in favor of a study that grasps its individuality and accentuates the dimension of historicity. But despite the enunciation of such an orientation, it is possible to record some of Wieacker's oscillations, which hint at a certain difficulty in setting aside the idea of the fungibility of roman jurists.

### **Key Words**

Fungibility/infungibility, Schulz, Roman legal science, historicist view.



## **CONCLUSIONI**



**Andrea Lovato**  
**TRADIZIONE COME ‘MODELLO’**  
**PER L’UOMO E IL GIURISTA ROMANO**

Sommario: 1. Due metafore significative. – 2. Una funzione esemplare. – 3. Il valore della tradizione.

### **1. Due metafore significative**

La metafora dell’anatra che s’immerge nell’acqua di una palude per poi riaffiorare in superficie nacque, com’è noto, in una conversazione tra Goethe, allora ottantenne, e Johann Peter Eckermann, che di anni ne aveva trentasette<sup>1</sup>. Era il 6 aprile del 1829. L’anatra simboleggiava il diritto romano, che continua a vivere anche celandosi alla vista dell’uomo, si nasconde ma non si perde, rivelandosi sempre capace di risuscitare con pieno vigore. In tal modo Goethe rappresentava poeticamente il ruolo svolto dal diritto romano in differenti contesti storici e culturali, nel solco della grande tradizione giuridica europea<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. J.P. ECKERMANN (2008), p. 265.

<sup>2</sup> M. BRETONE (2004<sup>6</sup>), p. 137, sottolinea come l’“anatra” romanisti-

Da quasi due secoli, la celebre metafora attraversa il pensiero e le pagine di molti studiosi. Fra costoro, Franz Wieacker, che ne coglie, con il consueto acume, la più intima essenza. Un'immagine «lapidaria» e «ilare», egli osserva<sup>3</sup>, ma in grado di marcare con chiarezza uno dei caratteri precipui del diritto romano nel suo sviluppo storico: la sua 'invisibilità' solo apparente e momentanea, nella misura in cui, oltre i ristretti ambiti del tecnicismo giuridico, è stato tanto resistente e penetrante, da plasmare in modo indelebile l'etica e la società dell'Occidente: il documento forse meno amabile e appagante, ma certamente il «... più potente della meravigliosa sopravvivenza dell'antichità nel nostro mondo»<sup>4</sup>.

Già da questa breve riflessione si comprende come la visione di Wieacker, in ordine al valore e alla funzione della storia giuridica, vada ben oltre l'idea di un lascito inteso esclusivamente come trasmissione di un patrimonio composto da nozioni, concetti, istituti giuridici. L'eredità lasciata dalla storia del diritto romano è soprattutto di carattere spirituale, e riflette il modo di essere più autentico e profondo di un ceto di esperti totalmente immersi nella realtà storica e politica del loro tempo: perciò il diritto romano è essenzialmente «diritto di giuristi»<sup>5</sup>, scrive lo studioso, e si fonda sull'attività precipua dell'interpretazione. Il loro modo di pensare s'innerva nel passato, attingendovi continuamente nuova linfa.

Alla pari degli oratori, i giuristi romani sono immersi nella propria tradizione. La loro ottica è animata dalla

---

ca di goethiana memoria abbia assunto, da Carl Schmitt in poi, la forma definitiva di una scienza giuridica europea. Significative riflessioni sul valore attuale della metafora in L. PEPPE (2012), p. 11 ss.

<sup>3</sup> V. *supra* p. 99.

<sup>4</sup> V. *supra* p. 99.

<sup>5</sup> V. *supra* pp. 56, 85.

consapevolezza che una riflessione anche lontana nel tempo è pronta a divenire, al momento giusto, parte integrante del presente. Negli scritti dei *prudentes* si manifesta di continuo un atteggiamento di dialogo, di confronto con ciò che è 'antico', in un orizzonte in cui la distanza temporale si fa irrilevante. Perciò, quando Wieacker pone l'interrogativo se sia possibile cogliere l'immagine del giurista romano senza lasciarsi influenzare dalla tradizione<sup>6</sup>, si tratta – è ovvio – soltanto di una domanda retorica. Tuttavia, egli non sta pensando solo a una tradizione tecnico-specialistica, composta da pareri e valutazioni giuridiche su problemi e casi della vita, intorno ai quali, nel solco di posizioni talvolta risalenti a secoli prima, questi esperti lavoravano *cottidie*<sup>7</sup>. Il suo ragionamento è più ampio. Il tradizionalismo e il ritualismo dell'antico *ius civile* corri-

---

<sup>6</sup> V. *supra* p. 56.

<sup>7</sup> Così si esprime un noto testo ulpiano (D. 33.7.12.27, 20 *ad Sab.*), a proposito della nozione di *fundus instructus* quale oggetto di legato: *Sed si fundus non sit cum instrumento legatus, sed ita ut instructus sit, quaesitum est, an plus contineatur, quam si cum instrumento legatus esset. Et Sabinus libris ad Vitellium scribit fatendum esse plus esse, cum instructus fundus legetur, quam si cum instrumento: quam sententiam cottidie increscere et invalescere videmus.* (...). Per il tramite della citazione del parere di Sabino condiviso da Ulpiano (*quam sententiam cottidie increscere et invalescere videmus*), si afferma l'idea che giorno dopo giorno, nell'uso quotidiano del diritto, vi può essere l'opinione di un giurista che prende corpo, magari su un dettaglio, per poi (eventualmente) rafforzarsi e sedimentarsi nella riflessione di altri specialisti. Un altro frammento interessante in merito è il testo pomponiano riportato in D. 1.2.2.13, *l. sing. ench.*: *... constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci.* Nelle mani degli esperti il diritto è una realtà in continuo movimento, e quel moto si autoalimenta nel tempo: il giureconsulto antico ne è l'artefice pienamente consapevole. Per C.A. CANNATA (2003), p. 42, «... sono i giuristi a determinare la novità quotidiana».

spondono «... all'antico atteggiamento romano nei confronti della vita»<sup>8</sup>; ne fanno parte «... un sobrio senso della realtà e la limitatezza della visione intellettuale...»<sup>9</sup>.

Tale prospettiva è vicina a quella espressa, qualche decennio prima, da Fritz Schulz. Il capitolo dei *Prinzipien* dedicato alla tradizione si apre con un'immagine di rara bellezza sull'indole dell'uomo romano: il quale, tanto nelle circostanze gravi della vita quanto in quelle liete, appare legato al costume dei padri, vi si richiama volentieri, si sente tranquillo e al sicuro quando vi si attiene: allontanarsene è cosa pericolosa, al punto che l'espressione *novarum rerum cupidus* equivale a «rivoluzionario»<sup>10</sup>. Ciò vale nonostante l'obbligatorietà dei precetti impartiti, che stringono i romani in una rete di vincoli, del cui spessore e solidità l'uomo isolato della civiltà moderna riesce difficilmente a farsi un'idea esatta<sup>11</sup>.

Anche tra gli autori antichi circolavano rappresentazioni tendenti ad esaltare il valore del passato. Una di esse appartiene a una pagina ciceroniana, in cui, per mezzo di un interrogativo retorico che affiora nell'*Orator*, si esprime a chiare lettere l'ottica – e direi anche il sentimento – dei romani nell'accostarsi alle proprie tradizioni:

quid enim aetas hominis, nisi ea memoria rerum veterum cum superiorum aetate contextitur?<sup>12</sup>.

«Cos'è la vita di un uomo, se non s'intreccia, attraverso la memoria delle cose antiche, con l'età dei padri»? Il nesso inscindibile con il tempo che fu non riguarda soltanto

<sup>8</sup> V. *supra* p. 65.

<sup>9</sup> V. *supra* p. 55.

<sup>10</sup> F. SCHULZ (1946), p. 74.

<sup>11</sup> F. SCHULZ (1946), p. 18.

<sup>12</sup> Cic. *Orat.* 34.120.

la dimensione giuridica, e Wieacker ne ha piena consapevolezza:

«... la romanità rimase determinata dall'obbedienza incondizionata ai dettami del passato e dall'esigenza di una realtà tangibile. A ciò si deve la durata del suo ordinamento statale e giuridico, quel non dover sempre ricominciare daccapo, che fu la maledizione dei popoli più dotati (...) a ciò si devono l'istintiva comprensione e uso dell'ordine del tempo e dello spazio...»<sup>13</sup>.

I concetti di «istintiva comprensione e uso dell'ordine del tempo e dello spazio» acquistano un significato peculiare in relazione ai metodi di lavoro dei giuristi romani. Nello spazio, perché non di rado i loro ragionamenti si muovono in una dimensione internazionale, alle prese con questioni di diritto che vanno ben oltre l'ambito cittadino; nel tempo, perché il loro orizzonte speculativo riceve continuamente energia vitale dal pensiero – sovente controverso – di altri esperti, seppure spesso defunti, ma tutti legati da un comune travaglio spirituale e da un medesimo bagaglio tecnico-scientifico.

La morte fisica dei suoi cultori non interrompe mai una vera tradizione, la cui forza intrinseca è nell'aspirazione ad essere 'perenne': e così come nel Digesto *perennis* individua una qualità del movimento fisico, ossia il moto ininterrotto di una forza naturale come l'acqua<sup>14</sup> – perciò è perenne il *flumen publicum* «poiché fluisce in perpetuo» (*quod semper fluat*<sup>15</sup>) – allo stesso modo il 'fiume' costituisce la giusta immagine per rendere il senso di un patrimonio intellettuale (scientifico, letterario o di altra natura) proveniente da lontano e trasmesso ai posteri, capace

---

<sup>13</sup> V. *supra* p. 38.

<sup>14</sup> D. 43.20.1.5, Ulp. 70 *ad ed.*

<sup>15</sup> D. 43.12.1.2, Ulp. 68 *ad ed.*

di attraversare un arco temporale che può anche essere di secoli o millenni. Non a caso, alla metafora del fiume fece ricorso Paul Maas con riguardo alla tradizione manoscritta: la quale, nonostante le sue incertezze e difficoltà, è paragonabile a un corso d'acqua che, durante il percorso (ora sotterraneo ora in superficie), perde il colore genuino ricevendo nuova acqua da affluenti e filtrazioni del terreno<sup>16</sup>.

Ben oltre il diritto, al fondamento di ogni tradizione s'incarna il *mos maiorum*. «Principio valoriale più che virtù o concetto giuridico»<sup>17</sup>, scrive Wieacker, esso costituisce un legame con gli antenati, «... che è il vincolo più saldo dell'anima romana»<sup>18</sup>. Discostarsene si trasforma in

---

<sup>16</sup> P. MAAS (1972<sup>3</sup>), pp. 26-27: «Un torrente nasce sottoterra sotto la vetta di un monte inaccessibile. Esso si divide in rami sotterranei, i rami si ramificano a loro volta, e alcuni di questi compaiono sul pendio del monte in sorgenti alla superficie della terra; l'acqua di queste sorgenti subito di nuovo scompare sottoterra e può ancora più volte comparire alla superficie in luoghi più bassi e qui finalmente continuare a scorrere visibile. L'acqua fin dall'origine ha colori sempre cangianti, ma belli e puri; essa passa, scorrendo sottoterra, per più luoghi nei quali di tempo in tempo vengono ad affluire nell'acqua materie che ne alterano il colore: lo stesso avviene per ogni ramificazione e per ogni sorgente che appare alla superficie. Ogni afflusso d'acqua cambia il colore del fiume per un tratto, e questo tratto conserva durevolmente questo colore; soltanto deboli alterazioni di colore si perdono, perché in tal caso le acque si purificano da sé stesse nel loro corso. Al nostro occhio l'acqua che ha cambiato colore per nuovi afflussi si distingue sempre da quella originaria, ma solo qualche volta si distingue in tal modo che l'occhio subito riconosca che l'alterazione è dovuta a nuovi afflussi; spesso si distingue soltanto in maniera che è percepibile solo una differenza del colore di diverse sorgenti. Invece l'analisi chimica il più delle volte può determinare gli elementi impuri e spesso può ottenere di nuovo il colore originario, qualche volta peraltro neppure essa può ottenerlo. Scopo della ricerca è esaminare la genuinità dei colori fondandosi sulle sorgenti».

<sup>17</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>18</sup> V. *supra* p. 48.

male<sup>19</sup>. Nella vita giuridica il dominio del *mos maiorum* si avverte, fra l'altro, nella propensione a insistere sugli istituti tramandati – oltre che nel timore per le innovazioni arbitrarie – e rappresenta «lo sfondo mentale dell'antico formalismo civile...»<sup>20</sup>. L'attaccamento al costume degli antichi, si legge poche pagine prima, implica una silenziosa superiorità da un lato, spirito di subordinazione spontanea dall'altro, e accomuna contadini, mercanti e soldati «... in quanto uomini della realtà»<sup>21</sup>.

Ciò vale, a maggior ragione, per i giuristi: esperti che scavavano in profondità nella realtà del loro tempo, in una prospettiva specialistica. Se a Wieacker appare inaccettabile, in generale, l'idea di Savigny sulla fungibilità dei giuristi<sup>22</sup>, ne condivide però un profilo specifico, relativo ai loro metodi di lavoro. Da tale punto di vista, costoro rivelano «... un'esistenza tipizzata»; perciò si ha ragione di parlare del 'giurista romano' al singolare<sup>23</sup>. Ma cosa si intende per 'metodi di lavoro'? Lo studioso punta l'attenzione sul carattere 'problematico' della giurisprudenza romana: ed è su questo aspetto che si coglie la trama sottile di un flusso di pensiero, e di metodi, in grado di unire intere generazioni di esperti.

«Il ragionamento non sfocia (come nell'odierna rappresentazione giuridica) in conclusioni deduttive procedendo da pro-

---

<sup>19</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>20</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>21</sup> V. *supra* p. 35.

<sup>22</sup> V. *supra* p. 56. Inoltre, a p. 57 Wieacker poneva in rilievo quella che efficacemente chiamava «l'individualità spirituale» dei giuristi romani, citando la chiarezza riflessiva di Giuliano, l'originalità collerica e agitata di Celso, la tensione morale e la sottigliezza concisa di Papiniano.

<sup>23</sup> V. *supra* p. 57.

posizioni principali e maggiori a clausole singole, ma si sviluppa ciclicamente, per aree problematiche; può dare come presupposte tappe logiche o addirittura saltarle, procedere per passaggi multipli, ritornare ai punti di partenza. Questo stile è reso ancora più pronunciato dal fatto che anche le dottrine più antiche non sono inserite in un contesto deduttivo, ma sono assunte come autorità – per cui, in accordo con il carattere tradizionale della giurisprudenza, si fa spesso riferimento bruscamente ai precedenti livelli di discussione»<sup>24</sup>.

## 2. Una funzione esemplare

In parecchie pagine Wieacker si sofferma su una peculiare concezione dei giuristi romani: lungi dall'essere il risultato di una progettualità razionale e autoritativa (lo sarà più tardi con le codificazioni), il diritto è visto come «stile di vita tramandato» e «tradizione non scritta»<sup>25</sup>, tanto immanente e vivificante da connettersi con la peculiarità più intima della romanità<sup>26</sup>. La tradizione è un 'modello', in quanto ad essa si rivolge di continuo l'esperto nel suo lavoro quotidiano, ad essa attinge costantemente; perciò, quando Wieacker osserva, a proposito della figura del giurista, che «tutti i processi speculativi di tessitura del diritto romano sono nelle sue mani»<sup>27</sup>, non fa che condensare in poche, lapidarie parole una verità inconfutabile, che ancora oggi desta la nostra ammirazione.

Ma approfondiamo il senso di una tradizione concepita come 'modello'. In un punto importante del libro leggiamo che, lungi dall'essere guidato da idee generali – come accade presso i popoli più fantasiosi, specie quelli mo-

---

<sup>24</sup> V. *supra* pp. 87-88.

<sup>25</sup> V. *supra* p. 41.

<sup>26</sup> V. *supra* p. 54.

<sup>27</sup> V. *supra* p. 61.

derni (si avverte qui una sottile ironia) – l'uomo romano ritrova nel parere del giurista il precetto per il suo comportamento. Sarebbe antiromano chiedersi se una decisione sia giusta in sé stessa, qualora essa risulti sostenuta dalla forza, ben più potente, della *constans interpretatio iuris civilis*<sup>28</sup>. A quest'uomo la tradizione parla in modo molto più persuasivo di quanto possa farlo la ragione giuridica generale o una generica ricerca dell'equità<sup>29</sup>. Perciò il giureconsulto è chiamato a svolgere un'opera di mediazione tra un'eredità proveniente dal passato, di cui è interprete autorevolissimo, e i suoi concittadini. Tale visione si fonda su un 'modello' che gli assegna un compito preciso: quello di essere depositario di una sapienza antica, da trasmettere non solo ai posteri ma anche ai contemporanei.

Si tratta di una prospettiva che si avverte pure in altre pagine di Wieacker. Una frase particolarmente significativa è la seguente: «una tradizione duratura presuppone un legame tra le generazioni, cioè una persistente consapevolezza di 'ceto'»<sup>30</sup>. Si pone qui un'equazione tra due concetti radicati nell'ottica romana: da un lato, la trasmissione di un prezioso retaggio dalle precedenti alle nuove generazioni, dall'altro, la convinzione che ciò possa avvenire solo grazie all'opera di una ristretta *élite* di specialisti, consapevoli della propria appartenenza di ceto e del dovere di diffondere, in chiave esemplare, una serie di principi, precetti, valori forgiati in tempi lontani. L'autorevolezza del giurista riposa sulla profonda condivisione sociale della necessità della sua funzione, pur nello scorrere incessante delle epoche<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> V. *supra* p. 77.

<sup>29</sup> V. *supra* p. 77.

<sup>30</sup> V. *supra* p. 63.

<sup>31</sup> V. *supra* pp. 47 ss.

La grandezza del passato resiste anche dinanzi all'incapacità di comprenderne a pieno i contenuti. Il testo di un giurista di età antonina, Salvio Giuliano, si esprime a chiare lettere: *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest* (D. 1.3.20, 55 dig.). «Non di tutto ciò che è stato deciso dagli antenati si può restituire la ragione»<sup>32</sup>. La tradizione non è interamente spiegabile e risolvibile nei termini della ragione del presente<sup>33</sup>.

Qualche decennio prima, un altro giureconsulto, Nerazio, non si era fermato a tale lucida constatazione, ma si era espresso in termini più incisivi mediante un avvertimento preciso: *Et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* (D. 1.3.21, 6 membr.). «Non è perciò opportuno indagare sulle ragioni delle cose che furono stabilite, altrimenti molte di queste si sovvertono»<sup>34</sup>.

Nell'opera di costruzione del titolo appartenente al primo libro dei *Digesta* – dedicato a leggi, senatoconsulti e consuetudine – i giustinianeî collocarono i due frammenti in modo da presentare il contenuto dell'ultimo come deduzione logica da quello che precede, cosicché l'avverbio *ideo* potrebbe essere frutto di un'aggiunta compilatoria, tesa a comunicare l'idea della consequenzialità fra la prima e la seconda frase. Wieacker lo avverte, notando che la forma linguistica di questo e del precedente passaggio non è esente da dubbi<sup>35</sup>. Ma in ogni caso, pur senza attribuirvi una portata generale, emerge da questi brani l'ottica con

<sup>32</sup> La traduzione di Wieacker è lievemente diversa: «Non per ogni affermazione degli antenati può essere individuata una *ratio*».

<sup>33</sup> Così A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>), pp. 361-362.

<sup>34</sup> D. NÖRR (1981), p. 27, ne esplica il contenuto parlando dell'opportunità di interrompere al tempo debito la ricerca dei fondamenti, perché altrimenti si minaccerebbe di destabilizzare l'ordinamento giuridico.

<sup>35</sup> V. *supra* p. 74 nt. 11.

cui i giuristi romani guardavano alla propria tradizione: trascurarla, ignorarla, avrebbe significato sovvertire l'ordine stabilito e smarrire il concetto stesso di *ius*. Tant'è che Wieacker spiega il senso del pensiero di Nerazio, scrivendo che «... se per prima cosa si mette in discussione il significato di una proposizione giuridica, si capovolge molto di ciò che è assiomatico»<sup>36</sup>.

Tale convincimento non riguarda però soltanto la sfera giuridica. È più ampio. Il precetto della tradizione ai posteri s'impone in qualsiasi sapere specialistico<sup>37</sup>, scrive Wieacker, quale espressione di una saggezza patriarcale «condensata e potente come una massima, una regola meteorologica o una ricetta, per le quali l'antico sentimento romano ha una simile predilezione»<sup>38</sup>. Si può aggiungere che in ogni disciplina scientifica vi sono processi di elaborazione intellettuale in grado di sviluppare risultati originali partendo dal patrimonio tramandato, su cui gli esperti lavorano con metodi peculiari. A quelli dei giuristi romani Wieacker dedica ampio spazio nelle sue pagine; in particolare, su due profili intendo soffermarmi.

Il primo concerne il concetto di 'regola' enunciato da Giulio Paolo in un testo famoso, riportato in D. 50.17.1, 16 *ad Plautium*. Il giurista di età severiana esordisce affermando che la regola è ciò che descrive brevemente «la cosa che è». Ma a noi interessa soprattutto il prosieguo: «non dalla regola si ricava il diritto, ma dal diritto esistente promana la regola» (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*). Lungi dal costituire un mondo di regole cristallizzate da cui trarre la norma applicabile, è dal diritto nel suo 'farsi' quotidiano che si desume la regola: la quale tuttavia – e tale indicazione di metodo è di

---

<sup>36</sup> V. *supra* p. 74.

<sup>37</sup> V. *supra* p. 70.

<sup>38</sup> V. *supra* p. 70.

estrema importanza – non può mai divenire una proposizione normativa, perché per il suo tramite si trasmette solo una breve descrizione delle cose (*brevis rerum narratio*). Ritorna anche qui l'idea della tradizione come 'trasmissione' per il tramite del verbo *tradere*: *per regulam igitur brevis rerum narratio traditur*. Subito dopo Paolo, citando Sabino, assimila la regola a una *causae coniectio*, a una sintesi della questione che – non appena appaia viziata in qualche punto – perde la sua funzione (... *ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitata est, perdit officium suum*).

Mi sono soffermato sul brano, fin troppo noto e discusso, per la ragione che è lo stesso Wieacker a collegarlo ai due testi (di Giuliano e di Nerazio), da lui menzionati poco prima. Egli parla qui di «... un classico monito contro ogni giurisprudenza concettuale»<sup>39</sup>. Il filo sottile individuato, a mio avviso, dallo studioso, e che lega questi frammenti, sta nello svelare un carattere specifico della tradizione nell'ottica romana: un'eredità composta non da proposizioni statiche e immutabili – tra le quali alcune ormai incomprensibili per la loro appartenenza al tempo che fu – ma da un insieme di valori da penetrare e interpretare nel loro contesto e nella loro peculiarità, sempre da rispettare persino se indecifrabili; e in ogni caso, le regole sono viste come frutto di un'attività di compendio, che non può e non deve sostituirsi alla indagine storica, al fine di individuare l'essenza di precetti affermatasi in passato. Altrimenti, facilmente le regole potrebbero perdere il loro *officium*.

Il secondo profilo si riferisce a quella che Schulz chiama l'arte del 'separare', definendola una «speciale vocazione giuridica dei romani»<sup>40</sup>. Com'è noto, all'*Isolierung*

---

<sup>39</sup> V. *supra* p. 74.

<sup>40</sup> F. SCHULZ (1946), p. 16.

quale carattere distintivo del pensiero giurisprudenziale (ma più in generale dell'ottica romana), Schulz dedicò un intero capitolo dei *Prinzipien*<sup>41</sup>, ponendo in rilievo come i giuristi, non appena superata l'età arcaica, procedessero distinguendo il diritto dal non diritto, ossia escludendo dalla loro esposizione scientifica il mondo extragiuridico<sup>42</sup>. Anche la tradizione procede per 'isolamento'. Wieacker ricorda l'episodio narrato da Gellio (II 2 §§ 9, 13), riguardante il caso del giovane console ancora sottoposto alla potestà paterna (perciò *alieni iuris*), che aveva incontrato il padre per strada. Costui era a cavallo, il figlio a piedi: ma dinanzi alla suprema carica magistratuale, il padre, come qualsiasi altro cittadino, avrebbe dovuto scendere immediatamente in segno di rispetto e obbedienza verso il console. Invece il padre tentenna e soltanto dopo un po', su ordine del littore, smonta da cavallo. A questo punto però si complimenta con il figlio per aver esercitato la potestà di comando che gli viene dal popolo. È un aneddoto significativo della mentalità romana: un console munito di *imperium*, di un enorme potere pubblico (politico, giuridico, militare), ma che in questo caso – essendo ancora vivo il padre – non aveva la capacità di compiere alcuna attività di diritto privato. Si distinguono, dunque, poteri pubblici e gerarchie familiari: due ambiti concettuali completamente diversi riferibili a differenti nozioni di *potestas*. Wieacker parla di un rigoroso isolamento di ogni potere dall'altro<sup>43</sup>: una precisa delimitazione di concetti, al fine di individuarne la reale portata.

Per i romani i concetti sorgono attraverso la riduzione e concentrazione di fatti naturali, si legge qualche pagina

---

<sup>41</sup> F. SCHULZ (1946), pp. 16-33.

<sup>42</sup> F. SCHULZ (1946), p. 21.

<sup>43</sup> V. *supra* p. 46.

prima<sup>44</sup>; in più, si afferma che la formazione intellettuale del giurista affonda le sue radici nella capacità di isolare ciò che è giuridicamente rilevante, estraendolo da eventi sociali complessi. Cosicché idee basilari come *imperium*, *obligatio*, *condicio*, lungi dall'essere semplici nozioni generali, costituiscono «elementi nettamente distinti del giuridico nel 'fatto' sociale»<sup>45</sup>. Lo stesso accade per *auctoritas*: termine che appartiene sia alla vita politica e sociale sia all'ordine costituzionale, come pure al diritto privato<sup>46</sup>, ma i suoi significati sono nettamente diversi; con riguardo al pensiero dei giuristi, *auctoritas* indica la forza speciale di opinioni giuridiche formulate da chi vantava competenze particolari e prestigio<sup>47</sup>.

Dal punto di vista della coercibilità, il concetto di 'autorevolezza' si pone agli antipodi di quello di 'potere'. L'autorevolezza esprime un valore condiviso, non imposto: il possesso di determinate virtù in alcuni soggetti fa sì che costoro appaiano autorevoli a un insieme di persone, che di quelle facoltà condivide la rilevanza. L'autorevolezza però non costituisce esclusivamente il segno distintivo di una persona; possono esserne dotati anche altri elementi o fenomeni. Uno è costituito dal decorso del tempo. Con riguardo alla sua efficacia sul diritto, Savigny scriveva che occorre riconoscere al tempo una forza 'convalidatrice': «quanto più a lungo vivono nel popolo le idee giuridiche, tanto più profondamente vi si radicano»<sup>48</sup>. Ma soltanto se lo scorrere del tempo sia valutato come un elemento 'autorevole', può generarsi e consolidarsi una tradizione; in altre parole, essa non vive d'inerzia, ma solo se e in quan-

---

<sup>44</sup> V. *supra* p. 44.

<sup>45</sup> V. *supra* p. 43.

<sup>46</sup> V. *supra* p. 47.

<sup>47</sup> V. *supra* p. 48.

<sup>48</sup> F.C. SAVIGNY (1886), p. 44.

to valutata e accettata come portatrice di energia spirituale.

### 3. Il valore della tradizione

Su quest'ultimo profilo s'innesta un problema delicato, relativo al valore che possa attribuirsi a una tradizione in qualsivoglia ambito, e in particolare in quello giuridico. Alcuni giganti del pensiero storico e filosofico moderno hanno cercato di dare una risposta; accenniamo qui alle posizioni di Savigny e di Gadamer.

È indubbio, scrive Savigny nel *Beruf*, che nel presente ci si trovi in mezzo a una mole enorme di opinioni e concetti giuridici, tramandati nei secoli e accumulati di generazione in generazione. Di questo materiale non abbiamo il possesso né la padronanza, ma ne siamo condizionati e dominati nostro malgrado; sarebbe un'illusione pensare di poter cancellare questo dominio recidendo ogni legame con la storia intrinseca del diritto. Un nesso organico lega le generazioni in maniera indissolubile<sup>49</sup>. Ciò investe in pieno il concetto stesso di tradizione giuridica. Il diritto varia incessantemente nel tempo, a volte perfino senza consapevolezza (o preoccupazione) di possibili effetti devastanti; tuttavia – nonostante il paradosso – da un punto di vista specifico il diritto potrebbe apparire il medesimo seppure nel mutare dei suoi contenuti.

Questo assunto, infatti – a prima vista senza senso – acquista forza se si guardi non al precetto in sé, ma al modo in cui i giuristi conducono le loro indagini su presupposti, ambiti applicativi, finalità di ogni normativa. Occorre concentrare lo sguardo sui profili peculiari di un metodo dalle radici antiche, proprio di un'ottica speciali-

---

<sup>49</sup> F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>), pp. 164-165.

stica e dei suoi strumenti consueti: il ragionamento, i modi dell'argomentare, le tecniche di analisi del caso e di interpretazione del problema. È attraverso la fisionomia tipica del pensiero giuridico, che la storia del diritto rivela tutto il suo spessore scientifico. Se così non fosse, si potrebbe giungere all'assurdo di immaginare una scienza piegata a contemplare unicamente le contingenze legislative del momento, e votata a mutare di continuo l'oggetto della propria attenzione secondo opportunità: una storia giuridica degradata al rango di semplice resoconto o cronaca di tali mutamenti. Solo qualora si avverta questa conclusione come errata (anzi ripugnante), si può essere in grado di percepire l'imprescindibilità di una cultura storica per la scienza giuridica, ossia di una tradizione, la quale sola consente al giurista di formare, conservare, affinare la propria identità. In tale prospettiva, oggi come ieri la giurisprudenza appare davvero espressione – in coerenza con la celebre visione di Savigny – «... di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore»<sup>50</sup>.

A quanto precede si potrebbe aggiungere un'altra considerazione per il tramite di una riflessione gadameriana formulata in *Wahrheit und Methode*, che punta l'attenzione su ciò che è 'classico' e sulla sua indispensabilità per la conoscenza storica. Nel 'classico' si attua in maniera posente un carattere generale dell'essere storico, «... per cui esso è conservazione nel trascorrere distruttivo del tempo». Invero, prosegue il filosofo, «l'essenza universale del tramandare storico consiste proprio nel fatto che solo ciò che, del passato, si conserva come 'non passato' rende possibile la conoscenza storica»<sup>51</sup>. E qualche pagina prima si legge un pensiero che si avvicina a Savigny e alle

---

<sup>50</sup> F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>), p. 101.

<sup>51</sup> H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>), pp. 338-339.

precedenti riflessioni da noi svolte: ciò che è consacrato dalla storia e dall'uso è fornito di un'autorità divenuta ormai universale; la nostra 'finitezza' storica è data proprio dal fatto che anche l'autorità di ciò che ci viene tramandato, e non solo ciò che possiamo razionalmente riconoscere come valido, esercita sempre un'influenza sulle nostre azioni e sui nostri comportamenti. Ogni forma di educazione si fonda su questo<sup>52</sup>.

Anche Wieacker si pone il problema degli esiti attuali dell'imponente patrimonio tramandatoci dalla tradizione giuridica romana. Lo fa nell'ultimo dei saggi qui tradotti, dal titolo significativo *L'Europa e il diritto romano*<sup>53</sup> (che rievoca volutamente quello della nota opera di Koschaker), in cui dichiara la morte di una propedeutica civile attuata con i mezzi offerti dalla interpretazione convenzionale del *Corpus Iuris*, non essendo più il diritto romano un diritto 'naturale' europeo. Di conseguenza, aggiunge lo studioso, «... uno studente potrebbe allontanarsi dalla storia giuridica se una lezione sul 'diritto privato romano' fosse più simile alla parte generale del nostro diritto civile che a qualsiasi altra cosa romana»<sup>54</sup>. La frase è di una modernità sorprendente. Non è sul piano dell'*Applikation*, ossia inseguendo il diritto positivo sul terreno del confronto fra sistemi giuridici, che la storia del diritto otterrà mai il giusto riconoscimento. E neppure si può esplorare il passato con l'intento di trovare in esso la prefigurazione del presente: si scivolerebbe così in una sorta di 'precomprensione' destinata, nel corso dell'attività ermeneutica, a deformare l'oggetto d'indagine, con l'effetto di estrarre dal

---

<sup>52</sup> H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>), p. 329. Sul problema più ampio dell'educazione del giurista, da intendersi ovviamente come 'formazione', rinvio alle acute osservazioni di E. STOLFI (2018), p. 169 ss.

<sup>53</sup> V. *supra* pp. 99 ss.

<sup>54</sup> V. *supra* p. 119.

passato solo ciò che sia congeniale o che serva di ‘abbellimento’ al diritto vigente. In altre parole, non è alla «mensa dei giuspositivisti» – per richiamarci a una incisiva metafora<sup>55</sup> – che lo storico del diritto deve accomodarsi per dare un senso alla propria esistenza; semmai è vero il contrario, ossia che, costituendo il diritto e la storia un’entità unica e inscindibile, i giuspositivisti rischiano di perdere la propria identità qualora ignorino il fattore storico quale elemento intrinseco del loro campo di lavoro.

Queste riflessioni non si discostano molto dalle conclusioni del secondo saggio riportato in traduzione, *Il giurista romano*<sup>56</sup>. Wieacker si chiede qui cosa possa dirsi oggi di questa figura, e giustamente esclude che sia possibile considerarla come la quintessenza dell’ideale «senza tempo» del giurista. Piuttosto, è l’arte giuridica «creativa» in cui questi s’incarna a scolpirne in maniera indelebile l’identità, pur se «... la sua imitazione sarebbe impossibile e, in quanto esterna, nemmeno desiderabile»<sup>57</sup>. Tuttavia, la parola «vibrante» del giureconsulto antico sarà ancora in grado di parlare ai moderni, nella misura in cui costoro rivolgano lo sguardo alle condizioni che resero possibile il formarsi di un grandioso edificio giuridico; e fra queste, rivestirono un ruolo fondamentale proprio quelle che il Maestro tedesco chiama le «forze vincolanti della tradizione»<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Usata da P. CARONI (2009), p. 110.

<sup>56</sup> V. *supra* pp. 55 ss.

<sup>57</sup> V. *supra* p. 97.

<sup>58</sup> V. *supra* p. 97.

## Riferimenti bibliografici

- M. BRETONE (2004<sup>6</sup>) = M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004<sup>6</sup>.
- C.A. CANNATA (2003) = C.A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi principe e diritto nel primo Impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del IV premio romanistico «G. Boulvert»* (Copanello 11-13 giugno 1998), a cura di F. Milazzo, Napoli 2003.
- P. CARONI (2009) = P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra* (= *Die Ein-samkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005 = *Una 'historia' para después del Código*, Madrid 2006), Milano 2009.
- J.P. ECKERMANN (2008) = J.P. ECKERMANN, *Conversazioni con Goethe negli ultimi anni della sua vita*, a cura di E. Ganni, trad. A. Vigliani, Torino 2008.
- H.G. GADAMER (1989<sup>6</sup>) = H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. e cura di G. Vattimo (= *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1972), Milano 1989<sup>6</sup>.
- P. MAAS (1972<sup>3</sup>) = P. MAAS, *Critica del testo*, trad. di N. Martinelli (= *Textkritik*, Oxford 1950<sup>2</sup>, 1990<sup>3</sup>), Firenze 1972<sup>3</sup>.
- D. NÖRR (1981) = D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso?*, in *BIDR* 84 (1981), pp. 9-33.
- L. PEPPE (2012) = L. PEPPE, *Usò e ri-usò del diritto romano*, Torino 2012.
- F.C. SAVIGNY (1886) = F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. di V. Scialoja, 1, (= *System des heutigen*

- römischen Rechts*, 1, Berlin 1840, rist. Darmstadt 1956, Aalen 1973), Torino 1886.
- F.C. SAVIGNY (1989<sup>2</sup>) = F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in *La polemica sulla codificazione*, introd. di G. Marini, trad. di M. Peretti (= *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg 1814, 1840<sup>3</sup>), Napoli 19892, pp. 87-197.
- A. SCHIAVONE (2017<sup>2</sup>) = A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017<sup>2</sup>.
- F. SCHULZ (1946) = F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. e cura di V. Arangio-Ruiz (= *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934), Firenze 1946 (rist. anast. 1995).
- E. STOLFI (2018) = E. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in AA.VV., *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta e L. Loschiavo, Roma 2018, pp. 169-180.

### Abstract

The aim of this essay is to examine how tradition was considered in the roman culture, especially in the legal science during its historical development.

### Key Words

Tradition, traditionalism, authority, roman legal science.

## INDICE ANALITICO

### A

- A libellis*, 94  
*Ab epistulis*, 94  
Accademia platonica, 69  
*Accipere iudicium*, 60  
*Acta*, 213  
*Actio*:  
– *ad exemplum institoriae*, 92  
– *ad exemplum legis Aquiliae*, 92  
– *de dolo*, 54  
– *institoria*, 90  
– *legis Aquiliae*, 92  
*Actiones útiles*, 71  
Adriano, Publio Elio Traiano,  
10, 62, 211  
*Aequitas*, 9, 53, 77 nt. 13, 83  
nt. 20, 147  
Affissione pubblica, 90 s.  
*Agere*, 10, 58 ss., 69, 71  
*Alciato, Andrea*, 111, 193  
*Ambiguitas*, 177 nt. 13  
*Ambitus*, 66  
*Anagnorisis*, 112  
*Ästhetische Kultur*, 99  
Anassimandro, 120  
Annibale Barca, 38  
Antitribonianesimo, 114  
*Applikation*, 241  
Arango-Ruiz, Vincenzo, 171,  
203 nt. 7  
Arbitri, 60, 80, 129  
*Arbitria*, 60  
*Arbitria bonae fidei*, 53  
Arbitrio (del legislatore), 240  
Aristocrazia, 10  
Aristone, Tizio, 136 nt. 27, 174  
nt. 8, 176 nt. 12  
Aristotele, 108, 110  
*Ars*, 72 s., 83, 112, 165, 181 nt.  
20, 214  
*Ars dictandi*, 107  
*Ars rhetorica*, 131, 135  
*Artes liberales*, 106 s.  
Assolutismo, 14, 98, 215  
Attualizzazione, 17, 103, 116  
*Auctor*, 47  
*Auctoritas*, 9 s., 47 s., 59, 61,  
67, 69 s., 126, 126 nt. 2, 147,  
238  
*Augere*, 47  
*Augurium*, 34, 45  
Augustin, Antonio, 195  
Augusto, Gaio Giulio Cesare  
Ottaviano, 39, 47, 49, 61, 80  
s., 129

### B

- Beneficium*, 151 nt. 24  
*Benignitas*, 49, 66 nt. 8  
Betti, Emilio, 14 ss.  
BGB, 13, 84, 119

Boezio, Anicio Manlio Torquato Severino, 108 s.  
 Bologna, 19 s., 23, 100 s., 104 ss., 110, 112, 116, 192, 199  
*Bona fides*, 54  
*Bonae fidei iudicia*, 53 s.  
 Budé, Guillaume, 111, 193

## C

'Classico', 5, 16 nt. 62, 201, 209 ss., 216, 216 nt. 32, 240  
 Calasso, Francesco, 101  
 Cartesio, Renato, 113  
 Cassirer, Ernst, 76  
*Causa*, 110, 113  
*Causae aristoteliche*, 109  
*Causae coniectio*, 74, 179 s., 180 nt. 19, 236  
*Cautiones*, 41  
*Cavere*, 58 s., 69, 71  
 Celso, Giuvenzio, 57, 69, 83, 83 nt. 20, 159 ss., 173 nt. 3, 211, 231 nt. 22  
 Cesare, Gaio Giulio, 39, 41  
 Cicerone, Marco Tullio, 39, 61, 66, 66 nt. 8, 72 s., 78 ss., 83 nt. 20, 108 s., 112 s., 136 nt. 27, 150, 175  
 Cino da Pistoia, 107  
*Circumstantia*, 113  
 Città-stato, 34, 37  
*Civilis possessio*, 75  
*Civis*, 45 s.  
 Claudio Cieco, Appio, 64  
*Clementia*, 49  
*Clericus*, 107  
*Code civil*, 21, 114  
*Codex*, 192

Codice, 38, 41, 192, 211  
 Codice del diritto longobardo, 108  
 Codice Teodosiano, 195  
 Collasso, 93 ss., 191, 208, 215  
 Collegio Pontificale, 55, 63 s., 75  
*Commentarii*, 72, 172, 213  
 Commentatori, 192 ss.  
*Common law*, 41  
*Condicio*, 43 s., 132, 145, 209, 238  
*Coniuratio*, 50  
*Consensus*, 134  
*Consilium*, 58, 62, 66, 70, 126, 164, 215  
*Consules*, 106  
*Consuli*, 58 s., 215  
*Corpus Iuris*, 4, 6, 20, 96, 100, 105, 107, 117, 119, 193, 241  
 Costantino, Flavio Valerio Aurelio, 94, 105  
 Cuiacio, Jacopo, 115, 195  
 Culti, 194 s.

## D

*Dare*, 85  
*Dare iudicium*, 60  
 Darjes, Joachim Georg, 116  
*De repetundis*, 79  
*Deductio ad absurdum*, 161, 164, 186 nt. 35  
*Defensores*, 106  
*Definitio*, 171, 174 ss.  
*Demonstratio*, 71  
 Denifle, Heinrich, 106  
 Dialoghi (tra giuristi), 227

- Dictare*, 107  
*Digesto*, 20, 56, 97, 108 ss.,  
 147 nt. 12, 152, 173, 182,  
 183 nt. 25, 183 nt. 26, 183  
 nt. 28, 183 nt. 30, 184 nt. 31,  
 184 nt. 32, 192, 192 nt. 6,  
 194 nt. 12, 229  
 Diritto romano, 5 ss., 12 ss.,  
 21 s., 23 nt. 78, 24 s., 33, 39  
 s., 43 ss., 51, 54, 55 s., 61,  
 63, 72, 77, 85, 92 s., 95, 97  
 s., 99 ss., 111 s., 114 ss., 118  
 ss., 133 nt. 18, 144 s., 147 s.,  
 148 nt. 15, 156 s., 173 nt. 3,  
 194, 208, 210, 210 nt. 24,  
 210 nt. 25, 217, 217 nt. 35,  
 225 s., 232, 241  
*Disputatio (fori)*, 42, 70, 125  
 ss., 213  
*Disputationes*, 125, 134 ss.  
*Distinctio*, 20, 96, 110, 151 nt.  
 24  
*Divisio*, 96, 109 s.  
*Dogmatica*, 15, 17 s., 20 s.,  
 109, 117, 133 nt. 18  
*Dolus*, 213  
 Domat, Jean, 21, 114, 195 s.  
*Domi*, 45, 64  
*Dominium*, 9, 45 s., 85, 147  
 Donello, Ugo, 21, 111, 115,  
 195 s.
- E
- Eckermann, Johann Peter, 225  
 Editto carboniano, 176 nt. 12  
 Editto del pretore, 61 s., 90,  
 92, 213  
 Editto provinciale, 61  
 Eleganti, 114 s., 117  
*Élite(s)*, 20, 104 s., 107, 111,  
 196, 233  
 Ennio, Quinto, 73  
 Epitome Iuliani, 108  
*Equites*, 214  
 Ermeneutica, 16, 17 nt. 65,  
 106, 210 nt. 26, 241  
*Ethos*, 53 s.  
 Etruschi, 34  
 Europa, 18, 23, 41, 45, 55, 66,  
 85, 97 s., 99 ss., 107, 111,  
 114, 116 s., 193, 217 nt. 35,  
 241  
*Exceptio doli*, 54  
*Exempla*:  
 – *antiquitatis*, 115  
 – *maiorum*, 48  
*ἐγκύκλιος παιδεία*, 42, 125 s.  
*ἐπιείκεια*, 77 nt. 13, 83 nt. 20
- F
- ‘Fedeltà dei Nibelunghi’, 50  
*Familiae emptio*, 52  
*Fides*, 9, 44, 48, 50 ss., 77, 147,  
 213  
*Fiducia*, 52  
 Filelfo, Francesco, 111  
 Flavio, Gneo, 64  
 Formazione, 11, 19 s., 41 ss.,  
 55, 57, 70 ss., 95, 104, 104  
 nt. 6, 105 s., 108 s., 125 ss.,  
 135, 165 nt. 34, 207, 217 nt.  
 35, 238, 241 nt. 52  
 Fraenkel, Eduard, 33  
*Fraus*, 52, 213

*Fueros*, 102  
*Fundus*, 179, 227 nt. 7  
 Fungibilità, 12, 56 s., 160, 160  
 nt. 18, 201 ss., 209 s., 216,  
 216 nt. 32, 221, 231

## G

Gadamer, Hans-Georg, 16,  
 210 nt. 26, 239 ss.  
 Gaio, 82, 106, 159, 180 nt. 19,  
 183  
 Gellio, Aulo, 46, 237  
 Genera, 11, 82, 109, 131, 132  
 nt. 14, 213  
 Gesta, 213  
 Giavoleno Prisco, Lucio, 56  
 Giovenale, Decimo Giunio, 68  
 Giuliano, Salvio, 57, 69, 74,  
 83, 160, 176 nt. 13, 211, 231  
 nt. 22, 234, 236  
 Giurisprudenza:  
 – elegante, 21, 23, 115 s.  
 – regolare, 70, 171  
 – romana, 5 ss., 12 nt. 44, 17,  
 24, 41, 43 s., 58, 69, 71 ss.,  
 82 s., 85, 92, 110, 120, 146  
 nt. 11, 157 ss., 203 nt. 7, 204  
 s., 207, 209, 212, 231  
 Giurista romano, 4, 8 ss., 12  
 nt. 45, 14, 18, 43, 55 ss., 145,  
 157 ss., 171, 206 ss., 225 ss.  
 Giusnaturalismo, 13 s., 115  
 Giustiniano, 19, 48, 74, 97,  
 178, 193 s., 217  
 Glossa, 107 ss., 111  
 Glossatori, 20, 103 s., 109, 192  
 ss., 194 nt. 12, 202

Goethe, Johann Wolfgang  
 von, 19, 22, 99, 225  
 Gotofredo, Giacomo, 111,  
 115, 195  
 Gracchi, 49  
 Greci, 36 ss., 146  
 Grecia, 37, 41, 52, 55, 63, 131  
 Gregorio di Tours, 106  
 Grosso, Giuseppe, 14 s.  
 Grozio, Ugo, 115

## H

Hägerström, Axel, 76  
 Heimburg, Gregor von, 112  
 Heinze, Richard, 33  
*Hereditas*, 85  
*Historisierung*, 23, 23 nt. 78  
 Hobbes, Thomas, 115  
 Hommel, Carl Ferdinand, 195  
*Homo novus*, 67  
*Honos*, 10, 65 s.  
 Hotman, François, 114, 194  
 Hugo, Gustav, 115  
*Humanitas*, 49

## I

Illuminismo, 40  
*Imperium*, 8 ss., 34 s., 43, 45  
 s., 54, 58, 132, 145, 147, 237  
 s.  
*Iniquitas*, 77  
*Intentio*, 71  
*Intercedere*, 88 s.  
*Intercessio*, 88 s.  
 Interpolazioni, 89, 205

- Interpolazionismo, 21, 24, 114, 159, 161, 206 nt. 14, 210 nt. 25
- Interpretatio*, 72, 77, 120, 134, 151, 172, 176, 233
- Irnerio*, 107, 192
- Isolierung*, 8, 44, 132 s., 134 nt. 19, 145 nt. 5, 148, 208, 236 s.
- Istituzioni, 21, 82, 102 nt. 3, 108, 114, 192
- Iudex*, 60, 80, 129
- Iudices (privati)*, 61, 63, 129 nt. 8
- Iudicia legitima*, 53
- Iudicium*, 60
- Iuris peritus*, 68, 227 nt. 7
- Iuris prudentia*, 131, 203 nt. 7
- Iurisconsultus*, 58, 60, 70, 126
- Ius*:
- *civile*, 9, 11, 44, 48, 51, 53 s., 57, 59 s., 64 s., 78, 82, 101 s., 106 ss., 127, 134 nt. 20, 213, 227
  - *commune*, 102, 109, 115 s., 118,
  - *controversum*, 134 nt. 20, 178, 185, 185 s. nt. 35
  - *imaginum*, 34
  - *Quiritium*, 47
  - *receptum*, 134
  - *respondendi ex auctoritate principis*, 10, 81, 129 nt. 8
  - *vitae ac necis*, 46 s.
- J
- Jhering, Rudolph von, 33, 75 s., 86 s., 149 nt. 17
- K
- Kantorowicz, Ernst, 101, 108
- Kaser, Max, 181
- Koschaker, Paul, 18, 22 ss., 99 nt. \*, 118, 121 nt. 26, 217 nt. 35, 241
- Kunkel, Wolfgang, 13, 61 nt. 4, 62, 67, 102 nt. 3, 104 nt. 6, 117 nt. 20, 158, 207, 207 nt. 16
- Kuttner, Stephan, 101
- L
- Labeone, Marco Antistio, 56, 143 nt. 1, 161 nt. 24, 176 nt. 12, 179, 180 nt. 17, 182, 211
- Labitte, Jacques, 195
- Legal clinics*, 136
- Legatum*, 85, 172, 186 nt. 35, 227 nt. 7
- Lenel, Otto, 195
- Lenitas*, 49
- Lex*:
- *Aquilia*, 91 s., 91 nt. 29, 165
  - *duodecim Tabularum*, 9, 41, 44, 48, 52, 165
  - *publica*, 4 s.
  - *Valeria de provocatione*, 45
- Libertas*, 213
- Libri regularum*, 171, 179, 182 ss.
- Littera*:
- *bononiensis*, 192, 194 nt. 12
  - *florentina*, 194 nt. 12
  - *pisana*, 194 nt. 12
- Locatio conductio*, 53

*Locus*, 109 s.

Longino, Cassio, 211

### M

Maas, Paul, 230

Magna Grecia, 37, 52

*Magnae causae*, 79, 127

*Maiores*, 174

*Mancipatio*, 35

*Mandatum*, 53

*Manus*, 9, 45 s., 147

Marciano, Elio, 183

Marco Aurelio, Antonino Augusto, 39

Marziale, Marco Valerio, 68

Medioevo, 19, 63, 73, 100 s., 108, 191, 191 nt. 3, 196

*Memoria rerum veterum*, 228 s.

*Merovingi*, 105 s.

Metafora (uso della), 22, 217 nt. 35, 225 s., 226 nt. 2, 230, 242

*Metánoia*, 113

*Militiae*, 45, 64

Mitteis, Ludwig, 75, 157 s., 206 nt. 13

Modestino, Erennio, 183

Mommsen, Theodor, 101

*Monimenta* 72, 172

Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, 33

*Mos*:

– *gallicus*, 194

– *italicus*, 112, 114, 194 s.

– *maiorum*, 8 s., 35, 48 s., 77, 147, 230 s.

### N

*Naturalis possessio*, 75 s.

Naturalismo, 118

Nearco, 38

*Negotium*, 85, 151 nt. 24

*Neohegelismo*, 118

*Neokantismo*, 118

Nerazio Prisco, Lucio, 74, 172 nt. 2, 174 nt. 8, 176 nt. 12, 178 nt. 15, 180 nt. 17, 182, 185, 185 nt. 33, 185 s. nt. 35, 234 ss.

Nettelblatt, Daniel, 116

Nobiltà, 10, 57, 63, 65 ss., 114

Notai, 106

Novelle, 192

### O

*Obligatio*, 43 s., 76, 85 s., 132, 145, 151 nt. 24, 152 nt. 25, 209, 238

Occidente, 12, 22, 94, 97, 99 ss., 105, 226

*Officium*, 58, 74, 146, 150, 150 nt. 22, 151 nt. 24, 152, 152 nt. 25, 179, 181, 185, 236

*Oportere ex fide bona*, 152

*Ordo iudiciorum*, 80, 129

Ostrogoti, 105

*Otium cum dignitate*, 61

*ὄπος*, 82

### P

Pandette, 103, 105, 109

- Pandettistica, 14, 42, 104, 113, 117
- Paolo, Giulio, 74, 89, 136 nt. 27, 163, 163 nt. 31, 179, 179 nt. 16, 179 nt. 17, 180 nt. 18, 183, 195, 211, 215 s., 235 s.
- Papiniano, Emilio, 57, 92, 93 nt. 31, 94, 160, 211, 215 s., 231 nt. 22
- Partito Nazionalsocialista, 4 nt. 5, 13 nt. 47
- Pater familias*, 46, 65
- Patria potestas*, 46
- Pennalismus*, 95
- Peto, Sesto Elio Cato, 73, 78, 165
- Petronio Arbitro, Gaio, 68
- Pietas*, 9, 48 s., 77, 147
- Pignus*, 86
- Plinio, Gaio Cecilio Secondo, 164
- Plinio, Gaio Secondo, 110
- Plotino, 120
- Pluris petitio*, 51, 54
- Polis*, 35, 37
- Pontifices*, 64, 134 nt. 19, 176 nt. 12
- Populus*, 59
- Potestas*, 9, 45 ss., 147, 213, 237
- Pothier, Robert Joseph, 21, 114, 195 s.
- Pretore, 4 s., 15, 53 s., 60 s., 164 nt. 33
- Princeps*, 47, 61, 81
- Principato, 80 s., 129, 149, 205, 211
- Proculiani, 69
- Proculo, 92, 211
- Procurator omnium bonorum*, 92
- Professione (del giurista), 9 s., 42, 62 ss., 158, 204, 208 s.
- Prudentes*, 216 nt. 32, 227
- Pufendorf, Samuel von, 115
- Q
- Quaestio*, 84, 96, 136
- Quaestiones*, 79
- R
- Rabel, Ernst, 71 nt. \*, 93
- Ragionamento, 70, 82, 87, 136, 162 s., 163 nt. 31, 202, 212, 227, 231, 240
- Ratio*, 5 nt. 12, 6 nt. 25, 74, 90, 112, 162, 181 nt. 20, 185, 234, 234 nt. 32
- Ratio(nes) decidendi*, 11, 70 s., 86, 126
- Recezione, 14, 49, 53, 98, 102, 102 nt. 3, 104 nt. 6, 111
- Regime nazista, 13, 22
- Regula*, 74 nt. 12, 165, 171 ss., 235 s.
- Regula catoniana*, 172, 173 nt. 2, 173 nt. 3
- Religio*, 75
- Repubblica, 10, 63, 67 s., 119, 152, 174 nt. 7, 205, 213, 216
- Res*, 44, 177, 178 nt. 15, 209
- Res publica*, 57, 65 s., 129
- Res similiter iudicatae*, 41
- Respondere*, 10, 58 s., 61, 69, 81, 83, 150, 166 nt. 40

- Responsum*, 10, 41, 58, 63 ss.,  
 69 ss., 81, 126, 126 nt. 2, 129  
 nt. 8, 130, 134, 147 nt. 12,  
 172, 181 nt. 20, 213  
 Retorica, 11, 13, 66, 78 ss., 94,  
 106, 125, 127 ss., 133 nt. 19,  
 136, 164, 209 nt. 22  
*Rex sacrorum*, 48  
*Rigor*, 77  
 Rinascimento, 19, 104, 114,  
 192, 196  
 Ritualismo, 65, 227  
 Rivoluzione francese, 40  
 Romanità, 3, 5, 7 s., 18, 34 ss.,  
 79, 208, 229, 232  
 Romanticismo, 21, 117 nt. 20  
 Rubrica, 68  
 Rufino, Licinio, 183
- S
- Sabiniani, 69  
 Sabino, Masurio, 67, 74, 82,  
 163 nt. 30, 171, 173 nt. 2,  
 178 ss., 185, 211, 214, 227  
 nt. 7, 236  
 Savigny, Friedrich Carl von,  
 21, 23, 56 s., 76, 87, 100 s.,  
 104, 115, 116 nt. 20, 159 s.,  
 201 s., 211, 231, 238 ss.  
*Sc. Vellaeantum*, 86 nt. 21, 88  
 Scevola, Cervidio, 135 nt. 22,  
 183, 183 nt. 28  
 Scevola, Quinto Mucio, 11,  
 13, 56, 66, 68, 73, 82 s., 136  
 nt. 27, 161 nt. 24, 173, 213  
*Scholae*, 69  
 Schulz, Fritz, 9 nt. 31, 33, 43  
 s., 56 nt. 2, 57 nt. 3, 64 nt. 6,  
 88 nt. 23, 131 s., 132 nt. 14,  
 132 nt. 16, 133, 146 ss., 146  
 nt. 11, 149 nt. 17, 158 s.,  
 171, 201 ss., 228, 236 s.  
*Scientia iuris*, 25 nt. 85, 165 s.,  
 203 nt. 8  
 Scipione Emiliano, Publio Cor-  
 nelio, 53, 78  
 Scipione Nasica, Caio, 59  
 Scolastica, 109, 113  
 Scuola Culta, 194  
 Scuola storica, 12, 19, 21, 23,  
 40, 103 s., 115 ss., 193  
*Sectae*, 10, 13, 69  
 Senato, 89, 164  
*Senatusconsultum*, 58, 88, 234  
 Servio, Servio Sulpicio, 13, 56,  
 66, 67, 83, 136 nt. 27, 161  
 nt. 24, 171, 174 s., 214  
 Shakespeare, William, 52  
*Sindici*, 106  
*Societas omnium bonorum*, 53  
 Sociologia giuridica, 118  
*Solio*, 59  
*Solutio*, 96  
*Somnia Fittingiana*, 101  
*Somnium Scipionis*, 39  
*Species*, 11, 82, 109, 113, 132  
 nt. 14  
 Stato, 5, 7, 33, 35 ss., 47, 49,  
 64 ss., 79 ss., 87, 99, 107  
*Stilus curiae*, 107  
*Stipulatio*, 85  
 Stroux, Johannes, 53, 80 nt.  
 15  
*Studium*  
 – civile, 20, 111  
 – iuris, 20  
 Suarez, Francisco, 116

*Subdistinctio*, 96  
*Subdivisio*, 109 s.  
 Sulpicio Gallo, Gaio, 73  
*Summa*, 96

Tucidide, 38  
*Τέχνη*, 72  
*Τόπος*, 110

## T

Tardoantico, 9, 19, 96, 100, 110, 113, 151 nt. 28, 191 s., 194, 196  
 Tempo, 18, 22, 24, 35, 38, 54, 59, 62, 73, 77, 82 s., 97, 100 s., 118, 120, 136, 159, 160, 164 nt. 32, 166 nt. 43, 181 nt. 20, 182 nt. 21, 193, 204, 205 nt. 11, 211 nt. 26, 212, 216, 216 nt. 32, 217 nt. 34, 217 nt. 35, 218 nt. 35, 226 ss., 227 nt. 7, 231, 234 nt. 34, 236, 238 ss.  
*Tertium comparationis*, 70  
*Testamentum*, 52, 85, 172, 174  
 Thibaut, Anton Friedrich Justus, 23, 202, 202 nt. 2, 211  
 Tradizionalismo, 65, 77, 227  
 Tradizione, 3, 6, 18 nt. 65, 20, 35, 40 s., 44, 48, 56, 60, 63, 75, 77 s., 82, 84, 86, 96, 98, 100, 104 s., 106 nt. 8, 108, 110 ss., 115 s., 121 nt. 26, 135, 144, 146 nt. 5, 162, 164, 166, 191, 217, 217 nt. 35, 225 ss.  
 Traiano, Marco Ulpio, 39, 211  
*Translatio imperii*, 114  
 Trebazio Testa, Gaio, 56  
 Triboniano, 194  
 Trifonino, Claudio, 134, 135 nt. 22  
 Triumvirato (secondo), 80, 129

## U

Ullman, Berthold Louis, 101, 101 nt. 1  
 Ulpiano, Domizio, 83 nt. 20, 90 s., 94, 134, 211, 215, 227 nt. 7  
 Umanesimo, 19 s., 22, 111 ss., 120 s., 193 ss.  
 Umanisti, 33, 103, 111 s., 115, 118, 193 ss.

## V

Valla, Lorenzo, 111  
 Verre, Gaio Licinio, 61  
*Veteres*, 165, 214  
*Vir bonus*, 144 nt. 1, 152  
 Virgilio, Publio Marone, 39, 106 s.  
 Visigoti, 105  
 Volgarizzazione, 94  
*Vulgata*, 108, 192

## W

Wieling, Abraham, 195  
 Wolff, Christian, 115 s.

## Z

Zasius, Ulrich, 193



Finito di stampare nel mese di dicembre 2024  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



# FORME E ITINERARI DEL DIRITTO

Diretta da F. Fasolino, A. Lovato, F. Lucrezi

---

## Volumi pubblicati

1. Dario Annunziata, *Tuam sanctam religiosamque prudentiam. Gli indirizzi giuridico-politici di Costanzo II alla luce degli scritti di Ilario di Poitiers*, 2020, pp. VIII-120.
2. Francesco Fasolino, *Politiche e strumenti della repressione criminale in età imperiale*, 2020, pp. XIV-386.
3. Mariateresa Amabile, 'Nefaria secta'. *Sulla normativa imperiale "de Iudaeis" (IV-VI secolo)*, II, 2021, pp. VIII-184.
4. Giovanbattista Greco, *Follia, processo e responsabilità nella "Pro Sexto Roscio Amerino"*, 2021, pp. XII-132.
5. Francesco Fasolino, Francesco Lucrezi (curr.), *Matrimonio e volontà. Traduzione del trattato Kiddushin del Talmud di Gerusalemme di Luciano Baruch Tagliacozzo, con due appendici di Mariateresa Amabile e Giovanbattista Greco*, 2022, pp. XVI-256.
6. Pia Starace, *Titius Aristo, peritissimus et privati iuris et publici. Ricerche su un giurista di età traianea*, 2022, pp. XII-244.
7. Mariateresa Amabile, 'Nefaria secta'. *Sulla normativa imperiale "de Iudaeis" (IV-VI secolo)*, III, 2022, pp. VIII-128.
8. Giovanbattista Greco, *Census. Profili storico-giuridici delle attività di censimento a Roma*, 2022, pp. VI-258.
9. Mariateresa Amabile, 'Actionem resuscitari'. *Note sulla 'nox' in Gaio*, 2023, pp. VIII-96.
10. Daniele Vittorio Piacente, *Poeniendis peccatis tres esse debere causas existimatum est*, 2023, pp. X-198.
11. Filippo Bonin, *L'organizzazione della giustizia tra Diocleziano e Costantino. Apparati, competenze, funzioni*, 2023, pp. XIV-450.

12. Franz Wieacker, *Vom römischen Recht. Dal diritto romano. Saggi scelti*. Traduzione di Filippo Bonin, con la collaborazione di Andrea Lovato, Sergio Alessandrì, Aurelio Arnese, Pasqua Cantarone, Maria Casola, Anna De Francesco, Yuri González Roldán, Daniele Vittorio Piacente, Pia Starace, 2024, pp. XII-260.



