

dsg

Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università di Torino

1

VALORI E PRINCIPII DEL DIRITTO ROMANO

ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI
PER I 100 ANNI DI SILVIO ROMANO
MAESTRO DI ISTITUZIONI

(Torino, 12 ottobre 2007)

a cura di

ANDREA TRISCIUOGGIO



Edizioni Scientifiche Italiane

Questo volume è stato pubblicato con il contributo della Regione Piemonte

TRISCIUOGGIO, Andrea (*a cura di*)
Valori e principii del Diritto romano
Atti della Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni
Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino, 1
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009
pp. XII+156; 24 cm
ISBN 978-88-495-1786-6

© 2009 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

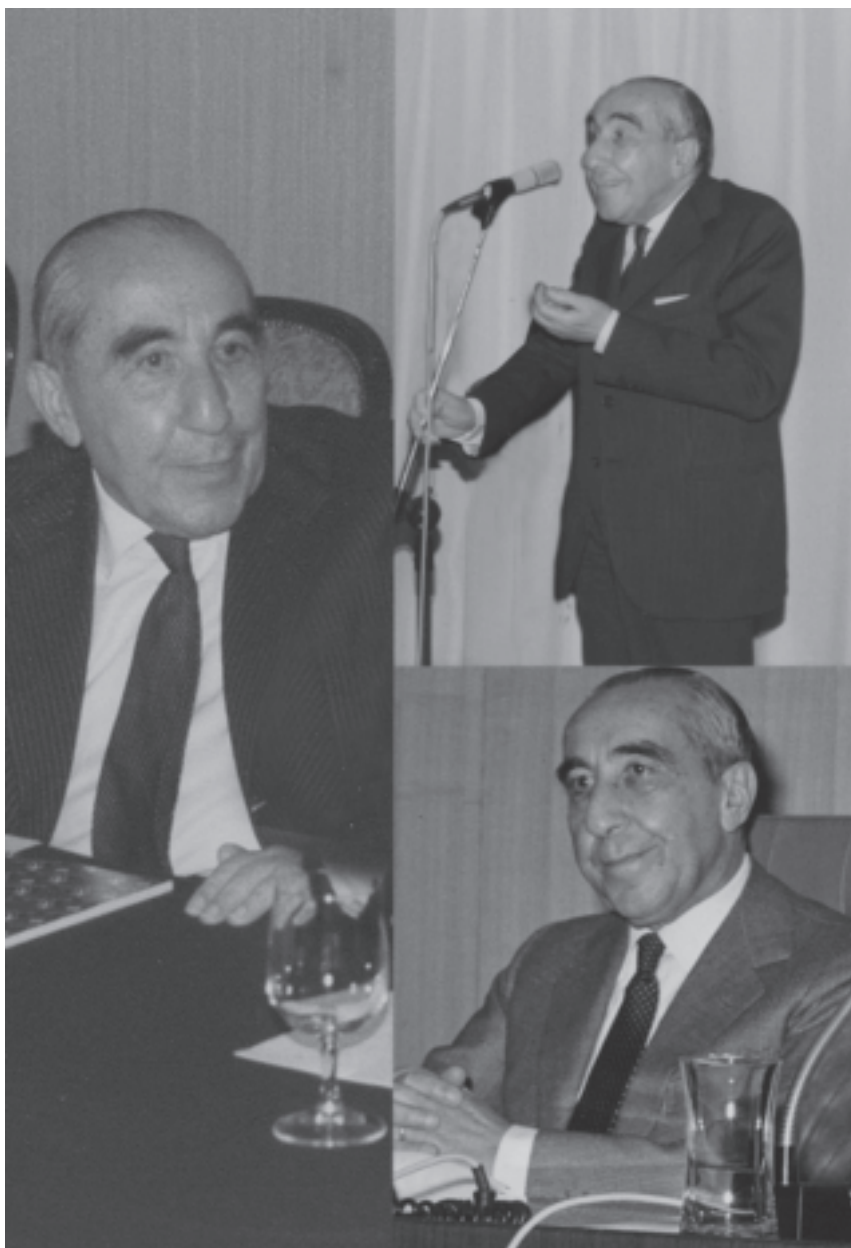
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

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, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano - tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it







Torino, 12 ottobre 2007. Il Prof. Silvio Romano riceve il sigillo dell'Università di Torino dal Rettore, Prof. Ezio Pelizzetti.

Il presente volume raccoglie gli Atti della Giornata di studi dedicata al Prof. Silvio Romano per festeggiare il suo centesimo compleanno, svoltasi presso l'Università degli Studi e l'Accademia delle Scienze di Torino il 12 ottobre 2007.

Alla Giornata di studi sono intervenuti numerosi allievi e colleghi. Purtroppo le condizioni di salute dell'Onorato non Gli hanno consentito di essere presente. Interpretando un sentimento generale, il Rettore dell'Università di Torino, Prof. Ezio Pelizzetti, accompagnato dal Prof. Mario Talamanca, Presidente della Società Italiana di Storia del Diritto, e dai professori Alberto Burdese e Fausto Gorla, ha voluto recarsi presso l'abitazione del Prof. Romano, rendendoGli omaggio con la consegna del sigillo dell'Ateneo torinese.

Questo riconoscimento istituzionale si è unito al tributo scientifico, segno di affetto e di gratitudine di allievi e colleghi, che si conclude ora con la pubblicazione degli Atti sostenuta finanziariamente dalla Regione Piemonte.

Ad essa e agli altri Enti, in particolare all'Università di Torino e alla Fondazione CRT, che hanno assicurato il buon esito dell'iniziativa, nonché al Dipartimento di Scienze Giuridiche, che ha voluto accogliere il presente volume nella collana dei suoi 'Quaderni', va il sentito ringraziamento degli organizzatori e degli intervenuti.

Il Consiglio Direttivo dell'Associazione
'Circolo torinese di diritto romano'

* Quando già era conclusa la stampa del presente volume è giunta la triste notizia della scomparsa del Prof. Romano, avvenuta la sera del 15 marzo 2009. Il Circolo torinese di diritto romano, del quale Egli era Presidente Onorario, Lo ricorda ancora nella sua sempre viva presenza.

Indice

I sessione

SERGIO RODA, <i>Saluto</i>	3
RAFFAELE CATERINA, <i>Saluto</i>	5
ELIO CASETTA, <i>Silvio Romano e le istituzioni culturali torinesi</i>	7
MATTEO MARRONE, <i>Intervento</i>	11
ALBERTO BURDESE, <i>Potestas alienandi di non domini e principio di rappresentanza</i>	15
PIERANGELO CATALANO, <i>L'inizio della 'persona umana' secondo il diritto romano</i>	31
LELIO LANTELLA, <i>Regole, principii, valori, fondamenti</i>	37
SANDRO SCHIPANI, <i>Rileggere i Digesta. Enucleare i principii. Proporli</i>	51

II sessione

ANGELO RAFFAELE MEO, <i>Saluto</i>	73
GIAN SAVINO PENE VIDARI, <i>Saluto</i>	75
GIOVANNI NICOSIA, <i>Intervento</i>	77
CARLO AUGUSTO CANNATA, <i>Diritto romano e fondamenti del diritto europeo</i>	79
FILIPPO GALLO, <i>La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto</i>	83
ANTONIO MASI, <i>L'attualità delle nozioni romane di actio in rem e di actio in personam</i>	113

PIERLUIGI ZANNINI, <i>In tema di regolamento di confini della sfera di risarcibilità del danno aquiliano: una lezione dei prudentes</i>	117
FAUSTO GORIA, <i>C. 3.1.12 e la celerità del processo civile come valore nella legislazione giustiniana</i>	129
<i>Indice delle fonti</i>	145

I sessione

Aula Magna del Rettorato
Università di Torino

Saluto

di Sergio Roda*

Buongiorno a tutti. A me spetta semplicemente il compito molto gradito di dare il benvenuto a tutti i colleghi torinesi e ai colleghi di fuori Torino per un'occasione che, come è stato bene illustrato e come tutti quelli che sono qui sanno, è molto importante e molto significativa; è un pezzo di storia dell'Università di Torino che si impersona in Silvio Romano. E quindi l'incontro di oggi ha un valore che va al di là di un seppur importante incontro scientifico e una pur importante occasione di omaggio. È davvero un momento significativo per tutta l'Università. In questa sala sono oggi riuniti professori, docenti, studiosi che hanno percorso anni importanti per la crescita della nostra Università. Inoltre la Facoltà di Giurisprudenza, che ha visto il Professor Romano per tanto tempo presente, è la più antica Facoltà della nostra Università e ancora oggi uno dei vanti scientifici della stessa. Quindi per me è davvero motivo di grande piacere portarvi i saluti. Qui non parliamo evidentemente di padroni di casa che offrono ospitalità, perché i nuovi padroni di casa siete tutti voi; quindi questa è la sede giusta in cui poteva e doveva svolgersi questa giornata. Inoltre permettetemi di chiudere con una piccola annotazione personale da storico tardo antichista: il contatto con il Diritto romano per me è un motivo particolare di piacere e mi spiace di dover fuggire ahimè immediatamente, ma mi aspetta qualche incombenza molto meno interessante e piacevole di quanto non sarebbe seguire questo convegno. Grazie a tutti e buon lavoro.

* Pro-Rettore dell'Università di Torino.

Saluto

di Raffaele Caterina*

Grazie e buon giorno. Vorrei iniziare anch'io con un'annotazione personale. Per ragioni di tempo io non ho conosciuto Silvio Romano, come molti professori della nostra Facoltà. Però ne ho sentito tanto parlare che mi pare di conoscerlo, meglio di quanto conosco tanti altri colleghi. Credo che i lavori parleranno soprattutto di Silvio Romano romanista, ma, com'è già stato ricordato, Silvio Romano è stato anche un maestro del Diritto privato, non solo nella Facoltà di Economia e Commercio, in cui ha tenuto il corso di Istituzioni di Diritto privato, ma anche in quella di Giurisprudenza, in cui ha insegnato le Istituzioni di Diritto romano. Tutti ricordano, infatti, la costante attenzione e sensibilità al raffronto con il diritto moderno che caratterizzava il suo insegnamento, e che ne ha fatto un punto di riferimento anche nella formazione civilistica di molte generazioni di studenti.

Io sono qui per portare i saluti del Dipartimento; si deve allora ricordare anche che Silvio Romano è stato direttore dell'Istituto Giuridico per circa trent'anni, e quindi è stato un punto di riferimento costante per la ricerca giuridica torinese.

Non voglio rubare altro spazio ai lavori, quindi vi ringrazio e vi auguro buon lavoro.

* Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino.

Silvio Romano e le istituzioni culturali torinesi

di Elio Casetta*

Quando Fausto Gorla mi ha telefonato invitandomi a fare un intervento alla giornata di studi per i cento anni di Silvio Romano, sono rimasto un po' sorpreso che si rivolgesse a me, cultore di una disciplina lontana da quella da lui professata, ma nel contempo lieto che mi si desse modo di partecipare, sia pure come esterno, ad un incontro di studi a lui dedicato. Però un titolo, non di merito, ce l'ho ed è quello costituito dalla mia età che mi ha consentito di essere in momenti e in situazioni diverse in contatto con lui, si può dire da una vita. Silvio Romano l'ho conosciuto nel 1941, 66 anni fa, quando mi affacciai alle aule di questo palazzo, allora sede della facoltà di Giurisprudenza, per frequentare le lezioni tra cui quella di Istituzioni di Diritto romano. Egli, allora poco più che trentenne, si presentava in divisa militare essendo capitano addetto alla commissione di armistizio con la Francia. Fui subito colpito dalla chiarezza cristallina dell'esposizione di una non facile materia, che catturava l'attenzione degli studenti nei cui confronti Romano si distingueva per la piena disponibilità e per la signorilità e gentilezza nel tratto, non molto comuni a quei tempi, che si manifestavano anche agli esami nei quali egli era giudice severo ma giusto e quindi profondamente stimato e rispettato. L'anno successivo pensai dunque di iscrivermi al corso di Diritto comune da lui tenuto per incarico. Era un corso facoltativo e per lo stato di guerra e per la difficoltà dei trasporti i frequentatori erano pochi. Non esisteva un testo sul quale studiare e occorreva affidarsi agli appunti presi a lezione che ci scambiavamo per confrontarci. Non era compito molto difficile, perché il dettato del docente era così perspicuo che si sarebbero potute stampare direttamente le dispense, ove si avesse avuta la possibilità di raccogliergli nella sua interezza.

In vero Silvio Romano, nonostante la sua giovane età, poteva vantare una vasta esperienza didattica. Laureato nel 1928, già dall'anno

* Università degli Studi di Torino.

successivo insegnava per incarico discipline romanistiche nella Università di Camerino passando poi come libero docente all'Università di Pisa negli anni '31-'34 e, subito dopo, vinse il concorso a cattedra all'Università di Perugia, quale ordinario di Istituzioni di Diritto Romano. Titolare dal dicembre 1935 della stessa disciplina nell'Università di Pavia, conseguì nel 1937 l'ordinariato e dal 1938-39 si trasferì alla Facoltà di Giurisprudenza di questa università dove insegnò le Istituzioni di Diritto romano fino al 1977 in cui, collocato fuori ruolo, tenne un corso libero pareggiato per studenti lavoratori fino al 1982. Negli stessi anni insegnò a lungo anche le Istituzioni di Diritto privato nella Facoltà di Economia e Commercio. Al riguardo non è casuale la sua preferenza per la docenza in entrambe le Facoltà di discipline fondamentali, collocate al primo anno di corso. Sicché va sottolineato il rilevante contributo da lui recato alla formazione di più generazioni della classe dirigente subalpina nel campo giuridico, economico e sociale. E non soltanto sotto il profilo della preparazione tecnica, ma della serietà e del rigore, a conferma di una vocazione didattica di alto profilo che lo fa ricordare con riconoscenza dalle migliaia di suoi antichi studenti.

Va aggiunto che l'attività di insegnamento si è accompagnata per un trentennio con quella di direttore dell'Istituto giuridico fino al 1978, sovrintendendo alla sistemazione e al riordinamento del suo ricco patrimonio librario che aveva sofferto del forzato trasferimento in una sede di fortuna fuori Torino durante il periodo bellico.

La frequentazione di Silvio Romano, che si era ridotta nei nove anni di mia permanenza all'Università di Trieste, è divenuta costante al mio rientro all'Università di Torino nel 1962 come collega. E qui ho avuto modo di meglio conoscerlo sotto profili diversi della vita universitaria. Innanzitutto nei Consigli di Facoltà ai tempi della contestazione studentesca iniziata, prima università italiana, nel 1967. Nelle discussioni spesso assai accese egli si è sempre attenuto ad una linea di rispetto della legalità, contraria a tutti gli estremismi. Linea che mantenne ferma quando, durante il rettorato del professor Cavallo, entrambi facevamo parte del Senato Accademico, egli in quanto Pro Rettore e spesso, in sua assenza, come Presidente ed io quale Preside della Facoltà di Giurisprudenza. In quella sede Romano rivelò anche altre doti: la inflessibilità nella tutela della dignità dell'organo e la ferma ripulsa di qualsiasi anche solo verbale violenza. Ricordo una seduta durante la quale membri non accademici si misero a litigare tra loro: egli non tardò un istante a cacciarli con parole durissime, per lui del tutto inconsuete.

Ma se l'Università è stata al centro delle attività di Silvio Romano, che ad essa ha sempre rivolto le sue migliori energie rifuggendo, a

differenza di molti, da altri lucrosi impegni, egli invece con uguale disinteresse ha operato in altri campi sia come componente, per quasi mezzo secolo, della Giunta Provinciale Amministrativa di Torino, incombenza assai delicata e gravosa perché ad essa competeva il controllo su tutti gli atti degli enti locali, nonché un'ampia giurisdizione amministrativa, sia offrendo il suo validissimo apporto ad iniziative sociali e culturali di grande rilievo. Circa le prime mi riferisco soprattutto alla Scuola per assistenti sociali del lavoro, sorta a Torino nel 1947 per soddisfare l'esigenza, diffusamente avvertita fin dall'immediato dopoguerra, di formare specialisti dell'assistenza in una città duramente provata che si avviava verso un faticoso processo di ricostruzione. Tra i primi docenti della scuola figurava Silvio Romano, divenuto sovrintendente nel 1961. In tale veste egli ridefinì i piani di studio e si batté, da pioniere, per l'inserimento della scuola nell'ordinamento universitario e per il riconoscimento del titolo di studio. Presidente nel 1963, seppe mantenerne elevata l'efficienza nonostante la scarsità dei mezzi a disposizione. Oggi, ormai istituita dall'Università la laurea in servizio sociale e volgendo lo sguardo al passato, va riconosciuta la silenziosa quanto preziosa opera di Silvio Romano nell'assicurare la continuità e la crescita della scuola nel suo lungo cammino.

Nell'ambito culturale egli è presente in un'altra lungimirante iniziativa nella quale ha parimenti svolto un ruolo primario fin dall'inizio. Mi riferisco all'Istituto di Studi Europei fondato nel 1952 a seguito dell'intuizione di un gruppo di intellettuali e di imprenditori piemontesi che, nonostante le incertezze del futuro, avevano compreso l'opportunità di collegamenti oltre confine e avevano diviso di realizzarli mediante la ricerca e l'insegnamento nei campi della scienza riguardanti l'Europa e, attraverso di essi, la preparazione di esperti e dirigenti della vita internazionale. Occorreva dunque mettere in piedi un'organizzazione piuttosto complessa e coinvolgere studiosi anche stranieri. Romano, nominato sovrintendente nel 1961 e dal 1963 presidente (ora è presidente onorario), profuse nell'impresa il suo impegno, forte delle sue conoscenze e della sua autorevolezza sicché, in occasione del ventennale dell'Istituto, poteva dire: «Tra i maggiori successi di questo istituto è da annoverare l'aver saputo costruire un gruppo di professori che periodicamente lo visitano e che sono scelti tra i più eminenti in campo internazionale e di aver assunto come obiettivo dei propri studi, pur dando ai problemi della Comunità Europea il posto importantissimo che a loro compete, l'Europa intera e anche l'Europa nei suoi confronti con il resto del mondo». L'auspicato traguardo era così stato raggiunto. L'Istituto oggi si è ulteriormente sviluppato alla luce anche dei progressi dell'Unione Eu-

ropea. Ma se esso giustamente gode di grande prestigio pure all'estero, lo si deve in buona parte alla pluridecennale direzione di Silvio Romano che è stato determinante nel costruirne le solide basi.

Il mio compito finisce qui. L'illustrazione della sua attività scientifica che l'aveva fatto definire da un suo discepolo prematuramente scomparso, Beppe Provera, con un'immagine suggestiva e pertinente, il Mendelssohn del diritto, trova l'ostacolo della mia incompetenza. Io posso soltanto ricordare che essa ha ottenuto ambito riconoscimento nell'elezione di Silvio Romano a membro dell'Accademia delle Scienze di Torino, fin dal 1954 a socio corrispondente e dal 1966 a socio nazionale. E anche qui le sue doti l'hanno portato nel triennio '83-'85 alla presidenza di un'istituzione accademica tra le più importanti d'Italia, distinguendosi per aver promosso e attuato vasti lavori di restauro dello storico edificio che da essa prende nome.

Tutti avremmo desiderato che Silvio Romano fosse tra noi in questa ricorrenza. È vivo il rammarico che le conseguenze di una maugurata caduta non l'abbiano consentito. Penso che fino ad allora, accompagnandolo a piedi, suo mezzo di locomozione preferito, nel rientro a casa dalle riunioni a cui entrambi partecipavamo, facevo fatica a seguire il suo passo svelto e giovanile. Gli siamo tuttavia più che mai spiritualmente vicini con il nostro più vivo augurio e con il nostro affetto.

Intervento

di Matteo Marrone* (Presidente della I sessione)

L'occasione di questa cerimonia è affatto singolare, e comunque gioiosa: tale certamente per l'interessato e per i suoi familiari, non meno gioiosa per la comunità degli studiosi: particolarmente per i giuristi, specificamente per la plurisecolare e sempre nutrita comunità dei romanisti perché Silvio Romano è il primo romanista in assoluto – dal tempo in cui il diritto *tout court* si identificava col diritto romano – che taglia il traguardo dei cento anni. Ancor più è un'occasione festosa per l'Università di Torino e per gli appartenenti tutti agli ambienti giuridici e culturali piemontesi.

Silvio Romano è nato a Modena, dove il padre, Santi Romano – tra i 'padri fondatori', come tutti sanno, del diritto pubblico italiano e un nome tra i maggiori della teoria generale del diritto – insegnava diritto costituzionale; ma le sue origini sono siciliane. Il padre era nato infatti a Palermo, a Palermo aveva compiuto gli studi secondari, in quella Università si era laureato in Giurisprudenza (con Vittorio Emanuele Orlando), e a Palermo aveva per breve tempo esercitato la libera docenza (nel 1898, per il diritto amministrativo). Presto, però, vinto il concorso a cattedra, era stato chiamato a Camerino; da qui era intanto passato a Modena.

Silvio, ch'io sappia, non ha mai abitato a Palermo, ma con la città delle sue origini ha sempre conservato e conserva stretti legami spirituali: con parenti, amici, colleghi (tra questi ultimi, soprattutto con Salvatore Riccobono jr., il più vicino a lui negli anni, scomparso da non molto). Alla città di Palermo Silvio Romano è rimasto sempre affettivamente legato: oltre tutto, sino a qualche anno fa era solito tornarvi almeno una volta l'anno in occasione della ricorrenza dei defunti perché a Palermo si trova la tomba di famiglia. Devo ritenere che sia stato per questo legame spirituale di Silvio con la terra dei suoi *maiores* che gli amici torinesi hanno chiesto a me di presiedere

* Università degli Studi di Palermo.

questa seduta inaugurale: di ciò, anche a nome dei colleghi palermitani, sono loro infinitamente grato.

Silvio Romano, dicevo, è nato a Modena; si è poi laureato a Milano, relatore della tesi Carlo Longo, uno dei grandi di quella lunga e gloriosa stagione d'oro del diritto romano in Italia che, promotore e protagonista indiscusso Vittorio Scialoja, aveva avuto inizio negli ultimi decenni dell' '800. Una volta conseguita la laurea Silvio si trasferisce a Roma, certo per motivi familiari (il padre insegnava ormai a Roma); e qui può proseguire gli studi nell'ambito della Scuola che fa ancora capo a Scialoja. Esordisce giovanissimo nel mondo romanistico e, nel giro di pochi anni, pubblica quattro monografie e altri ampi studi non meno impegnativi – tutti di impronta prevalentemente esegetica (immuni, però, dagli eccessi dell'interpolazionismo ancora allora imperante) – riscuotendo subito consensi e ammirazione nell'ambiente scientifico internazionale. Percorre rapidamente le tappe della carriera accademica: dal 1929 professore incaricato di Istituzioni di diritto romano a Camerino, consegue nel '31 la libera docenza; insegna Istituzioni a Pisa; nel 1934 vince il concorso a cattedra ed è chiamato, sempre per le Istituzioni, a Perugia; si trasferisce l'anno dopo a Pavia, nel 1937 è professore ordinario e nel '38 è chiamato, ancora per le Istituzioni di diritto romano, da questa Facoltà di Giurisprudenza di Torino. Ama raccontare, non senza un certo gusto, di esservi stato ammesso di seguito a un singolare esame. Presentata la domanda di trasferimento, il Preside della Facoltà gli trasmise l'invito a un ricevimento in casa di Luigi Einaudi, che allora insegnava Scienza delle Finanze. Qui incontrò anche i componenti del Consiglio di Facoltà. Qualche giorno dopo, il Consiglio deliberò la sua chiamata. Si rese conto allora di avere subito un singolare garbatissimo esame da parte di quelli che di lì a poco sarebbero stati i suoi colleghi. Superò l'esame. Il suo spessore scientifico era noto, e in quella occasione furono ulteriormente apprezzati, oltre alla cultura, il tratto cordiale, la serietà, il garbo, la signorilità: erano aspetti imprescindibili dello stile accademico di quegli anni; e la Facoltà giuridica torinese li esigeva.

Sopravviene la guerra e, come affatto comprensibile, la sua produzione scientifica, naturalmente proseguita dopo la chiamata a Torino, subisce una pausa. Riprende poi, anche se non col ritmo di prima. Ché Silvio si dedica a tempo pieno all'attività didattica, e con non minore impegno partecipa alla vita culturale e delle Istituzioni pubbliche di quella che diviene subito la sua terra d'adozione.

All'Università di Torino, oltre all'insegnamento di Istituzioni di Diritto Romano a Giurisprudenza, egli ha tenuto per decenni anche quello di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di Economia: Mae-

stro di Istituzioni, come è detto nel titolo del convegno che questa Università, grata, oggi gli dedica. Qui Silvio ha svolto, al contempo, un corso libero per lavoratori. Per la dottrina, la serietà, le energie profuse nell'insegnamento, egli ha avuto pertanto un ruolo di alto profilo nella formazione giuridica di tanta parte di quanti, a Torino e comunque in Piemonte, hanno ricoperto e ricoprono cariche dirigenziali pubbliche e private.

Silvio Romano si è prodigato altresì in ruoli diversi: è stato per lunghi anni dinamico direttore dell'Istituto Giuridico e pro Rettore dell'Ateneo torinese; ed anche presidente dell'Accademia delle Scienze e componente della Giunta Provinciale Amministrativa. Sin dal primo dopoguerra, negli anni quindi della ricostruzione civile ed economica del Paese, ha partecipato, assumendovi presto ruoli promozionali e direttivi, a iniziative allora di avanguardia, quali la scuola di servizio sociale e l'Istituto Universitario di Studi Europei.

Per questo suo instancabile e prezioso operare – riguardo al quale mi sono dovuto limitare ad aride, e certo lacunose elencazioni – l'Università di Torino vuole oggi onorare il Maestro di Istituzioni e, insieme con la comunità dei romanisti, anzi dei giuristi tutti, gli si stringe intorno con gratitudine e affetto e gli dedica questa giornata di studi sui valori e principii del diritto romano. Quali relatori sono stati significativamente designati colleghi, per nascita o insegnamento, comunque legati all'Università di Torino.

Prende pertanto adesso la parola il prof. Alberto Burdese, dell'Università di Padova.

Potestas alienandi *di non domini* *e principio di rappresentanza*

di Alberto Burdese*

1. Debbo confessare la mia iniziale perplessità rispetto alla proposta di festeggiare l'eccezionale traguardo di un secolo di vita superato quest'anno dal Professor Silvio Romano, nel timore che Egli non potesse presenziare alla giornata di studi a Lui offerta. E mi rattrista il non vederLo oggi qui presente tra noi, a raccogliere di persona la nostra testimonianza di riconoscenza e di affetto. Ma comunque ogni mia remora è stata ed è superata dal profondo desiderio di non mancare a questa manifestazione corale di sentimenti nei Suoi confronti, da me particolarmente condivisi per l'intenso legame che a Lui mi ha unito, specie in un periodo decisivo della mia maturazione umana e professionale, per tutti i saggi consigli e preziosi insegnamenti ed aiuti che da Lui mi sono stati elargiti con delicatezza di animo, signorilità di tratto e applicazione di impegno, non disgiunti da disinteressata generosità nei miei confronti.

Lo ho conosciuto all'inizio di novembre del 1943 frequentando, quale matricola di Giurisprudenza all'Ateneo torinese, il Suo corso di lezioni di Istituzioni di diritto romano. Osai avvicinarLo alla fine di una delle prime di quelle, sollecitato dal Suo interessamento per aver io temerariamente avanzato una qualche osservazione critica nel corso della medesima. Iniziò da allora la mia abitudine ad accompagnarLo, al termine delle lezioni che scadeva al mezzogiorno, in lunghe passeggiate dall'Università a casa Sua, consuetudine ben presto estesa anche alle mattine domenicali, trascorse attraversando a piedi praticamente l'intera città, in andata e ritorno, e colloquiando nel contempo su mille argomenti di ogni sorta.

Avendo io finito per manifestarGli, superato nel giugno del 1944 il Suo esame di Istituzioni, l'insorgere di una mia passione per lo studio del diritto romano, Egli mi volle elargire a titolo personale una breve serie di lezioni esegetiche in tema di obbligazioni solidali, sulla falsariga di un corso a suo tempo tenuto dal Suo Maestro Carlo

* Università degli Studi di Padova.

Longo: lezioni che mi impartì nella sede di un convento adiacente la chiesa della parrocchia, cui facevano capo le due nostre rispettive abitazioni, ove Egli si era momentaneamente trasferito per ragioni di sicurezza dopoché era stata diffusa da Radio Londra – a seguito dell'8 settembre – la notizia, peraltro poi risultata infondata, dell'arresto a Roma di Suo padre Santi Romano a causa del di lui rifiuto di continuare a presiedere il Consiglio di Stato sotto il regime instaurato dalla repubblica fascista di Salò.

Accertatosi di quella che Gli era dovuta apparire una mia non del tutto infondata ancorché prematura intenzione di aspirare a studi romanistici, all'inizio del mio II anno di Giurisprudenza Silvio Romano assunse l'iniziativa di presentarmi personalmente a Giuseppe Grosso, che teneva il corso monografico di Diritto romano e quello di esegesi delle relative fonti, perché mi prendesse eventualmente in considerazione futura di allievo, come poi in effetti avvenne.

Devo pertanto a Silvio Romano, oltreché l'aver suscitato il mio primo interesse per il diritto romano, l'avermi voluto, per così dire, consegnare, con generosa e signorile discrezione, all'alto magistero del mio più grande e indimenticabile Maestro, Giuseppe Grosso. Del resto la frequentazione da parte mia di Silvio Romano, da cui tanto ho appreso sul piano umano e tanto ho avuto in fatto di aiuto accademico, ha continuato ad essere assidua per circa un decennio, anche se non più in chiave di scienza romanistica, venendo a diradarsi col tempo a seguito del mio incardinarmi in Padova, alla cui Università ero stato chiamato alla fine del 1953.

E fu per me motivo di insperata gioia, a distanza di tanti anni, la partecipazione di Silvio Romano al Convegno di studi a me dedicato, iniziatosi nell'Aula Magna patavina il 14 giugno del 2001, ove Egli mi fece l'onore di prendere in apertura la parola con un lungo, improvvisato ed elegante discorso in cui dottamente sviluppava le idee fondamentali sull'essenza stessa del diritto e del suo radicamento nell'evolversi storico della realtà sociale anche con specifico riferimento all'esperienza giuridica romana: idee recepite da quelli che erano stati i Suoi Maestri, il padre Santi Romano e Carlo Longo, al contenuto delle quali ricollegava l'indirizzo di studi che Egli stesso aveva inteso prospettarmi sin dalle Sue prime conversazioni con me matricola, salvo affidarmi poi alle cure di Giuseppe Grosso. Concluse il suo discorso rammentando la mia dichiarazione, fatta in sede di presentazione di un libro di Filippo Gallo dedicato a Silvio Romano nel Suo novantesimo compleanno, di dovere a Lui la mia vocazione romanistica, nata seguendo il Suo insegnamento di Istituzioni, e a Sua volta dicendosi orgoglioso di tale dichiarazione per il fatto di considerare un proprio grande successo pro-

fessionale l'aver Egli dato il primo impulso alla mia formazione di studioso¹.

Dovendo scegliere un argomento su cui parlare, nell'ambito della giornata odierna a Lui dedicata e opportunamente intitolata ai valori e principi del diritto romano, alla comprensione dei quali Silvio Romano ha mirato ad educare, con profonda passione e puntualissimo impegno per quasi mezzo secolo, decine di migliaia di studenti, mi è parso appropriato riprendere sotto un qualche aspetto l'argomento che costituì oggetto del mio secondo lavoro monografico, sull'autorizzazione ad alienare in diritto romano, da me pubblicato nel 1950 con dedica rivolta al Professor Silvio Romano con affettuosa riconoscenza².

L'argomento del regime della alienazione effettuata, essenzialmente mediante *traditio*, da terzo su autorizzazione del proprietario della cosa non aveva sino ad allora trovato nella dottrina romanistica apposita complessiva considerazione. Ed anche dopo, malgrado l'ampia letteratura ulteriormente andatasi accumulando in generale sul principio di rappresentanza, sulla figura del *procurator* e sull'istituto del mandato, su quel complessivo argomento è stato pubblicato, sotto il titolo di *potestas alienandi* nel diritto romano classico, un solo ma particolarmente originale studio monografico del 1988 di Maria Victoria Sansón Rodríguez³, professore di diritto romano all'Università di La Laguna e allieva di Juan Miquel che ebbe a qualificare come splendido tale libro⁴, rimasto tuttavia praticamente ignorato dalla romanistica internazionale per essere apparso in un numero isolato di Rivista spagnola di diritto notarile: ad esso si è poi aggiunto un sintetico, ma egualmente complessivo, importante studio di Hans Wieling sull'argomento, del 1993⁵.

Mi è sembrato pertanto doppiamente opportuno presentare qui una breve relazione, che peraltro non può per ragioni di spazio aspirare a completezza data anche la numerosità e difficoltà interpreta-

¹ S. ROMANO, *Anno accademico 1943-44: Alberto Burdese matricola della Facoltà torinese di Giurisprudenza*, in *Il ruolo giuridico della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, I, Padova 2003, p. 13 ss.

² A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino 1950.

³ M.V. SANSON RODRIGUEZ, *La 'potestas alienandi' en el derecho romano clasico*, in *Revista de derecho notarial*, a. XXXV, n. CXXXIX, Madrid 1988, p. 227 ss.

⁴ J. MIQUEL, *Exceptio rei voluntate eius venditae (Ulp. 16 ad ed.) D. 6.2.14*, in *Homenaje à Juan Bergmans Vallet de Goytisolo*, V, Madrid 1988, p. 676.

⁵ H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin-Heidelberg-New York 1993, p. 235 ss.

tiva delle fonti in gioco, delle quali non è possibile prospettare in questa sede adeguata esegesi, facendo riferimento, sulla falsariga di Gai 2.62-64, alla *potestas alienandi* di *non domini* in rapporto a quello che può essere considerato il principio di c. d. rappresentanza in specie diretta, dogmaticamente qualificata dal ricadere automaticamente nella sfera giuridica del rappresentato gli effetti del comportamento negoziale posto in essere dal rappresentante che agisce per conto o interesse del primo nonché in nome di lui, con indicazione cioè quanto meno riconoscibile di chi sia il titolare degli interessi oggetto del relativo regolamento (c. d. *contemplatio domini*). Distinguendo con Giovanni Pugliese dai valori, intesi come valori guida o istanze etico-sociali cui il diritto si ispira e utilizzabili altresì quali criteri interpretativi del medesimo, i principi consistenti in soluzioni normative o prescrittive più o meno generali e suscettibili di più o meno ampie deroghe, indipendentemente dal trovare formulazione teorica anziché mera applicazione pratica⁶, anche quello della c. d. rappresentanza diretta può invero essere considerato un principio il cui eventuale ambito di reale effettività è da sottoporsi al vaglio delle soluzioni casistiche e sottostanti valutazioni prospettate dalla giurisprudenza romana.

2. Esordisce nel suo studio la Sansón col rilevare che se in fatto di *alienatio* la cui *potestas* può non spettare al *dominus* della cosa Gaio si riferiva anche al non mettere, col negozio dispositivo, l'acquirente in condizione di poterla usucapire, come avviene nel caso di divieto *ex lege Iulia* di alienare *invita muliere* il fondo dotale⁷, egli avrebbe potuto invece restringere a sua volta in certi casi il concetto di *alienatio* permessa a *non domini* con esclusione dell'effetto di far immediatamente avere all'acquirente il *dominium ex iure Quiritium* del bene oggetto di detto negozio: si pone quindi tale problema (in collegamento con quello di eventuale riscontro degli estremi della c. d. rappresentanza diretta) con riferimento alla *traditio ex iusta causa*, a prescindere dal fatto che si tratti di *res Mancipi* o di assenza del *dominium* da parte del titolare dell'interesse su cui col negozio stesso si è inteso incidere⁸, previa negazione della possibilità che si abbiano fenomeni di siffatta rappresentanza relativamente a negozi di *mancipatio* e *in iure cessio* a causa delle particolari formalità che esse richiedono⁹.

⁶ G. PUGLIESE, *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli 2007, p. 451 ss.

⁷ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 237.

⁸ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 238 ss.

⁹ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 240.

Il caso certamente più delicato e discusso di *potestas alienandi* di *non dominus* è quello concernente i poteri spettanti a *procurator*, data l'incertezza stessa di individuazione di detta figura, alla cui menzione in Gai 2.64 segue nel manoscritto veronese una ben nota lacuna, variamente integrata dagli interpreti. Quanto in particolare ai poteri spettanti al *procurator omnium bonorum* o *rerum*, visto quale investito di un potere generale di amministrazione della totalità o di una parte del patrimonio del *dominus*, la tesi, soprattutto propugnata dal Bonfante e per alcun tempo pressoché unanimemente accolta ed anche da me sostanzialmente seguita¹⁰ di una loro ampia estensione sul presupposto della alterazione compilatoria dei testi che richiedono una autorizzazione specifica per tipi di atti superanti i limiti di un ristretto ambito di ordinaria amministrazione, già era stata sottoposta a minuziosa critica in una ricca e approfondita monografia del 1971 di Piero Angelini: questi, ritenendo sulla scia dello Schlossmann che il *procurator* costituisse una figura socio-economica prima che giuridica, vedeva nel *procurator omnium bonorum* un *procurator* cui fosse conferito dal *dominus* un incarico di generale amministrazione dei proprii beni, non comprensivo di regola, senza mandato speciale, della facoltà di effettuare alienazioni se non di frutti o di cose deteriorabili, come risulterebbe soprattutto dalle testimonianze di Gaio in D. 20.6.7.1 e di Modestino in D. 3.3.63¹¹. La dottrina successiva, abbandonando le precedenti posizioni considerate retaggio di eccessivo interpolazionismo, ha finito per orientarsi in conseguenza nei riguardi dei poteri di alienazione riconosciuti a *procurator omnium bonorum*¹², nella cui *praepositio* all'amministrazione generale del patrimonio del *dominus* si tende tuttavia a ritenere che la giurisprudenza classica sia pervenuta più tardi, probabilmente solo a partire da Giuliano, a riconoscere un mandato generale, mentre precedentemente i rapporti interni tra *dominus* e *procurator* sarebbero stati regolati dall'*actio negotiorum gestorum*, secondo una diffusa tesi già anche da me a suo tempo sostenuta¹³.

¹⁰ A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., p. 25 ss.

¹¹ P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano 1971.

¹² Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München 1975, p. 101; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, 9 (1980), p. 210; H. WIELING, *Drittwirkungen*, cit., p. 288 s.; J. MIQUEL, *Traditio rei alienae voluntate domini*, in *Mandatum und Verwandtes*, cit., p. 273; O. PAPERI, *'Procurator' e 'interpretatio' nell'editto 'unde vi'*, in SDHI, LXIII, 1997, p. 409 nt. 30; F. KLINCK, *Zur Bedeutung des Wortes procurator in den Quellen des klassischen Rechts*, in ZSS. rom. Abt., 124 (2007), pp. 38 nt. 52 e 42 ss.

¹³ V. per tutti G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, pp. 176 ss. e 215 ss.; cfr. da ultimo sul tema F. KLINCK, *Zur Bedeutung*, cit., p. 32 ss.

In una lettura critica della monografia di Angelini avevo per parte mia avuto occasione di rilevare una certa antinomia tra i testi che richiedono per il potere di alienazione del *procurator omnium bonorum* un mandato (o autorizzazione) speciale e quelli che gli attribuiscono il potere di alienare, come pure di pignorare, i beni del *dominus* entro i limiti della gestione affidatagli con riferimento a criteri oggettivi in particolare risultanti dal comportamento usualmente tenuto in proposito dal *dominus* stesso, quale apparirebbe soprattutto dalla testimonianza di Gaio in D. 41.1.9.4 e D. 13.7.12¹⁴.

Dal canto suo la Sansón, ammessa sulle orme di Angelini la non coincidenza tra mera preposizione socio-economica del *procurator omnium bonorum* e autorizzazione dello stesso a fini giuridici, ha ritenuto di poter distinguere: da un lato, quella che per Gaio sarebbe in senso tecnico la *potestas alienandi* spettante a detto *procurator* sulla base di apposito mandato (vuoi generale ad effettuare negozi di alienazione vuoi particolare in ordine ad alienazione specifica) da esercitarsi *nomine alieno* e cioè con spendita del nome del mandante, dal che deriverebbe il trasferimento all'acquirente, tramite *traditio ex iusta causa*, della stessa situazione già spettante al *dominus negotii* (anche *pleno iure* trattandosi di *res nec Mancipi* oggetto del *dominium* civile di questi); d'altro lato, la legittimazione del *procurator* stesso ad alienare *voluntate domini*, non qualificata *potestas* da Gaio e che spetterebbe sulla base di semplice permesso dominicale, da esercitarsi *nomine proprio*, con conseguente trasferimento della cosa sul piano del diritto pretorio, ma anche *pleno iure* (sempreché si tratti di *res nec Mancipi* in proprietà civile del *dominus negotii*) ove il permesso di questi si avesse al momento della *traditio* o intervenisse successiva ratifica della medesima¹⁵. Soltanto nel primo caso, di *potestas alienandi*, si riscontrerebbe ipotesi di vera e propria rappresentanza diretta, ove il *procurator* deriverebbe tale potere dal mandato e lo eserciterebbe a nome del mandante, sostituendo così il *dominus* nella volontà di effettuare *traditio*; non invece nel secondo caso, di legittimazione a *tradere*, in nome proprio, col supporto della volontà del *dominus*¹⁶. Tuttavia, ancora secondo la Sansón, di contro alla regola generale, riportata da Modestino in D. 3.3.63, per cui la *potestas alienandi* del *procurator omnium bonorum*, salvoché per frutti e beni deperibili, presupporrebbe il mandato speciale del *dominus* a condizione che venga esercitata a di lui nome come sarebbe testimoniato da Ul-

¹⁴ A. BURDESE, *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*, in SDHI, XXVII, 1971, p. 324.

¹⁵ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 251 ss.

¹⁶ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 278.

piano in D. 1.19.1.1, ove si dice che il *procurator Caesaris* non può trasferire il *dominium* della *res* del principe quando la *tradat quasi rem propriam* ancorché con il di lui consenso, in via eccezionale per Gaio in D. 41.1.9.4¹⁷ sarebbe legittimato ad alienare *voluntate domini*, pur senza mandato speciale, anche *iure civili* il *procurator* cui il *dominus* avesse in sua assenza concesso la *libera negotiorum administratio* dei suoi beni e che di questi avesse effettuato in nome proprio vendite con relativa *traditio* attenendosi ai comportamenti usuali del *dominus* stesso, la cui volontà di *tradere* si riterrebbe in tal caso presunta¹⁸. D'altra parte, sempre secondo la Sansón, in presenza di mandato a vendere, non risultando al momento della *traditio* l'assenso del *dominus* alla stessa, non si potrebbero attribuire effetti civili alla *traditio* eventualmente effettuata dal *procurator* ma la si riconoscerebbe comunque avvenuta *proprio nomine voluntate domini* e produttiva quindi di effetti traslativi sul piano del *ius praetorium*, come risulterebbe da D. 6.2.14 di Papiniano¹⁹.

La complessa costruzione teorica, condotta su basi esegetiche, della Sansón mi pare tuttavia priva di sufficiente supporto, anzitutto perché in D. 1.19.1.1 di Ulpiano, testo su cui essenzialmente ella si fonda per sostenere che la alienazione da parte del *procurator totorum bonorum* di cosa del *dominus*, dietro di lui mandato speciale, sarebbe invalida se effettuata *nomine proprio* anziché del *dominus* stesso, il *tradere quasi rem propriam* la cosa di Cesare da parte del suo *procurator*, in contrapposto al *diligenter gerere* richiestogli, sembrerebbe riferirsi, come determinante l'invalidità dell'atto, alla conclusione del negozio nel proprio sostanziale interesse piuttostoché formalmente spendendo il proprio nome.

D'altro lato l'effetto traslativo riconosciuto alla *traditio*, in particolare *venditionis causa*, effettuata *voluntate domini* per il caso di sua assenza da chi ne fosse stato preposto alla *libera bonorum administratio* pur senza mandato, in D. 41.1.9.4 di Gaio (ove la Sansón lo considererebbe tuttavia verificarsi eccezionalmente anche sul piano del

¹⁷ Quanto a D. 13.7.12, nel suo collegamento compilatorio al precedente D. 13.7.11.7 di Ulpiano, la SANSON (*op. cit.*, p. 282 s.) ritiene fuori luogo il requisito come del mandato così del conferimento della generale amministrazione dei beni per la spettanza al *procurator* dell'*actio pignoratitia (in personam)* a seguito di dazione a pegno da parte sua di cosa dominicale, per cui si sarebbe dovuto trattare nell'originale di cosa del *procurator* stesso. Ritiene poi (*op. cit.*, p. 283 s.), con richiamo a C. 8.15.1 dell'a. 194, che il *procurator* possa pignorare cose (ma il testo attiene specificamente a *domus*) del *dominus* solo agendo in base a una generica *voluntas domini*, il che interpreta come relativo ad un agire *nomine proprio*, non in base a mandato.

¹⁸ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 271 ss.

¹⁹ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 290 s. Cfr. J. MIQUEL, *Traditio*, cit., p. 271 ss.

diritto civile per ritenersi presunta all'atto della *traditio* in tale ipotesi la volontà di *tradere* del *dominus*) non risulta condizionato necessariamente alla spendita del proprio nome piuttostoché a quello del *dominus* stesso²⁰. In sostanza tale alternativa non sembra individuare due diverse fattispecie, suscettibili di differenti effetti, non vedendosi comunque quale rilevanza pratica potesse avere, a tutela di un principio di affidamento, la spendita del nome del *dominus*, tanto più in relazione a ipotesi di *traditio venditionis causa*.

Quanto in particolare a D. 6.2.14 di Papiniano, ove il *dominus* che già aveva autorizzato il *procurator* alla *distractio*²¹ di un bene gliene avesse poi vietato, ad avvenuta vendita, di effettuare *traditio*, la sola rilevanza pretoria della *traditio* egualmente compiuta dal *procurator* trova giustificazione, sul piano del *ius civile*, per assenza del necessario requisito della oggettiva mancanza di volontà del *dominus* di *tradere*, non perdurante nel caso specifico al momento della *traditio*, e sul piano del diritto pretorio per il riconoscimento equitativo che la volontà del *dominus* autorizzante la vendita da parte del *procurator* sia già da considerarsi estensibile agli effetti reali collegati all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla vendita stessa, senza che appaia comunque di rilievo alcuno l'aver il *procurator* eventualmente agito in nome proprio anziché del *dominus*²² e senza quindi potersi ricollegare la rilevanza a soli effetti pretori della alienazione all'essere questa stata effettuata *proprio nomine voluntate domini*.

A dubitare della risalenza classica della necessità del mandato speciale (generico o specifico) ad alienare per la validità della alienazione stessa, specie a titolo di vendita effettuata dal *procurator totorum bo-*

²⁰ Quanto poi a D. 20.6.7.1 di Gaio, il requisito del mandato pare a me ivi richiesto per consentire al *procurator omnium bonorum* non la vendita in sé dell'oggetto ipotecato, ma la rinuncia implicita al diritto di ipoteca che conseguirebbe a tale consenso, pur essendo detto *procurator*, e come lui il *servus actor* preposto alla riscossione dei crediti dominicali, legittimato di per sé a riscuotere detti crediti.

²¹ *Voluntate*, il che non comporta trattarsi necessariamente di mandato speciale, potendo l'*actio mandati* di cui al testo trovare fondamento nel mandato ormai riconosciuto alla base della generale *praepositio* procuratoria.

²² Quanto a D. 6.1.41.1 di Ulpiano, ammessane con la SANSON (*op. cit.*, pp. 243 ss. e 286), seguendo Lenel, la collocazione originaria in tema di azioni a difesa della proprietà di fondi provinciali, equiparati in fatto di alienazione a *res nec mancipi* da Gaio, al di là di possibili accorciamenti e alterazioni del testo, si potrebbe pensare che in caso di alienazione da parte del *procurator* si riconoscessero effetti reali (senza distinzione tra civili e pretori trattandosi di fondi provinciali) in base a *voluntas domini* indirizzata come in generale alla *traditio* così anche di per sé solo alla vendita, di contro all'ipotesi di alienazione da parte dei soggetti a potestà, la cui validità è vista concernere cumulativamente vendita e relativa *traditio*: in entrambi i casi la *voluntas* è da ritenersi ricollegabile a conferimento generale di *libera administratio*, ovvero a specifico atto apposito.

norum, potrebbe inoltre contribuire il riconoscimento, ammesso dalla medesima Sansón, del generale requisito oggettivo, richiesto a tal fine, dell'agire in buona fede nell'interesse del *dominus* da parte del *procurator* nel gestire gli affari del *dominus* stesso, come si ricava dalla risposta di Scevola in D. 17.1.60.4 al quesito rivolto in ordine ad una concreta *praepositio* ad amministrare tutti i beni del *dominus*²³, ove la espressa elencazione non esaustiva dei tipi di negozi che il preposto è autorizzato a compiere come se ne fosse egli stesso *κύριος*, con impegno comunque a riconoscerli, sembra rappresentare piuttosto una preoccupazione di completezza da parte della prassi negoziale, in specie delle province ellenistiche dell'impero, che non un effettivo richiamo alla necessità di siffatte indicazioni generiche di negozi, da assoggettarsi poi a ratifica nelle loro specifiche attuazioni²⁴. Parimenti già Giuliano in D. 41.4.7.6, in ipotesi di procuratore che avesse venduto un fondo per un prezzo inferiore a quello che avrebbe potuto ottenere, al solo scopo di recar danno al suo *dominus*, parrebbe escludere sul piano del diritto pretorio (in quanto si tratta di *res Mancipi*) la validità della alienazione (tramite *traditio*) seguita alla vendita, riconoscendo all'acquirente di buona fede la mera possibilità di usucapire e concedendo contro di lui una *replicatio* al *dominus* alla cui *reivindicatio* egli avesse opposto un'*exceptio rei voluntate eius venditae*²⁵.

Va poi da sé la invalidità della alienazione effettuata dal *procurator* contro condizioni esplicite di vendita impostegli con mandato speciale, salvo eventuale ratifica, come ancora attesterebbe C. 4.35.12 dell'a. 293²⁶. Mentre è plausibile, trattandosi di un *procurator* preposto specificamente all'amministrazione di un singolo fondo, alla pari dell'*actor praedii*, che occorresse un mandato speciale per ottenere, *voluntate domini*, il *ius vendendi* senza il quale la relativa alienazione del fondo medesimo risulterebbe invalida, come parrebbe risultare da C. 2.12.16 dello stesso a. 293²⁷. Salvo ammettersi infine, al di là di

²³ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 296 ss.

²⁴ Come invece ritiene la SANSON, *op. cit.*, p. 298 ss.; cfr. O. PAPERI, «*Procurator*», *cit.*, p. 410 nt. 36.

²⁵ Seguendo Miquel, la SANSON (*op. cit.*, p. 300 ss.) suppone che Giuliano avrebbe ammesso a favore del *dominus*, contro l'acquirente il quale avesse colluso col *procurator* nel determinare l'abbassamento del prezzo, una *replicatio doli*, mentre, contro l'acquirente in buona fede una *replicatio in factum comparata* con cui si sarebbe fatto leva, al di là della volontà prestata dal *dominus* in generale alla vendita (e implicitamente alla relativa *traditio*), sull'essere la stessa stata effettuata in concreto dal *procurator* contro l'interesse del *dominus*.

²⁶ Cfr. M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 296 s.

²⁷ M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 288 s., non rileva in proposito una distinzione tra *procurator praedii* e *procurator omnium bonorum*.

sospetti di alterazione in D. 3.3.63 di Modestino, che al termine dell'età classica si sia potuti pervenire di massima a richiedere il requisito del mandato speciale per la validità delle alienazioni effettuate dallo stesso *procurator omnium bonorum*.

Rimane comunque da valutare, il che non è possibile fare in questa sede, l'opinione condivisa dalla più recente letteratura sul tema, in particolare del Wieling nel già menzionato studio e soprattutto per ultimo di Fabian Klinck in un articolo sul significato della parola *procurator* nelle fonti del diritto classico, testé apparso nella Savigny del 2007, secondo cui la qualifica di *procurator* non avrebbe avuto di per sé alcun valore o significato giuridico, salvo forse per quanto attiene al *procurator litis*, mentre, in assenza di mandato specifico, nemmeno il conferimento di mandato generico a *procurator omnium bonorum* o *rerum*, se non fosse stato comprensivo della apposita concessione di *libera negotiorum administratio*, avrebbe attribuito a detto *procurator* la facoltà di effettuare valide alienazioni di beni del *dominus negotii*²⁸.

3. Passando ora a considerare l'ipotesi di mandato specifico ad alienare, indipendentemente dall'essere rivolto a *procurator omnium bonorum*, in caso di mandato a donare si potrebbe ipotizzare rilevante la *contemplatio domini* da parte del mandatario per l'interesse del mandante a risultare effettivo donante nei confronti del terzo. Per questo si potrebbe ritenere negata in D. 39.5.25 di Giavoleno efficacia traslativa alla donazione di cosa altrui effettuata *nomine proprio* da chi avesse avuto la cosa dal proprietario onde donarla a nome di questi, potendosi individuare anzi un'ipotesi di furto da parte dell'intermediario, salvo vedere in lui, più che non un mandatario, un semplice *nuncius* che funge da mezzo materiale di trasmissione²⁹. L'ipotesi viceversa di mandato a donare, per volontà del *dominus* mandante a nome del mandatario stesso, quasi si trattasse di trasferimento di proprietà dal mandante al mandatario e da questi al donatario, trovasi a sua volta opposta in D. 39.5.9.2-4 di Pomponio all'ipotesi di traslazione a titolo di donazione della cosa che trapassa dal donante pur attraverso un terzo, sia egli da considerarsi mandatario o mero intermediario, direttamente al donatario³⁰.

²⁸ Cfr. F. KLINCK, *Zur Bedeutung*, cit., p. 55 ss.

²⁹ Dà poi per sicura l'alterazione del testo nel senso della introduzione compilatoria in esso di una più benigna soluzione, per cui alla rivendica del donante potrebbe opporsi una eccezione di dolo, M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 303 s.

³⁰ Sul testo v. J. MIQUEL, *Traditio*, cit., p. 270 s.; cfr. M.V. SANSON, *op. cit.*, pp. 287 e 305.

Da ciò non ritengo peraltro possa ricavarsi appoggio all'idea della Sansón per cui ogni autorizzazione a *tradere nomine alieno*, per qualsiasi *causa* ivi compresa quella di donazione, si risolverebbe piuttosto, secondo la costruzione della giurisprudenza romana, nel ricorso alla figura di un mero *nunciatus* (senza potersi prospettare quindi in tal caso *a priori* ipotesi di rappresentanza negoziale sia pure indiretta), mentre il mandato a *tradere proprio nomine voluntate domini* (con relativa esclusione della *potestas alienandi* quale fenomeno di rappresentanza diretta), ove tale volontà non risulti presente all'atto stesso della *traditio*, produrrebbe di per sé effetti soltanto pretori³¹.

Quanto agli effetti meramente pretori del mandato a vendere di cui in D. 21.3.1.2 di Ulpiano (ammesso che ciò non sia dovuto ad originario riferimento del testo a ipotesi di *res Mancipi tradita*), trattandosi di *res nec Mancipi*, in caso di mandato solo a vendere e non anche ad effettuare la conseguente *traditio*, il *dominus* conserverebbe la *reivindicatio* avverso l'acquirente, per mancanza *iure civili* del requisito di una *traditio* effettuata su espressa volontà del *dominus*, ma gli sarebbe opponibile un'*exceptio si non auctor meus ex voluntate tua vendidit* (diversa dalla edittale *exceptio rei venditae et traditae* e già richiamata in D. 6.2.14 di Papiniano nell'ipotesi affine sopra vista di alienazione effettuata *voluntate domini* dal *procurator*) per ritenersi *iure praetorio* equitativamente estensibile alla correlativa *traditio* l'assenso dato di per sé solo alla vendita, salvo che detto assenso non risultasse subordinato alla condizione, ancora inadempita, dell'avvenuto pagamento del prezzo³². In presenza invece di mandato non solo a vendere ma anche a *tradere proprio nomine* non si vede cosa sarebbe ostato, trattandosi di *res nec Mancipi* in proprietà quiritaria del mandante, a ricollegare all'avvenuta *traditio* effetti traslativi sul piano del *ius civile*.

Solo in ipotesi di mandato a donare è in realtà riconosciuta, in base alle fonti, rilevanza alla indicazione al donatario del soggetto da cui gli perviene direttamente la donazione, al fine di individuare, nel di lei interesse, la persona del donante e non come criterio discrezionale tra una costruzione di fenomeni di rappresentanza diretta e rispettivamente indiretta.

4. Motivo particolare della notifica all'acquirente della veste nella quale agisce l'alienante tramite *traditio venditionis causa* sarebbe poi riscontrabile in merito al terzo esempio fornito da Gai 2.64 di *potestas alienandi* di *non dominus* con riferimento al caso di creditore pi-

³¹ Cfr. M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 321.

³² Cfr. M.V. SANSON, *op. cit.*, pp. 240 ss. e 305 s.

gnoratizio che vende la cosa del debitore pignorante sulla base del *pactum vendendi* a suo tempo con questi concluso per l'ipotesi di mancato adempimento del debito garantito, anche una volta che tale patto fosse divenuto implicito. In sede interpretativa della *fides bona* cui è ispirato il regime della compravendita, il venditore non risponde invero di evizione se ha fatto presente al compratore il titolo in base al quale effettua la vendita, *iure* (o *lege*) *pignoris* ovvero *creditoris*: solo dell'esistenza di tale suo titolo egli sarà responsabile e non della appartenenza del bene al debitore pignorante, con la contropartita per il compratore che se ne sarebbe tenuto conto nella determinazione del prezzo³³. In ciò si risolve l'agire del creditore pignoratizio in proprio nome, oltreché pure per interesse proprio, a soddisfazione del suo credito, prima che non del debitore pignorante.

In proposito, l'operare in base ad una propria situazione giuridica, oltreché nel proprio interesse, può aver indotto Gaio a riconoscere una *potestas alienandi* (con effetto pretorio o anche civile) al creditore pignoratizio in quanto *non dominus*; egli oscilla peraltro nel considerare la relativa alienazione piuttosto fondata sulla *voluntas* autorizzativa specifica espressa dal debitore pignorante tramite il *pactum vendendi* concluso a suo tempo col creditore. Non molto diversamente lo stesso Gaio, dopo aver riconosciuto nelle Istituzioni una posizione propria di *potestas alienandi* al *procurator* (ammesso che si tratti del *procurator omnium bonorum*, anche indipendentemente dall'essere egli fornito di mandato speciale ad alienare), avrebbe potuto, in D. 41.1.9.4, tratto dalle *res cottidianae*, riferire genericamente alla *voluntas domini* il fondamento delle alienazioni effettuate da detto *procurator* in base al permesso dominicale in quanto contenuto nei limiti di un più o meno ampio concetto di *libera administratio*, senza doversi pensare, con la Sansón, ad una ipotetica contrapposizione tra *potestas alienandi* esercitata *nomine alieno* e legittimazione ad alienare effettuata, *voluntate domini, nomine proprio*³⁴.

5. Quanto al primo esempio fornito da Gaio in I. 2.64 di *potestas alienandi* di *non domini*, anche con riferimento al *curator furiosi*, cui possono ritenersi equiparati *curator prodigi* e *tutor vuoi mulieris*

³³ Cfr. su tutto ciò A. BURDESE, *Lex commissoria e pactum vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, p. 173 ss.

³⁴ Peraltro la stessa M.V. SANSON (*op. cit.*, p. 321) non manca di riconoscere che la *potestas alienandi*, per cui il *procurator omnium bonorum* in virtù del mandato generale espresso di vendere cose del *dominus* sostituirebbe questi nella volontà di alienare, troverebbe i suoi limiti fissati nel mandato stesso dipendenti dalla *voluntas domini*.

vuoi *impuberis*, non si vede quale rilevanza possa avere la conoscenza o conoscibilità, da parte dell'acquirente, della qualità di *curator* o *tutor* dell'alienante. L'unico testo che la Sansón porta a sostegno della sua tesi che si tratti di *potestas alienandi* per cui è necessaria la c. d. *contemplatio domini*, e cioè l'agire del rappresentante in nome, oltreché per conto, del rappresentato, il che comporterebbe ipotesi di rappresentanza c. d. diretta, è D. 27.10.10.1 di Ulpiano, in cui si dice che il *curator furiosi* potrà *tradere* cosa propria *quasi furiosi* trasferendone il *dominium*, mentre non lo trasferisce effettuando *traditio* di cosa del *furiosus quasi suam* perché ciò fuoriesce dalla gestione di negozio di questi, ove ella intende che il trasferimento di proprietà della cosa del *furiosus* si verifichi solo a condizione che esso sia effettuato *nomine furiosi* e non a proprio nome³⁵, mentre pare a me molto più plausibile anche qui, come nel sopra visto D. 1.19.1.1 dello stesso Ulpiano, intendere il *quasi rem suam tradere* come *traditio* effettuata dal curatore nel proprio sostanziale interesse, piuttostoché limitandosi ad apparire all'acquirente quale *dominus* della cosa a lui *tradita*: analoga interpretazione può valere anche per il *tradere* cosa propria *quasi furiosi*, di cui all'inizio del testo, pur se vista in connessione con D. 27.9.5.2 ancora di Ulpiano³⁶, ove si afferma la validità di vendita, da parte del tutore, di cosa propria *quasi pupillaris*, in quanto non sottostante al divieto dell'*oratio Severi* dell'a. 195.

In particolare da D. 26.7.46.2 di Paolo, in cui si afferma la validità di mutuo effettuato dal tutore in nome proprio con denaro del pupillo poiché ciò non appare di per sé contrario alle costituzioni imperiali che vietano al tutore di *in usus suos convertere* denari pupillari, si può ricavare essere irrilevante, ai fini del loro trasferimento di proprietà, che la *traditio mutui causa* dei denari pupillari da parte del tutore sia effettuata a nome proprio o del pupillo (salvo richiedersi poi che quanto ricevuto in restituzione dal terzo mutuatario non venga impiegato *in usus tutoris*). E secondo D. 13.7.16 pr. dello stesso Paolo il tutore (cui si equipara il *curator adulescentis vel furiosi*) potrà esperire l'*actio pigneraticia in personam* per riavere la cosa del pupillo da lui data in pegno, con implicita validità del pignoramento effettuato in suo nome, se il denaro ottenuto dietro tale garanzia sia impiegato *in rem pupilli*.

In generale i tutori (così come i curatori *furiosi vel prodigi*) ai quali è stata affidata l'amministrazione dei beni dei soggetti a tutela

³⁵ Cfr. M.V. SANSON, *op. cit.*, pp. 275 e 335 ss.

³⁶ Per la connessione tra i due testi v. M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 338. Che il *tradere* da parte del *curator* la cosa sua *quasi furiosi* non si riferisca poi a ipotesi di c. d. *error in dominio* riconosce la stessa SANSON (*op. cit.*, p. 335 ss).

(o curatela) risultano dalle fonti³⁷ poter alienare, specie per pagare i loro debiti, per prestare a mutuo e per concludere permuta, oltreché per dare a pegno, beni dei loro sottoposti, nell'ambito di un concetto di amministrazione³⁸ i cui limiti sono fissati dalla giurisprudenza nell'interesse dei sottoposti medesimi, ad esclusione quindi di donazioni o disposizioni a titolo gratuito³⁹ e nel rispetto di una gestione effettuata in buona fede⁴⁰.

6. Traendo ora le fila di quanto sin qui detto, pare a me che Gaio, nel presentare esempi di *non domini* che hanno la *potestas alienandi* cosa altrui, abbia inteso emblematicamente riferirsi a soggetti titolari di propria particolare situazione giuridica quali rispettivamente quelle del *curator furiosi*, del *procurator* in quanto individuato come figura tipica di *procurator omnium rerum* o *bonorum*, e del creditore pignoratizio, cui si ricollega tale *potestas*. Ciò benché sembri distinguere, rispetto a più ampi poteri di disposizione di cosa altrui, quello del creditore pignoratizio in ordine a singolo bene sulla base di autorizzazione costituita dal *pactum vendendi* da lui concluso col debitore pignorante, il che avvicinerrebbe il caso in questione a quello di ogni altra manifestazione specifica, in particolare espressa tramite contratto di mandato, della volontà autorizzativa del *dominus*.

Non ritengo comunque possa individuarsi con la Sansón, sulla base delle risultanze delle fonti, a prescindere dal ricorso a intermediario quale mero strumento della dichiarazione negoziale del *dominus* nonché dalla costruzione del doppio trasferimento di proprietà dal *dominus* all'intermediario e da questi all'acquirente, una distinzione tra due modi in cui può essere esercitata la legittimazione ad alienare da parte di *non domini*, con eventuale diversa efficacia incidente sulla sfera giuridica del *dominus*, a seconda che si agisca *no-*

³⁷ Citate, con richiamo ad ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., p. 122 ss., in M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 325.

³⁸ Che secondo D. 26.7.48 di Ermogeniano, relativamente a *curator furiosi itemque prodigi pupillive*, trascende la mera *custodia rerum* e il potere di vendere le cose consumabili. Cfr., per il *curator furiosi*, D. 27.10.12 di Marcello e, per il *tutor pupilli*, C. 5.37.16 dell'a. 293, sul quale v. M.V. SANSON, *op. cit.*, p. 334 s.

³⁹ Cfr. D. 27.10.17 di Gaio e D. 26.7.12.3 e 46.7 di Paolo.

⁴⁰ Cfr. D. 26.7.12.1 di Paolo, in ordine al quale la M.V. SANSON (*op. cit.*, p. 249) parrebbe ritenere che il limite della gestione in buona fede da parte del tutore alienante fosse fatta valere tramite mezzi di diritto onorario, ove tuttavia la concessione o meno di rivendica al pupillo avverso l'acquirente implica la sostanziale rilevanza anche a effetti civili di quel limite (così la stessa SANSON, *op. cit.*, p. 330 s., la quale distingue poi dal mero mancato rispetto di quel limite l'ipotesi, di cui in D. 41.4.7.3 di Giuliano, di sottrazione dolosa e vendita di bene pupillare da parte del tutore, che rende *furtiva* la cosa alienata).

mine domini, con spendita del nome di questi, ipotesi in cui la volontà del legittimato verrebbe a sostituirsi alla volontà del legittimante, ove sarebbe riscontrabile il fenomeno della c. d. rappresentanza diretta, ovvero si effettui *nomine proprio* da parte del legittimato, nel qual caso questi opererebbe, con effetti anche civili solo col supporto della volontà attuale, in via eccezionale meramente presunta, o successivamente interveniente tramite atto di ratifica del *dominus*.

Quanto meno nell'ambito del fenomeno della legittimazione ad alienare cose altrui non si riscontrerebbe pertanto alcuna ipotesi configurabile, in termini moderni, quale espressione del principio di rappresentanza c. d. diretta, contrassegnata dalla *contemplatio domini*⁴¹, cui si ricorrerebbe solo in casi particolari e non allo scopo di rispondere a istanze di affidamento da parte dell'acquirente ma soltanto in ipotesi di donazione a seguito di mandato del *dominus* in vista dell'interesse di questi a risultare effettivo donante e in ipotesi di vendita del pegno da parte del creditore pignoratizio al fine di esentarlo da responsabilità per evizione.

In generale risulta infine che, in materia, il pensiero della giurisprudenza classica è stato costantemente orientato nel senso di considerare preminente l'interesse del *dominus* della cosa rispetto a quello dell'acquirente dal legittimato autorizzato ad alienarla⁴².

⁴¹ Riconosce una forma di rappresentanza diretta, sulla base della finzione che l'azione del rappresentante sia del rappresentato per farne ricadere su di lui gli effetti, pur quando non si richieda come necessaria la *contemplatio domini* per assenza di interesse da parte dell'acquirente, H. WIELING, *Drittwirkungen*, cit., p. 243 ss. Cfr. W. SIMSHAUSER, *Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtscheinhaftung im klassischen römischen Recht*, in *Studi in onore di Mario Talamasca*, VII, Napoli 2001, p. 492. Per la irrilevanza della *contemplatio domini* ai fini del riconoscimento di un fenomeno di rappresentanza diretta v. altresì J. FARGNOLI, «*Alius solvit alius repetit*». *Studi in tema di «indebitum condicere»*, Milano 2001, p. 76.

⁴² Cfr., in generale, H. WIELING, *Drittwirkungen*, cit., p. 238 nt. 16.

L'inizio della 'persona umana' secondo il diritto romano

di Pierangelo Catalano*

SOMMARIO: 1. Silvio Romano e le *Istituzioni* di Bonfante. – 2. Bonfante e la romanistica tedesca. – 3. Antidoti contro gli astrattismi. – 4. Testi, principi, concetti antichi. – 5. Un principio giuridico al di sopra delle culture e delle ideologie. – 6. Resistenza dei concetti antichi. Brasile e Italia. – 7. Crisi degli astrattismi e «soggetti di diritto».

1. *Silvio Romano e le Istituzioni di Bonfante*

Signora Romano, Alberto Romano, colleghe gentilissime, cari colleghi e amici, tocca adesso a me. Dieci anni dopo Burdese, nel 1953, ho incominciato a imparare le “Istituzioni di diritto romano” da Silvio Romano. E tengo a ringraziarlo molto per due motivi. Il primo è di avermi fatto subito capire l'importanza delle *Istituzioni* di Bonfante, che era il libro di testo adottato (libro che adesso Schipani ha fatto tradurre in cinese, addirittura, ed è quindi ormai diffuso nell'orbe). Secondo: per aver introdotto in quel certo evolucionismo, che caratterizza le teorie di Bonfante, qualche elemento della “teoria istituzionale” di Santi Romano. Se approfondissi ora il secondo motivo sarei costretto a lasciare il tema che mi sono dato. Invece, per reiterare il ringraziamento che rivolgo a Silvio Romano, vorrei leggervi una nota delle *Istituzioni* di Bonfante.

2. *Bonfante e la romanistica tedesca*

Succede a volte, nelle opere dei grandi romanisti, che una nota sia più importante del testo: anche perché consente, a chi vuole e sa, di rovesciare per certi aspetti il testo. Ho qui una fotocopia della settima edizione (Goria rapidamente me l'ha fatta avere): in questa edi-

* Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

zione delle *Istituzioni* di Bonfante la nota 2 di pagina 37 è completa di una considerazione finale, che purtroppo viene omessa nell'edizione successiva. Si potrebbe perfino dubitare che le righe finali di questa nota siano state omesse per motivi tipografici, dato il formato compatto delle pagine (36 e 37) che si succedono inalterate nelle due edizioni. Comunque è un fatto che le righe finali della nota poi spariscono. Vi leggerò la nota per intero. Conoscete la mia premessa: nell'interpretazione degli *iura personarum* parto da Ermogeniano (*hominum causa omne ius constitutum est*), cioè dal titolo V del I libro dei *Digesta Iustiniani* (*De statu hominum*), ove si tratta di *qui in utero sunt*: termine tecnico, concetto "concreto" della giurisprudenza antica contro gli astrattismi del diritto odierno.

Ecco la nota di Bonfante: «La riserva e la tutela dei diritti che *dal momento della nascita* sarebbero devoluti al nascituro è naturale e logica. Men logica appare invece la norma che la capacità giuridica, in quanto giovi al nascituro, e *solo in quanto gli giovi*, si debba calcolare *dal concepimento*. Mi sembra questa una *benigna interpretatio*, cui poteva procedere la giurisprudenza romana e non potrebbe la nostra. Il motivo iniziale di questa *benigna interpretatio* fu senza dubbio il *favor libertatis*, ma, come è esemplificato nel testo, essa venne estesa a ogni altro *status* favorevole». E qui seguono le due ottime righe, che "salteranno" nelle successive edizioni: «A ogni modo in conseguenza di ciò l'istituto del nascituro ha nel diritto romano una importanza che non serba guari nel diritto moderno».

Si noti che Bonfante aveva da confrontarsi con il *Codice civile* del 1865 e non con lo sciagurato – qualche civilista si offenderà – articolo 1 del *Codice civile* del 1942, che quasi vanificherà l'importanza dell'"istituto del nascituro". Dunque, nonostante l'allineamento, seppur non completo, di Bonfante sulle posizioni della romanistica tedesca (da Savigny a Windscheid) quanto all'inizio della persona, il grande romanista italiano si rendeva conto che il diritto positivo del Regno d'Italia si era allontanato dal Diritto romano, per quanto riguardava la condizione del nascituro. Questo è un importante insegnamento: perché nelle esposizioni di odierni romanisti sembra, a volte, che il Diritto romano non sia altro che un'autoproiezione (il termine è di Orestano) delle conoscenze di diritto positivo. Peraltro, pur non accettando la teoria della "finzione" di Savigny o la teoria, ancor più astrattista, dei "diritti senza soggetto" di Windscheid, anche Bonfante proponeva qui quello che io vorrei chiamare il rovesciamento sistematico del Diritto romano: egli, invece di considerare i principi generali fissati nel libro I, titolo V, e nel libro L, titolo XVI, dei *Digesta Iustiniani*, costruiva un diritto "romano" partendo solo da due particolari espressioni di due leggi, del libro XXV e del libro

XXXV (che citava, addirittura due volte, in quelle pagine delle *Istituzioni*). Così egli faceva diventare principio generale quello che certamente per i giuristi romani tale non è. Lo sbocco di questa linea interpretativa pandettistica fu l'articolo 1 del *Codice civile* del '42, che abbiamo dovuto poi, con molta fatica, subordinare ai principi della Costituzione della Repubblica Italiana del 1947.

3. Antidoti contro gli astrattismi

Dalla scienza romanistica tedesca ovviamente anch'io dipendo, poiché ho studiato nell'Università di Torino del XX secolo; ma nella tradizione latina posso trovare molti antidoti. Un antidoto, quanto ai problemi dell'inizio della persona, si trova nella relazione che il tribuno Chabot (forse non è un caso che fosse un tribuno) fece quanto all'articolo 725 del *Code Napoléon*. Cercherò di tradurre dal francese: «Non è necessario che l'individuo sia nato perché sia capace di succedere. È sufficiente che sia concepito, perché il bambino esiste realmente dall'istante del concepimento ed è considerato nato quando si tratta del suo interesse, seguendo la legge romana». Il tribuno citava con molta precisione i *Digesta Iustiniani*: la legge 1, 5, 7 e il titolo 37.9, quel bellissimo titolo sul *curator ventris* (titolo che non è stato capito o, più probabilmente, è stato ignorato da chi ha fatto la riforma del diritto di famiglia negli anni '70). Il tribuno Chabot distingueva esattamente, sulla scorta di Giuliano e di Paolo, *in rerum natura esse* (esistere) e *perinde ac si in rebus humanis esset* (essere considerato come il nato); il tribuno usava il termine "individuo", cioè lo stesso termine che verrà usato, a proposito del "diritto alla salute", dalla Costituzione della Repubblica Italiana. Questo è un primo antidoto.

Un secondo antidoto viene dal Brasile. Il massimo romanista delle Americhe, Augusto Teixeira de Freitas (che in Italia conosciamo sempre meglio grazie a Schipani), da buon brasiliano, stimava molto i romanisti tedeschi; ma non si sottoponeva ad essi. Di fronte alla teoria della finzione, propria di Savigny, dovuta al rovesciamento sistematico di cui vi dicevo, Teixeira de Freitas rispondeva con una certa durezza, facendo leva sulla parola *intellegere* usata da Giuliano. Il verbo *intellegere*, dice giustamente il giurista brasiliano, non può essere riferito ad una finzione, *intellegere* indica la comprensione della realtà: non si tratta di "fingere" che il concepito esista ma si tratta di "capire" che esiste (sono tentato di dire che bisogna essere abbastanza "intelligenti" da capire che esiste). Così il Brasile si è salvato dalla invadenza della teoria della finzione. La vicenda per la codificazione in Brasile è assai lunga; vi racconterò in seguito un aneddoto.

4. *Testi, principi, concetti antichi*

Quasi tutti i testi romani che ci interessano sono raccolti in un piccolo libro pubblicato, a scopo didattico, da Giappichelli. Autrice della raccolta, con commento, è Maria Pia Baccari: *La difesa del concepito nel diritto romano*; vi si trova il testo latino con la traduzione italiana. È necessario che gli studenti conoscano direttamente le antiche fonti relative alla difesa del concepito, nell'ordine sistematico in cui si trovano nel Digesto di Giustiniano: dai principi generali fino alla repressione criminale dovuta agli imperatori di origine africana.

Dando per scontato che avete letto o leggerete questi testi, mi permetto di sottolineare, oltre al concetto di *qui in utero est*, il concetto di *partus*. L'uso di questo termine è "significativo" perché *partus* significa non solo il partorire ma anche l'essere umano prima e dopo la nascita. È un termine-concetto che sottolinea (possiamo così dire oggi, poiché non siamo più abituati a farlo!) la continuità dell'essere umano prima e dopo la nascita.

Soprattutto, per brevità, insisto sul principio sintetizzato nel brocardo medievale *nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*.

5. *Un principio giuridico al di sopra delle culture e delle ideologie*

Il principio dei *commoda* del concepito scavalca i secoli e scavalca le ideologie. Passando per le *Siete Partidas* e il *Código Civil* spagnolo, il principio romano dei *commoda* del concepito arriva all'odierno *Código Civil* della Repubblica di Cuba (art. 25); mentre non è arrivato al *Codice Civile* italiano del '42, perché bloccato, per dir così, dalla dottrina pandettistica tedesca.

Il principio è diventato causa di scontro fra sistemi giuridici in Canada, ove deve essere considerato vigente anche se non codificato. Del resto il *Code civil* del Québec, francofono, ha un articolo che afferma la "personalità giuridica" di ogni "essere umano" e quindi, implicitamente, anche dei concepiti; ma la Corte Suprema canadese, di stampo anglosassone, ha sentenziato contro, ispirandosi alla nota sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America del '73. Sul tema è stato ripubblicato in *Index 25* (1997) un articolo di Paul-André Crépeau.

Questa sentenza statunitense ha anche influenzato, ahimé, la Corte Costituzionale italiana, finché Giuliano Vassalli non ha risollevato le sorti della dogmatica costituzionalistica italiana (sentenza della Corte costituzionale del 10 febbraio 1997 n. 35).

6. Resistenza dei concetti antichi. Brasile e Italia

Brasile e Italia, due aneddoti.

Brasile. Teixeira de Freitas ha influenzato fortemente il pensiero giuridico brasiliano. Così nel Progetto del Codice Civile preparato nei primi anni del secolo XX da Clóvis Beviláqua, grande comparatista, era previsto che la "personalidade" iniziasse dal concepimento. Per indiretta influenza della dottrina tedesca, il Progetto venne modificato e l'articolo 4 del *Código Civil* del 1917 stabilì: «A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida», aggiungendo però: «mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro». Il diritto civile brasiliano era comunque molto diverso da quello italiano del '42, perché restava fedele al principio romano dei *commoda* del nascituro. Tanto è così che negli anni '90 una sentenza del Tribunale di seconda istanza dello Stato di San Paolo affermò esplicitamente, sulla base del titolo 37.9 del Digesto, il diritto del nascituro agli alimenti. Dunque articolo 4 del *Código Civil* brasiliano e *Digesta Iustiniani*: in Brasile il Diritto romano venne applicato fino alla codificazione civile del 1917 e non deve meravigliare quindi che si ricorra ancora direttamente al Digesto. Orbene, nell'originario Progetto per il nuovo Codice Civile, della seconda metà del secolo scorso, le parole «desde a concepção» ("fin dal concepimento") erano mantenute. Ma esse furono poi eliminate nei lavori preparatori (non sono riuscito ad accertare perché, pur occupandomi intensamente del fatto); e ci volle un grande sforzo, mio e di altri, affinché al Senato Federale le parole "desde a concepção" fossero finalmente ristabilite. Grazie a ciò possiamo dire che il vigente *Código Civil* del Brasile (2002) mantiene la tradizione romana per quanto riguarda l'inizio della vita e la difesa dei diritti del nascituro.

Secondo aneddoto: Italia. Della Commissione per la redazione delle "Linee guida" della c.d. Legge 40 sulla fecondazione assistita, nominata dall'allora Ministro Sirchia, ebbi la ventura di far parte, insieme alla professoressa Baccari. In questa Commissione alcuni dei medici non volevano affatto seguire l'impostazione giuridica romana. Il loro tentativo, acuto, fu di dire che il concetto di "concepito", che si trova nell'articolo 1 della Legge 40, non è un concetto medico: perché i medici distinguono pre-embrione, embrione e altri vari stadi. La nostra posizione fu intransigente: "concepito" è un concetto giuridico millenario, quello è nella legge e a quello ci si deve attenere; altrimenti bisognerebbe far cambiare la legge. Non fu difficile così mettere in condizione di non nuocere un simpatico collega bolognese, medico.

7. Crisi degli astrattismi e «soggetti di diritto»

Altro problema dogmatico è quello del cosiddetto soggetto di diritto. Posso soltanto dire, usando un'espressione torinese, che dobbiamo stare attenti, noi romanisti, a non farci "bagnare il naso" dai civilisti e anche dai commercialisti. Perché il concetto di "soggetto di diritto", così come il concetto di "capacità giuridica", voi tutti lo sapete, è in crisi. Basta leggere gli scritti di Busnelli, di Oppo, per vedere quanto sia in crisi. Faremmo meglio, noi romanisti, a prendere atto di questa crisi e, io dico, tornare alla "concretezza" della giurisprudenza romana. Mi fa piacere concludere con questo concetto di Giuseppe Grosso: "concretezza" della giurisprudenza romana.

Nota bibliografica

– Le edizioni VII e VIII delle *Istituzioni di diritto romano* di P. BONFANTE citate nel par. 2 sono, rispettivamente, del 1921 e del 1925 (Vallardi, Milano).

– Per un approfondimento di quanto esposto nei paragrafi 3-6 vedi P. CATALANO, "Osservazioni sulla 'persona' dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)", in *Rassegna di diritto civile*, ESI, 1988, n. 1, pp. 45-65; "Il concetto 'soggetto di diritto' secondo il sistema giuridico romano", in *Procreazione assistita: problemi e prospettive* (atti del Convegno tenutosi a Roma il 31 gennaio 2005), Schena Editore, Fasano 2005, pp. 105-122; "L'enfant conçu 'sujet de droit' selon le système juridique romain", in *Enfant et romanité* (sous la direction de J. BOUINEAU), L'Harmattan, Paris 2007, pp. 88-107; e la "Prefazione" al volume *L'inizio della persona nel sistema giuridico romanista (Quaderni Latinoamericani, XII)* a cura di P. CATALANO, ESI, Napoli 2006, pp. IX-XV; R. LOTUFO, *Código Civil comentado*, I, Editora Saraiva, São Paulo 2003, pp. 11-13.

– Sul paragrafo 7 vedi G. OPPO, "Declino del soggetto e ascesa della persona", in *Rivista di diritto civile*, a. 48, n. 6 (novembre-dicembre 2002), p. 829; F. BUSNELLI, "L'inizio della vita umana", in *Rivista di diritto civile*, a. 50 (2004), 4, Parte I, pp. 533-568; P. CATALANO, "Diritto, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1,1,12", in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, pp. 95 ss.

Regole, principii, valori, fondamenti

di Lelio Lantella*

SOMMARIO: 1. Primo appunto: i termini chiave, non due ma quattro. – 2. Secondo appunto: la sequenza dei termini chiave. – 3. Terzo appunto: c'è qualche idea in questo contributo? – 4. 'Regola'. – 5. 'Principio'. – 6. 'Valore': definizioni. – 7. 'Valore': profili tipologici. – 8. Denominazioni di regole, di principii, di valori, di fondamenti. – 9. Principii, valori, fondamenti e diritto romano. – 10. Valutazioni finali.

1. Primo appunto: i termini chiave, non due ma quattro

In accostamento al tema del nostro incontro¹ ('valori e principii del diritto romano') può essere d'aiuto qualche attenzione terminologica. Si tratta, preliminarmente, di soffermarci su due termini-chiave: 'valore' e 'principio'. L'approccio, tuttavia, può essere integrato; e lo si può integrare «a valle» e «a monte» aggiungendo, anzitutto, 'regola' (che designa l'elemento-base delle nozioni collegate) e poi 'fondamento' (che va a completare, al polo opposto, la famiglia semantica).

2. Secondo appunto: la sequenza dei termini chiave

Nel titolo del nostro incontro, *il valore precede il principio*. Ricordo la discussione, tra torinesi, il giorno in cui scovammo questo titolo. Poiché i termini-chiave sembravano due, ci dividemmo in due scuole di pensiero (due sole, non di più): secondo alcuni, il princi-

* Università degli Studi di Torino.

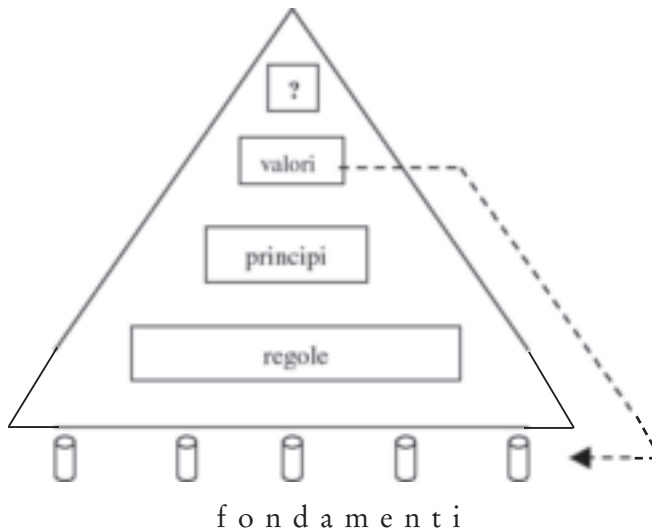
¹ Sono onorato e commosso nel partecipare a questo incontro dedicato al Professor Silvio Romano. Per lunghi anni sono stato assistente alla Sua Cattedra: un osservatorio privilegiato per apprezzarne la dedizione alla missione di docente (e quale docente! profondo e chiaro, efficace, disponibile e nel contempo rigoroso, ben voluto da tante generazioni di studenti); un osservatorio privilegiato, altresì, per apprezzarne la correttezza, l'impeccabile sensibilità accademica, l'impegno civile e, soprattutto, la finezza personale di altissimo livello: un riferimento garbatamente forte e luminoso, per me e non solo per me. Dopo l'assistentato, ormai da lunghi anni sono un Suo devoto estimatore che continua ad esserGli grato e a volerGli bene.

pio era da anteporre al valore, secondo altri, toccava al valore; naturalmente, ciascuno aveva le sue motivazioni. Alla fine vinsero i valori (prima loro, poi i principi). Dal punto di vista della «amichevolezza» della comunicazione, nulla da ridire: infatti il valore gode di una immagine più accattivante (il principio, essendo nobilmente «antico», suona «vecchio»).

Oggi però, strutturando queste brevi osservazioni, mi avvalgo di una sequenza (*regola, principio, valore, fondamento*) nella quale, dopo la regola, il principio precede il valore. La ragione, questa volta, è strettamente teorica: il principio è, in sostanza, una regola generale (molto generale) e quindi, concettualmente, sta nell'area della regola (in quanto macroregola) oppure sta nei pressi; invece il valore, sostanzialmente, è una entità ipostatica che seleziona, e include, regole e principi; e allora le ipostasi, nella ontogenesi e nella filogenesi del pensiero, vengono «dopo». In definitiva: in questa analisi, *il principio precede il valore*.

La sequenza si chiude con «i *fondamenti*». Ciò risulta paradossale perché, nella metafora «edilizia» che sta sottesa, «le fondamenta» stanno giù (e l'edificio *si eleva dal basso*, anche per la difficoltà di partire dall'alto); i fondamenti invece, nella sequenza di cui mi avvalgo, costituiscono un'aristocrazia dei valori, cosicché ne risulta una piramide entro la quale i fondamenti (a dispetto della loro denominazione) stanno in alto.

Volendo tener conto di tale incongruenza (tra immagine del «fondamento» e collocazione sistematica), e volendo accedere a una rappresentazione che stemperi l'incongruenza, è possibile ricorrere alla immagine che segue:



Al vertice della piramide sta un punto di domanda: rappresenta lo spazio occupato mutevolmente dal «valore egemone» (quando c'è). Capita infatti che i valori non si accontentino di stare sullo stesso piano, e allora ce n'è uno che si fa strada fino a sovrastare gli altri (che appaiono «derivati»). Insomma: al vertice della piramide c'è una lotta per l'egemonia, e si verificano (come in altri campi) fenomeni di *translatio imperii* (in questi anni, per esempio, un valore ideale come «giustizia» sembra scavalcato da un valore ontologico come «persona»). Ovviamente, qualora si dia il caso di un valore egemone è verosimile che la funzione di fondamento venga attribuita solo ad esso.

Tornando alla piramide nel suo insieme, è da considerare che potrebbero ipotizzarsi altre modellizzazioni. Come ipotesi più semplice, può venire in mente il rovesciamento della figura: in tal caso si partirebbe dai fondamenti per «andare su» fino alle regole (poste in alto). Ma quest'ultima modellizzazione (la piramide rovesciata) avrebbe qualche punto di maggiore debolezza.

3. Terzo appunto: c'è qualche idea in questo contributo?

Quando ci si accinge a dire qualcosa, occorrerebbe porsi una domanda: c'è qualche idea (almeno una) che sia in grado di giustificare il prodotto? In termini di galateo: c'è qualcosa che sia di ristoro, fosse anche esiguo, a fronte della molestia che tocca all'uditorio?

Nel mio caso le idee (esplicite o sottese) sono *addirittura* sei: le elenco ora, affinché il lettore possa scegliere se restare mio lettore, o passare subito al contributo successivo.

La prima idea riguarda *la tecnologia ipostatica*: il fatto è che termini pur diversi, come 'proprietà' (ma già *dominium*) e 'libertà' (ma già *libertas*), sono accostabili sotto un profilo importante: sono invenzioni terminologiche che hanno consentito un salto di qualità nei rispettivi ambiti di comunicazione. Nel discorso giuridico i termini ipostatici sono stati creati per vari scopi tra cui, soprattutto, al fine di rappresentare unitariamente, denominare unitariamente e collegare unitariamente una classe congiuntiva di conseguenze giuridiche; nel discorso etico (ivi compresa l'etica politica) i termini ipostatici sono stati creati al fine di rappresentare unitariamente, denominare unitariamente, nonché collegare e fondare unitariamente una pluralità di regole direttive. Giungere a questa percezione non è una scoperta da prima pagina; tuttavia, è di qualche interesse sottolineare che *'obligatio'*, *'humanitas'*, *'proprietà'*, *'libertà'* (eccetera) sono i prodotti di una medesima *tecnologia semiotica*.

La seconda idea compie un passo ulteriore nella medesima direttrice e prospetta *l'omologia tra categorie e valori*. È antico e noto il percorso di ricerca che tende a scovare macro-contenitori in cui collocare tutto ciò che incontra in una determinata disciplina (e magari, in generale, tutto ciò che si può incontrare nel mondo intero); la ricerca è plurimillenaria, e già ad Aristotele è attribuita un'opera dedicata alle «categorie»; si aggiunga che anche la grammatica, da secoli, ha provveduto alle sue sistemazioni «categoriali», come quelle secondo cui i «nomi» riguarderebbero «persone», «cose», «fatti», «qualità» ecc. (una volta ci si limitava a dire, un poco stranamente, che i nomi riguardavano «persone», «animali», «cose»); del resto, anche in campo giuridico è usuale insegnare che nel mondo del diritto si incontrano «persone», «cose», «fatti», «rapporti», «qualità», «vicende» (ecc.). Orbene, nel mondo dei sistemi direttivi vi sono regole che sono suscettibili di essere ricondotte a «principi» e vi sono principi suscettibili di essere ricondotti a «valori», con il risultato di far emergere (anche nei sistemi direttivi) una struttura parimenti «articolata e distribuita» nelle posizioni di vertice. Purtroppo, però, la sistemazione dei valori è una disciplina tuttora in itinere, che lascia vasti ambiti inadeguatamente decantati (si pensi, per esempio, al modo in cui vengono usati termini come 'lealtà', 'correttezza', 'buona fede') a tal punto da lasciare l'impressione di una fase embrionale della teoria. Anche in rapporto a ciò, dunque, la percezione della omologia (tra categorie ontologiche e valori direttivi) può essere utile, poiché ne può venire una spinta per colmare un ritardo non giustificato.

La terza idea riguarda *le tipologie (di valori) inscritte in pratiche di discorso*. Mi spiego meglio. Capita di incontrare enunciati del seguente tenore: «una crescente realizzazione della libertà e del progresso è oggetto dell'impegno di milioni di persone». Capita, per altro verso, di incontrare enunciati del seguente tenore: «in moltissime occasioni è essenziale comportarsi secondo equità e buon senso». Nel contempo, il discorso comune non accetta sbandamenti da un settore all'altro (per esempio, il discorso comune non ammette che il buon senso si possa «realizzare», né prevede che ci si debba comportare «secondo progresso»). In conclusione: il discorso comune tratta in modo *linguisticamente diverso* gli oggetti valoriali, e in tal modo lascia intravedere differenze sostanziali. Si tratta di differenze che meritano di essere sottolineate: e un modo per sottolinearle consiste nel distinguere, per esempio, tra valori ideali (come «libertà») e valori-parametro (come «equità»).

La quarta idea riguarda *il valore e il suo doppio* (il valore oggettivo ha il suo doppio in un valore soggettivo *corrispondente*) e riguarda il senso della duplicazione. Il punto è questo: ci sono alcuni

valori (quelli che, anche più avanti, chiamerò valori-parametro) che sono designati da termini bisemici. Consideriamo, infatti, un termine come 'equità': orbene, 'equità (da un lato) designa un riferimento direttivo che esige determinate condotte e ne bandisce altre (si pensi a contesti del seguente tenore: '*equità vorrebbe che tu ponessi riparo alla situazione che hai creato*', '*equità vorrebbe che tu non andassi oltre nelle tue pretese*'); d'altro lato, il medesimo termine designa la caratteristica personale di coloro che si comportano in modo equo (si pensi a contesti del seguente tenore: '*Carlo è una persona di grande equità*'). Si dirà: ma è fin troppo ovvio che esistono figure metonimiche, quindi non c'è nulla di strano che una medesima parola designi un parametro direttivo e (nel contempo) designi la qualità di chi si conforma al parametro. È vero: però è interessante cogliere il nesso profondo che è sotteso all'accostamento metonimico. In concreto: ci può essere un mondo equo, senza che esista la virtù dell'equità nella mente e nel cuore degli uomini? Ci può essere la giustizia, intesa come «mondo giusto», senza che esista «la virtù della giustizia» nella mente e nel cuore degli uomini? In proposito si ricordi Ulpiano, (D. 1.1.10 pr). Si ricordi la *iustitia* come *voluntas: constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

La quinta idea riguarda la *diversità pragmatica tra valore e fondamento*. Dire che 'qualcosa è un valore' implica una duplice percezione: emerge un'idea di «forza» e un'idea di «pregio». Invece, quando si dice che qualcosa '*costituisce fondamento*' (di qualcos'altro) viene in primo piano la «necessarietà» *al nascere e al persistere dell'oggetto fondato*. Ciò ha conseguenze (ideologiche e pragmatiche) soprattutto *in ipotesi di perdita*: la perdita di un valore *indebolisce e impoverisce* (poiché si è perso qualcosa di fattivo e prezioso); la perdita di un fondamento, invece, *estingue l'identità* (lasciando in ombra se l'estinzione sia seguita dal «nulla», oppure da «altra identità»).

La sesta idea riguarda la *summa divisio* tra i fondamenti di metodo e quelli di contenuto. Esemplificando in riferimento ai fondamenti di una «cultura giuridica» o di una «civiltà giuridica», è chiaro che i fondamenti potranno essere *metodologici* («il rigore di un pensiero critico», o la «pragmaticità», o altro ancora) oppure potranno essere di tipo contenutistico (l'orientamento alla libertà, o alla equità, o alla giustizia, o alla «persona», o altro ancora, congiuntamente o disgiuntamente). Vedremo che questa diversità, nel concepire la natura del fondamento, va a riguardare specificamente il tema odierno.

Premesse finite. È ora di entrare nel tema, a partire dall'analisi della famiglia semantica.

4. 'Regola'

Le accezioni di maggiore interesse, variamente collegate, sono le seguenti:

1. La regola è un *rapporto* stabile tra un fattore condizionante e un fattore condizionato (*rectius*: è un rapporto stabile tra una classe di fattori condizionanti e una classe di fattori condizionati). L'accezione è riscontrabile in contesti del seguente tenore: '*non è più possibile ritenere che si tratti di eventi casuali: qui è ormai chiaro che c'è una regola*' (vale a dire: è ormai chiaro che sussiste una regolarità).

2. La regola è una *proposizione, descrittiva o direttiva*, in forma 'SE X ALLORA Y' (*forma canonica della regola*) o traducibile in tale forma. Ne deriva che sono regole, ad esempio, enunciati del seguente tenore: '*se il semaforo è rosso, allora gli utenti della strada si fermano*' (regola descrittiva in forma canonica), '*se il semaforo è rosso, allora gli utenti della strada si fermano*' (regola direttiva in forma canonica), '*con il semaforo rosso, gli utenti della strada si fermano*' (regola descrittiva in forma comune), '*al rosso del semaforo ci si fermi*' (regola direttiva in forma comune).

3. La regola è una *proposizione* direttiva, in forma 'SE X ALLORA Y' o traducibile in tale forma. Ne deriva che (utilizzando i medesimi esempi formulati per l'accezione precedente) non sono regole gli enunciati del seguente tenore: '*se il semaforo è rosso, allora gli utenti della strada si fermano*' (non si tratta di regola poiché, pur avendo forma canonica, l'enunciato è descrittivo), '*con il semaforo rosso, gli utenti della strada si fermano*' (non si tratta di regola poiché, anche in questo caso, l'enunciazione è descrittiva); sono regole, invece, gli enunciati del seguente tenore: '*se il semaforo è rosso, allora gli utenti della strada si fermano*' (si tratta, infatti, di regola direttiva, per di più in forma canonica), '*al rosso del semaforo, ci si fermi*' (si tratta comunque di regola direttiva, anche se non formulata in modo canonico).

4. La regola è una *misura accettabile*. L'accezione è riscontrabile in contesti del seguente tenore: '*beve senza regola*'.

L'accezione da adottare, per un discorso che va ad occuparsi di valori e fondamenti, è la terza (*proposizione direttiva in forma 'se X allora Y' o traducibile in tale forma*): poiché dobbiamo occuparci di qualcosa che attiene al mondo del diritto, e poiché il diritto è un sistema direttivo, l'intuizione della regola, che più si attaglia al nostro tema, è proprio questa.

5. 'Principio'

Anche qui si riscontra una pluralità di accezioni; è opportuno limitarci a quelle che intendono il principio rapportandolo alla regola (intesa come sopra).

1. Il principio è *una regola direttiva non subordinata ad altre e sovraordinata ad altre*. Si tratta di una accezione «etimologica» poiché accoglie l'elemento semantico dello «stare prima» (concettualmente e/o temporalmente); in tale ottica, un elemento costitutivo del principio starebbe nella sua «apicalità». Nell'insieme va osservato che: in questo caso il principio (essendo una regola) è una proposizione *strutturata o strutturabile in forma condizionale canonica* ('se X allora Y'); il principio (essendo direttivo) *ha la funzione di orientare condotte*; il principio (essendo apicale) *non è implicato da altre regole*; il principio (essendo apicale) *implica altre regole* (oppure, se si preferisce l'approccio inverso, il principio è *indotto* da altre regole). Esempio di principio: il principio di eguaglianza.

2. Il principio è *una regola direttiva sovraordinata ad altre*. Esempi: non solo il principio di eguaglianza (già indicato sopra), *ma anche il principio democratico* (il quale *costituisce «principio», nel senso in esame, poiché dalla «democrazia» derivano varie regole*; il principio democratico, per contro, non sarebbe tale, *secondo la accezione 1*, poiché la democrazia non è apicale ma è subordinata all'eguaglianza).

3. Il principio è *una regola direttiva «importante»*. La nozione è «imprecisa», ovviamente, ma è idonea a rendere l'idea di una non coincidenza tra regola e principio, e di un criterio (impreciso) di differenziazione tra le due entità. Esempi: non solo il principio di eguaglianza e il principio democratico (già tali secondo le accezioni precedenti) *ma anche il principio di continuità della trascrizione*.

4. Il principio è *una regola direttiva* (in questo caso, 'principio' è sinonimo di 'regola' in una delle sue accezioni). Esempi: non solo il principio di eguaglianza, il principio democratico, il principio di continuità della trascrizione (già indicati sopra) ma anche il principio di arrotondamento.

La nozione qui preferita è la seconda: vale a dire, *il principio come regola direttiva sovraordinata ad altre* (d'ora innanzi utilizzeremo questa). Non rileva, in questa accezione, il requisito «etimologico» della «apicalità». In conseguenza, per parlare di «principio di economia», *non sarà necessario* verificare l'assenza di regole *a monte di esso*; *sarà sufficiente* verificare la *presenza di regole a valle* (e a valle, in effetti, se ne trovano: si trova la regola di conversione del negozio nullo, la regola di interpretazione conservativa del negozio, la regola di arrotondamento...).

6. 'Valore': definizioni

Anche per 'valore' la dimensione semantica è complicata, cosicché occorre limitarsi a quanto è utile nel nostro caso. Va aggiunto che le accezioni qui di seguito (e, in particolare, la prima e la seconda) risulteranno identificate (non attraverso definizioni lessicali bensì) attraverso *ridefinizioni* di natura teorica.

1. Il valore è *l'ipostasi, connotata, di un insieme di regole*. Si tratta del Valore in senso oggettivo, la cui connotazione può essere *eulogica* o *cacologica*: questa nozione comprende, quindi, anche il valore negativo. Esempi: 'democrazia' (valore ordinariamente connotato in senso *eulogico*); 'tirannia' (valore ordinariamente connotato in senso *cacologico*).

2. Il valore è *l'ipostasi, eulogica, di un insieme di regole*. Si tratta pur sempre di un valore in senso oggettivo, ma, questa volta, la connotazione è solamente *in senso eulogico*. Nella accezione in esame, in cui ci si riferisce a qualcosa di «buono» per definizione, il valore si contrappone al disvalore (che, secondo questa accezione, non è più una sottoclasse del valore, ma sta in antitesi). Esempio: ancora «democrazia» (già considerata nella accezione *numero 1*); invece «tirannia», che *era valore* nella accezione *numero 1*, non *costituisce valore* per questa accezione *numero 2*.

3. Il valore è un *atteggiamento* apprezzabile in quanto conforme a regole apprezzabili (ovvero, se si preferisce, è un atteggiamento apprezzabile in quanto conforme a valori eulogici). Si tratta, questa volta, di valori *in senso soggettivo*. Esempi: «lealtà», «umanità».

7. 'Valore': profili tipologici

Si suole parlare di 'valore' in riferimento a oggetti molto diversi. Una grande classificazione distingue tra *valori economici* (come il valore di produzione, il valore di scambio, il valore d'uso, il valore preferenziale), *valori pragmatici* (come il progresso, l'equità, il bene comune, ecc.), *valori estetici*, ecc. In riferimento ai *valori pragmatici*, proponiamo una piccola tabella per esemplificare oggetti che, nel discorso comune, vengono ordinariamente qualificati «valori» (e vengono qualificati in tal modo attraverso enunciati del tipo 'x è un valore' ('la libertà è un valore'; 'la giuridicità è un valore'; 'la famiglia è un valore'; 'l'equità è un valore'; 'la vita è un valore'; 'la lealtà è un valore', ecc.).

tipi	sottotipi	esempi
<i>valori oggettivi</i>	<i>valori «ideali»</i>	<i>libertà eguaglianza ordine progresso pace</i>
	<i>valori ordinamentali</i>	<i>Stato diritto</i>
	<i>valori-istituto</i>	<i>famiglia proprietà</i>
	<i>valori-parametro</i>	<i>bene comune buon senso (vedi, infra, la versione soggettiva) buona fede (vedi, infra, la versione soggettiva) equità (vedi, infra, la versione soggettiva) umanità (vedi, infra, la versione soggettiva) clemenza (vedi, infra, la versione soggettiva)</i>
	<i>valori ontologici</i>	<i>persona (vita, salute, benessere) ambiente</i>
<i>valori soggettivi</i>	<i>valori-virtù</i>	<i>coraggio abnegazione lealtà buon senso (vedi, supra, la versione oggettiva) buona fede (vedi, supra, la versione oggettiva) equità (vedi, supra, la versione oggettiva) umanità (vedi, supra, la versione oggettiva) clemenza (vedi, supra, la versione oggettiva)</i>

NOTA: questa tabella si limita a ospitare *esempi*; non ha pretese di esaustività: restano fuori valori importanti come «giustizia», «responsabilità», «buon andamento», «equilibrio», «certezza», «trasparenza», eccetera, che porrebbero problemi tali da complicare l'analisi e la tabella.

8. Denominazioni di regole, di principi, di valori, di fondamenti

Le regole vengono denominate, per lo più, facendo seguire, alla parola 'regola',

- un genitivo di specificazione. Esempio: 'la regola di arrotondamento'.

I principi vengono denominati, per lo più, facendo seguire, alla parola 'principio',

- un aggettivo: 'il principio maggioritario'
- un complemento di specificazione: 'il principio di continuità della trascrizione'; 'il principio di colpevolezza'.

I valori vengono denominati, per lo più, facendo seguire, alla parola 'valore',

- una apposizione: 'il valore Libertà', 'il valore Persona', 'il valore Bene comune'
- un complemento epitetico (genitivo soggettivo): 'il valore della Libertà', 'il valore della Persona', 'il valore del bene comune'.

I fondamenti (essendo valori a cui viene attribuito un ruolo bensì di massima rilevanza, ma sono pur sempre valori) vengono denominati nello stesso modo in cui vengono denominati i valori.

La comparazione (anche a livello di denominazione) mette in evidenza il differenziarsi tra «principi» e «valori» (le differenze sono almeno due); e anche questo aspetto è significativo della specificità del valore (che, in virtù della proiezione ipostatica, viene intuito come «entità»).

9. Principi, valori, fondamenti e diritto romano

Il tema dei principi, in riferimento al diritto romano, è ben noto e risalente nella letteratura giuridica romanistica; individuare i principi è stato intuito come un modo di intendere lo «spirito» (del diritto romano) all'insegna di un atteggiamento descrittivo (scientifico) e, nel contempo, ideologico. Il tema dei valori, sempre in riferimento al diritto romano, è entrato da poco nell'attenzione esplicita dei romanisti, ma non mancano segni che consentono di aspettarsi una crescente percezione e una maggiore visibilità di questo tema (sino a comparire, come sta accadendo, nella manualistica più recente ed attenta). Tuttavia, su entrambi i temi, la brevità dell'intervento non consente di superare i limiti della menzione.

Mi soffermo invece, seppure in breve, sul tema dei fondamenti, che nella nostra disciplina ha fatto ingresso attraverso la formula dei 'fondamenti romanistici del diritto europeo' (o del diritto moderno,

o del diritto attuale, o della civiltà giuridica europea, e formule analoghe).

Questa idea dei fondamenti, in realtà, rappresenta l'ambizione di un rilancio forte. Anche perché, come dicevo, *una cosa sono i valori* (che possono avere le loro dinamiche, e vi sono valori che cambiano da un'epoca a un'altra, e non tutti se ne lamentano), e *altra cosa sono i fondamenti* (la cui continuità è *necessaria all'esistenza dell'oggetto fondato*). Insomma, se la civiltà giuridica europea ha fondamenti romanistici, l'implicazione pragmatica va nel senso che li si debba *individuare e difendere* (seppure non staticamente, ma nel cammino di una tradizione); in caso contrario, nell'eventualità di disgregazione dei fondamenti, per l'oggetto fondato (cioè per il diritto europeo, per la civiltà giuridica europea) vi sarebbe un destino di «crollo» (nel senso, poco palinogenetico, del finire in macerie e restarvi per un bel pezzo, nell'incerta attesa di un nuovo Rinascimento).

Verosimilmente, qualcuno potrebbe obiettare che il tema dei fondamenti si limita a veicolare *un riferimento storico* senza coinvolgere alcuna ambizione proiettiva: vale a dire, il tema dei fondamenti indirizzerebbe a individuare i profili genetici essenziali (del diritto europeo), e rispetto a ciò sarebbe improprio avvalersene come una sorta di «cingolo trans-storico» (i cingoli, come si sa, recuperano da dietro il loro binario e se lo riscodellano davanti). Una obiezione di questo genere, tuttavia, sarebbe debole: quando si utilizza una immagine così chiara, e così forte, è poi difficile sbarazzarsi delle implicazioni pragmatiche che le sono connaturali (e per le quali è stata fatta).

Detto questo, mi limito a qualche considerazione sul modo in cui, nelle nostre discipline, viene vissuto il tema dei fondamenti romanistici. Ravviso, almeno, quattro approcci: per esemplificare i primi due, *non faccio nomi*; per esemplificare gli ultimi due, mi sia consentito «contrapporre» (per così dire) l'amico Cannata e il mio Maestro.

L'approccio aneddotico. Qualche tempo fa ho incontrato un autorevole Collega. Toccando il tema dei «fondamenti romanistici», mi ha raccontato qualcosa che gli pareva pertinente e che riassumo così: «sono andato a tenere una lezione agli aspiranti notai, e ho chiesto: *perché mai si usa la formula secondo cui 'tra le parti si conviene e si stipula quanto segue'? Non basterebbe 'si conviene'? Cosa c'entra 'si stipula'?* Li ho incuriositi, poi ho spiegato: *con il decadere della stipulatio, l'ossequio alla regola ha prodotto la clausola stipulatoria in sostituzione della forma negoziale. 'Si stipula', quindi, è il fantasma di quella clausola (che è morta nel diritto ma si aggira nei nostri atti): clausola che costituisce, tuttora, una solennizzazione attenzionale dedita*

alla sua funzione di sempre. Conclusione: avresti dovuto vedere come «i giovani» erano contenti di sentirsi spiegare queste cose!». Il Collega, dal canto suo, era contentissimo.

L'approccio egoico. C'è poi qualcuno che, dinanzi a una occasione così allettante (una bella denominazione per un insegnamento tutto nuovo) non se la lascia sfuggire: recupera qualche articolo suo, che non gli sembra male; ogni articolo diventa un capitolo; il gioco è fatto e il titolo c'era già. Attenzione: non voglio dire che i libri costruiti in questo modo non vanno bene; voglio solo dire che, in questo modo, si può tamponare un'emergenza (poniamo un'emergenza didattica, e anche questo può essere altamente meritorio); ma, prima o poi, chi è bravo e se la sente dovrebbe far vedere che la nostra disciplina sa cogliere una opportunità importante (ve ne saranno altre?) e sa rispondere con l'orgoglio di una grande tradizione.

L'approccio metodologico. Qui, per esemplificare, faccio un nome e mi riferisco all'amico Cannata (che mi perdonerà se ho frainteso, e mi potrà correggere). Il Suo pensiero, *non facile da intendere*, mi sembra questo: nel sapere giuridico (a partire dal diritto romano) ci sono *temi* di evidente e ricorrente centralità (egli, nel suo libro, ne tratta alcuni, ma credo che l'elenco sia meramente indicativo e speriamo venga presto incrementato); questi temi, in realtà, sono «interpretati», da Cannata, come *problemi*, come *nodi problematici*; tali nodi sono macrostrutture di esperienze e di pensiero in cui confluiscono esigenze, analisi, ricerche, proposte, argomenti, scelte di sperimentazione, scelte apparentemente definitive, conseguenze, analisi delle conseguenze, e così avanti. Orbene: sono questi i nodi che costituiscono i fondamenti del diritto europeo (fondamenti che si configurano a partire dall'esperienza romana e la cui conoscenza si arricchisce tramite la comparazione dei diritti europei). Ma allora, se è questa la percezione-chiave che è sottesa al pensiero di Cannata, ecco che i fondamenti si identificano, in realtà, con un «patrimonio di sapere problematico» (un macro-ambito di «possibilità» esplorate e argomentate). Si tratta, per così dire, di una posizione socratica: penso, in particolare, al Socrate dell'Eutifrone: il Socrate che intende modificare il fondamento culturale allontanandolo dal «repertorio delle certezze» per accostarlo alla criticità di un sapere aperto.

L'approccio contenutistico. Anche qui, per esemplificare, faccio un nome e mi riferisco al Professor Gallo (se ho frainteso, spero mi perdoni). Ecco, in estrema sintesi, tre punti che mi sembrano centrali nel Suo pensiero. A) Il ruolo dei giuristi romani, nel circuito pro-

duttivo e applicativo del diritto, ha trovato massima espressione (e ha raggiunto il livello qualitativo che conosciamo) nel periodo repubblicano e in quello classico: tale situazione è rappresentata *scientificamente* nella definizione celsina del diritto (come *ars boni et aequi*). B) Con l'istaurarsi del dominato si concreta l'esclusione dei giuristi dal circuito produttivo e applicativo del diritto, e questa esclusione si perfeziona con il modello giustiniano; tale situazione è rappresentata *ideologicamente* tramite l'identificazione del diritto con la legge. C) Che fare, oggi? Sul piano della *scientia iuris*, si tratta di recuperare consapevolezza degli spazi che, pur negati, continuano a sussistere sul piano della elaborazione extra-legislativa del diritto; sul piano della formazione, si tratta di ri-orientare i giuristi (ad ogni livello) verso il recupero della *ars iuris*. Orbene: se è questo il pensiero del Professor Gallo, non può sfuggire il riferimento fondamentale a quanto è scolpito nel messaggio celsino: il senso della giuridicità consiste nell'orientamento al *bonum et aequum*.

10. Valutazioni finali

Una attenuazione. Ho presentato l'approccio «metodologico» e quello «contenutistico» come posizioni non solo diverse ma anche distanti. In effetti, le due posizioni *possono apparire e possono essere confliggenti*, soprattutto in epoche di crisi. Anche oggi, del resto, chi predilige un approccio problematico rischia di fronteggiare l'insofferenza: *ma come, la casa brucia, i piromani si divertono, e non si può neanche fuggire perché mancano le risorse per comprare una barchetta che ti venderebbero piena di buchi! Ti sembra questa la situazione in cui c'è bisogno di una cultura problematica? Non è meglio rimboccarsi le maniche per trovare soluzioni rapide in un clima di certezze?* Nonostante ciò, è comunque opportuno non perdere di vista lo scenario ideale in cui i due approcci si integrano. Infatti: senza una cultura problematica le soluzioni rischiano di essere poco serie; per altro verso, senza un orientamento solutorio le culture problematiche rischiano di smarrirsi.

Una sensazione. Come sensibilità, mi sento più vicino a un approccio contenutistico-valoriale. Credo che, anche dal punto di vista scientifico-analitico, il tema dei valori (un tema enorme in ritardo enorme) inizi a decollare. Un sapere sistematico, sul punto, è tuttavia lontano. È ancora lontano un sapere serio che: fornisca definizioni e analisi adeguate con peculiare riferimento ai valori *pragmatici*, costruisca tipologie, determini (o renda meno vaghi) i contenuti

dei singoli valori, chiarisca i rapporti e le intersezioni, elabori infine, per quanto riguarda il sapere giuridico, il repertorio esplicito o sotteso (valori ideali, valori-istituti, valori-parametri, ecc.) sia per l'area del diritto pubblico sia per l'area del diritto privato. La meta è lontana, ma la sensazione è che la carovana sia già in viaggio.

Un dubbio. Stiamo parlando di metodologie e di contenuti, di valori e di teorie valoriali, di recuperi di «*scientia iuris*» e di «*ars iuris*». Ma alcune domande sono inevitabili: ciò di cui parliamo è compatibile con la situazione che ci circonda? esistono condizioni idonee a conferire un minimo di realismo ai nostri discorsi? esistono le condizioni politiche e culturali affinché, oggi, possa formarsi un ceto di giuristi in grado di esprimere «*scientia iuris*» e «*ars iuris*» (con valori *sostanzialmente condivisi*, altrimenti la cosa funziona poco)? Inoltre, per quanto ci riguarda: che sorte potrà avere la componente storico-critica nella formazione del giurista (oppure, volando meno alto, che sorte potrà avere nella formazione del tecnico della regola)? E infine: manterremo la funzione di trasmettere il nostro messaggio formativo, o ci toccherà di migrare a nuoto verso qualche laguna, tenendo in bocca, fuori dall'acqua, i *Digesta* di Schipani (e nessuno saprà più che erano di Giustiniano)?

Un augurio. Buona fortuna!

Rileggere i Digesta. Enucleare i principii. Proporli

di Sandro Schipani*

SOMMARIO: 1. Cento anni fa. - 2. Leggere i codici di Giustiniano. - 2.1. Leggere i codici in ambiente grecoparlante; tradurre: lingua greca, lingue slave e reincontro con la tradizione latina nell'Oriente europeo (l'esperienza di una traduzione che produce una linea di svolgimento propria). - 2.2. Le letture nell'Occidente europeo: dal latino alle lingue nazionali. - 2.3. Traduzioni e produzione di strutture testuali bilingui per rileggere oggi il *Corpus Iuris*. - 3. Enucleare i principii. - 3.1. Enucleare il diritto. - 3.2. *Principia iuris. Principium*. - 3.3. Il valore tecnico del rinvio ai 'principii generali del diritto' nei codici moderni. - 3.4. Rileggere i Digesti ed enucleare i principii; proporli.

Ringrazio il Presidente della seduta, professor Matteo Marrone, ringrazio i colleghi torinesi che mi hanno invitato e in particolar modo il professor Filippo Gallo. È un'occasione, questa, per la quale mi fa molto piacere essere di nuovo a Torino. Il professor Silvio Romano è stato il mio Professore di Istituzioni di diritto romano, ed ho partecipato con vivo affetto, nel 1978, al Convegno in Suo onore che mi offrì una occasione di riflessione sull'insegnamento delle Istituzioni¹. A questa linea di ricerca, mi riallaccio ora.

1. *Cento anni fa*

La romanistica ha riflettuto autorevolmente sul secolo di cui ricordiamo il compimento, o su parti di esso². Mi permetto, invece, di

* Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Sull'insegnamento delle 'Istituzioni'*, in *Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore di S. Romano*, Milano 1983, p. 139 ss.

² Cfr., ad es., il notissimo V. ARANGIO-RUIZ, *Gli studi di storia del diritto romano*, in *Cinquant'anni di vita intellettuale italiana. 1896-1946*, 2, ESI., Napoli 1946, p. 333 ss., e il parallelo contributo di M. Talamanca degli anni ottanta (in *Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, ed. Giuffrè, Milano 1982). Anche io, in modo molto parziale, ho avuto occasione di svolgere brevi considerazioni: S. SCHI-

elencare alcuni eventi, non proprio del 1907, ma di quegli anni, che trovo particolarmente significativi e si collegano con le osservazioni che svolgerò.

In relazione all'edizione delle fonti, Scialoja e Bonfante, in collaborazione con Fadda, Ferrini e Riccobono, stavano portando a termine nel 1907 i primi due volumi di una edizione critica dei *Digesta* (libri 1-28, 2 vol., Milano 1908; l'edizione completa è poi, in un volume, Milano 1931 e rist. Milano 1960). Quest'opera è sicuramente un segno del livello e della consapevolezza della romanistica italiana che, in effetti, si sente, ed è obbiettivamente ad un elevato, elevatissimo livello. Il centenario di questo evento sarà l'anno prossimo.

Salvatore Riccobono, quasi cinquant'anni più tardi, annotava, come per altro è già stato rilevato da un collega: «L'uso dei Digesti nelle discussioni forensi, davanti alle corti di cassazione, era così comune che determinò lo Scialoja a proporre ed eseguire un'edizione tascabile appunto dei suoi digesti per comodità dei forensi [...]»³. Riccobono faceva rinvio al repertorio delle sentenze della Corte di Cassazione di Palermo dal 1870 al 1905 che riporta, citati dai Digesti, circa millecinquecento testi ed altri cinquecento dalle altre parti del *Corpus Iuris*.

Per venire più vicino a Torino, esemplare di tale clima, diffuso anche nei primi gradi di giudizio, è stata ritenuta la sentenza del pretore di Borgo San Donnino, oggi Fidenza, 8/2/1904, confermata Cassazione Torino 31/12/1904, che utilizzò il noto parere di Servio (probabilmente anteriore alla piena configurazione della *negotiorum gestio*, ma poi in essa assorbito) relativo all'episodio dei tre cavalieri romani caduti prigionieri dei Lusitani ed al valore vincolante in esso affermato della *gestio* compiuta anche *absente e/o nolente domino*⁴, per riconoscere il valore, vincolante per tutti, di quanto convenuto da una Commissione composta da proprietari e da braccianti per

PANI, *Le scuole di diritto romano nella cultura contemporanea a Roma*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, Napoli 2001, p. 327 ss.

³ S. RICCOBONO, rec. a S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del codice civile*, in *BIDR*, 55-56, 1951, p. 420 ss.

⁴ D. 3.5.20 pr. PAOLO, *libro nono All'editto* (Infatti anche Servio, come è riferito in Alfeno nel trentanovesimo libro *Dei digesti*, così rispose: in tre furono catturati dai Lusitani; uno di essi fu rimandato indietro a condizione che riportasse una somma di denaro <per il riscatto> di tutti e tre, e <avvisato> che se non fosse tornato, gli altri due avrebbero pagato anche per lui. Egli rifiutò di tornare e perciò quelli pagarono anche per il terzo. Servio diede il responso che era equo che il pretore concedesse <ai due> un'azione contro di lui). Sul testo, cfr. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, *Azione pretoria e azione civile*, Napoli 1999, pp. 82 ss.; 173 nt. 29, e lett. *ivi cit.*

comporre una vertenza relativa all'aumento della tariffa dei salari di questi ultimi, accordo dal quale era derivata la sospensione dello sciopero e il regolare svolgimento della mietitura con utilità generale, ma che uno dei proprietari assenti rifiutava di rispettare⁵.

Non a caso, direi, il Ferrini – e qui lo evoco come Maestro di Segré, Maestro a Sua volta di Grosso, Maestro a Sua volta mio – per il diritto romano aveva scritto pochi anni prima: «Non è un avanzo archeologico, ma organismo vivo [...] che ancora noi sentiamo palpitare in fondo ai nostri istituti, e infondere ad essi quella perenne giovinezza»⁶. Il pretore appunto notava come il Codice fosse bloccato, insufficiente di fronte ai nuovi fatti e per questo attingeva ai Digesti⁷.

D'altra parte, aumentavano le edizioni del manuale di *Istituzioni di diritto romano comparato col diritto civile patrio* di Serafini⁸; era da poco uscito il *Manuale di Pandette* di Ferrini che giungeva alla 3 edizione⁹; del 1906 è la prima edizione del manuale di Perozzi¹⁰. Proprio del 1907 è la quarta edizione delle *Istituzioni di Diritto romano* di Pietro Bonfante, che sono state più volte citata in questo Colloquio ed alle quali mi rifaccio anch'io: ricordare, infatti, il manuale di Bonfante mi è particolarmente grato in questa occasione perché il professor Romano, il mio professore di Istituzioni di Diritto romano, al primo anno, 1958-1959, aveva scelto come libro di testo questo manuale – nel 1907 le Istituzioni di Bonfante erano, come ho ricordato, alla quarta edizione, noi studiavamo sulla nona edizione, l'edizione Giappichelli –; egli lo arricchiva, a lezione, approfondendo soprattutto quella Parte generale che il Bonfante aveva contenuto in limiti piuttosto ristretti e che invece il professor Romano ampliava in una simbiosi didattica con il manuale di De Ruggiero-Maroi, che egli

⁵ Cfr. la sentenza della Cassazione in *Cassazione civile*, Parte I, Sez. 1, p. 387 ss., con nota di G. PACCHIONI, *Un caso nuovo di gestione degli affari altrui*, già pubblicata in *Rivista di diritto commerciale e industriale*. Un commento recente, su tale 'uso del diritto romano' in C. LANZA, *Diritto romano e diritto moderno. Processi di decontestualizzazione*, Torino 2000, p. 111 ss.

⁶ C. FERRINI, *Lezioni di diritto romano* (raccolte dagli studenti A. Chiavelli, A. Damiani, G. Reggiori), Pavia 1898-99, p. 5.

⁷ Si potrebbe osservare che questo uso del diritto romano, secondo il quale si richiama direttamente un testo dei Digesti e non ci si preoccupa di precisare trattarsi di un 'principio generale', era più conforme a quanto previsto dal Ccfr./1804, art. 4, che a quanto previsto dal Ccit./1865, art. 3 Disposizioni sulle [...] leggi in generale (sul punto, cfr. *infra*).

⁸ ed. 1859-1860; 8 ed., 1908.

⁹ C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1900; 3 ed. 1908; 4 ed. curata e integrata da G. Grosso, Milano 1953.

¹⁰ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1906-1908.

aveva adottato per l'insegnamento di Istituzioni di diritto privato a Economia e Commercio (io avevo 'scoperto' che il professor Romano era anche professore ad Economia e Commercio e avevo acquistato anche quel manuale traendo notevole vantaggio dallo studio dei due testi).

2. Leggere i codici di Giustiniano

Nelle Costituzioni di Giustiniano relative alla elaborazione dei Digesti, e più in generale di tutti i suoi codici¹¹, troviamo sia la richiesta ai giuristi che essi 'leggessero' le opere dei giuristi più antichi per comporre il nuovo codice (Deo auct. C. 1.17.1.4 *legere et eliminare*; Tanta C. 1.17.2.1: *legere et perscrutari*; Tanta C. 1.17.2.17: *perlegere*), sia l'affermazione da parte dell'Imperatore di aver letto egli stesso l'opera compiuta (Imp. 6: *legimus et cognovimus et plenissimum [...] robur eis accomodavimus*), sia la previsione che venisse fatta lettura agli studenti del testo predisposto (Omnem 1; per il sostantivo, Omnem 4), o che questo venisse letto dagli stessi (Omnem 5: *legere et subtiliter intellegere*), ossia studiato (cfr. Omnem 4; per l'esortazione allo studio, troviamo anche l'iterativo *lectitare*: Omnem 5), o infine che il nuovo testo predisposto venisse letto per essere utilizzato nei tribunali (Omnem 5: *legere et in iudiciis ostendere*). Leggere interamente i testi antichi, leggere ed insegnare, e studiare, leggere ed osservare *in omne aevum* (Tanta, 23) e da parte di *omnes populi* (Tanta epigr.).

I codici, che Imperatore e giuristi hanno composto e dato da 'leggere' in latino (in larghissima prevalenza in latino), vengono letti in ambiente grecoparlante, e ciò suscita una serie di interrogativi su quella stessa 'lettura' in latino. Da un lato, il sistema del diritto romano era ormai presente nell'ambiente greco-parlante da secoli; d'altro lato, anche atti normativi erano a volte redatti in greco. Possiamo cogliere un 'leggere' denso già esso di 'traduzione'.

L'avventura della 'lettura' universalisticamente aperta dei codici di Giustiniano e dei suoi giuristi stava iniziando anche con questo concreto trasferimento del testo di essi in un contesto linguistico articolato, alle cui spalle stavano già secoli di intensa comunicazione, ed anche di bilinguismo nello stesso ambito del giuridico, ma che, sulla base di quel testo, appare avviarsi su specifiche vie di ulteriore svolgimento.

¹¹ Mi riferisco con questa designazione sia al *Codex*, come ai *Digesta* e alle *Institutiones*, secondo l'uso dello stesso Giustiniano (Const. Deo auct. 6; 8; 11; 12; 13; 14; Const. Tanta 15; 23).

2.1. *Leggere i codici in ambiente grecoparlante; tradurre: lingua greca, lingue slave e re-incontro con la tradizione latina nell'Oriente europeo (l'esperienza di una traduzione che produce una linea di svolgimento propria)*

Una prima via conduce ad una traduzione e ad una linea di svolgimento indipendente (che poi si re-incontra con l'altra). Sappiamo che i docenti di diritto non si limitavano a 'leggere', ma altresì traducevano (ciò era anche previsto nella Costituzione citata Tanta 21: *in Graecam vocem trasformare*), o, a volte, parafrasavano (pensiamo, ad esempio, alla Parafrasi delle Istituzioni realizzata da Teofilo).

Di fronte all'avvio di questa linea di sviluppo del sistema¹², mi pare che dobbiamo in primo luogo partire dalla osservazione che il diritto romano è legato alla lingua latina da un rapporto che non verrà mai abbastanza sottolineato come fondamentale. Il diritto romano si forma e si formula nella elaborazione che, per quanto sappiamo, si svolgeva dapprima ad opera dei collegi sacerdotali, dei Pontefici e dei Feziali, e poi di *periti* del diritto di cui si riconosceva l'autorevolezza a pronunciarsi in materia; esso cresce nel confronto fra esperti, in una discussione che supera l'eventuale contingente parere su un caso e si sviluppa in un cerchio di partecipanti che viene allargandosi nel tempo; ascoltare, scrivere, leggere, riscrivere, rileggere, *digerere*.

Credo che il grande lavoro di elaborazione tecnica di concetti, istituti e norme attraverso la lingua latina, ed il suo sfociare nei codici sia stato il fattore principale della possibilità, sopra indicata, che il diritto romano non restasse vincolato all'uso di tale lingua stessa; della traducibilità-trasferibilità che possiamo considerare strutturale del diritto romano dei codici di Giustiniano: è la traduzione di un contenuto forte, coeso, resistente che incide sulla lingua che lo riceve e che amplia le sue capacità espressive per renderle idonee ad esprimere tale sistema di concetti¹³.

Le traduzioni vengono, poi, nei secoli seguenti, a sostituire l'originale. Il rifacimento della codificazione giustiniana in greco è posto in programma da Leone VI, il Filosofo (886-911), e si concre-

¹² Cfr. S. SCHIPANI, *Premessa*, in Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, I, 1-4, Milano 2005, p. xiv ss.

¹³ Non ritengo che questa osservazione sia in contrasto con quella secondo cui, nel diritto, i termini sono elemento più costante nel tempo e nello spazio che le regole (I. Zaitay); ma con essa intendo solo porre in luce che il sistema del diritto romano codificato si estende, fin dal momento della sua codificazione, oltre lo spazio di estensione della lingua, e sembra che la codificazione, come momento unificante un sistema anche di segni, sia stata un momento decisivo di questa apertura. A volte, comunque, rileviamo che la lingua greca realizza dei calchi dalla latina.

tizza, grazie all'attività di una commissione presieduta da Simbazio, nei *Basilici*, che, dell'opera di Giustiniano, contengono il riassunto in greco, frammento per frammento, attingendo alle traduzioni già esistenti, organizzato unitariamente, in sessanta libri, secondo l'ordine espositivo del Codice.

La vicenda continua: in Bulgaria, ad esempio, troviamo nel XIII secolo una traduzione in lingua slava del *Nomos gheorghikos*, e della *'Εκλογή*; troviamo il citato *Syntagma* tradotto in serbo. Questo profilo del fenomeno è ancora più rilevante con riferimento alla Russia di Kiev, ove ci sono attestati dapprima estratti frammentari e poi (sec. XIII), nella *Merillo pravednoje* (*Giusta misura*), la traduzione in slavo antico dell' *'Εκλογή* e di capitoli del *Prochiron*. Successivamente, la fondazione di Mosca come 'Terza Roma' e, dopo la caduta di Costantinopoli, il riconoscimento di Giovanni IV (Ivan il Terribile) come «Imperatore dei cristiani ortodossi di tutta l'ecumene» (1561) ha consolidato la via alla ricezione della tradizione orientale del diritto romano codificato, contenuto in libri, ed ha incrementato la traduzione, e la riedizione di compilazioni anteriori, derivanti dalla tradizione di Costantinopoli. Questa grande corrente confluisce, o forse piuttosto resta, poi, come sommersa sotto gli sviluppi della tradizione bolognese, e latina. L'Università di Mosca fu fondata nel 1755 e quella di San Pietroburgo nel 1802; esse furono precedute, a Mosca, dalla Accademia slavo-greca-latina fondata nel sec. XVII, poi Accademia slavo-latina, espressione dello sforzo di saldare le due principali correnti della vita culturale del Paese, rispetto al quale veniva prevalendo, fra contrasti, l'orientamento verso occidente. Nel 1833, in Moldavia, viene istituita una commissione per verificare la conformità con i *Basilici* degli articoli del Codice civile moldavo del 1816-1817, che pur derivavano, testualmente, dall'*ABGB*¹⁴. Il re-incontro si realizza con una scienza giuridica di derivazione «bolognese», ma ormai non più parlante la lingua latina.

2.2. *Le letture nell'Occidente europeo: dal latino alle lingue nazionali*

Una seconda via vive entro le trasformazioni del latino e produce, molti secoli dopo, strutture testuali bilingui (e, potenzialmente, multilingui). I Codici di Giustiniano sono stati inviati a Ravenna.

Non mi propongo neppure di enumerare le grandi 'letture' e le

¹⁴ Cfr. V. AL. GEORGESCU, *Rumänien*, in H. COING (Hsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 3/5, München 1988, p. 210 ss.

comprensioni *sub specie iuris* della realtà che esse producono¹⁵, le ricezioni che si sviluppano nella linea di tradizione occidentale dei codici giustiniani, svoltesi per secoli senza lasciare la lingua latina, ma sviluppandosi all'interno dei mutamenti di essa, che sempre di più diventava lingua della scienza: giuristi pre-bolognesi, glossatori, commentatori, autori della ricezione nell'area centro-europea, umanisti, Seconda Scolastica spagnola, scienza giuridica delle Indie, trattatisti e decisionisti portoghesi, giurisprudenza elegante, *Usus modernus*, istituzionisti, Scuola del diritto naturale. Sono letture di giuristi, che rielaborano, a volte inglobano nuove prospettive, ordinano, accrescono; e che inoltre formano altri giuristi. A volte, poi, queste letture affiancano anche le nuove lingue e si inseriscono in contesti di più generale emersione di queste che, dapprima, non si configurano come lingue della scienza, bensì come 'lingue materne' e, poi, di attività professionali.

Le *Siete Partidas* di Alfonso X il Saggio nel sec. XIII sono in castigliano, e vengono a loro volta poi glossate da Gregorio Lopez in latino nel sec. XV; alcune opere degli istituzionisti nel sec. XVII sono in volgare, come quella di A. Loisel, così come alcune posteriori grandi opere quali M. Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694 o J.B. De Luca, *Dottor volgare, ovvero, il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale ecc.*, 15 libri, Roma, 1673 ecc.; ancora il *Codex Theresianus juris civilis*, progetto del 1753, fu predisposto in latino e fu la commissione per la revisione (Azzoni e Zencker) a produrre una stesura in tedesco, lingua che veniva adottata dal *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* del 1756 e che verrà poi adottata dal Progetto promulgato sperimentalmente per la Galizia Occidentale, e poi per la Orientale e quindi dall'ABGB austriaco del 1811; in tedesco, già nel 1794 era apparso l'ALR prussiano; sono tappe dell'affermarsi di altre lingue per il diritto. In francese era stato composto il *Code Napoléon* (1804), ma è interessante notare che l'edizione ufficiale che lo introduce *pel Regno d'Italia* (Milano 1806) include il testo francese, la traduzione in latino e quella in italiano (solo in italiano è poi il testo per l'insegnamento nelle Università *col confronto delle leggi romane* predisposto dal Tagliani, 3 vol., Milano 1809-1811). Il Cc. albertino è in italiano, ma, quando entrò in vigore, nell'Università di Torino l'insegnamento del diritto si svolgeva ancora in latino, e la prima edizione del manuale di Felice Merlo da Fossano, docente di Istituzioni, pur posteriore all'entrata in vigore del codice (1838), è in latino; è il Regio Biglietto

¹⁵ Cfr. S. SCHIPANI, *Premessa*, cit., p. xv ss.

26 giugno 1841 che ammette nei territori di tale Regno la lingua italiana nell'insegnamento del diritto¹⁶, e le due successive edizioni del manuale predetto sono, poi, in italiano.

2.3. Traduzioni e produzione di strutture testuali bilingui per rileggere oggi il *Corpus Iuris*

Con l'affermarsi dei codici nelle lingue nazionali, appaiono le traduzioni del *Corpus Iuris*.

È vero che vi sono state traduzioni in età anteriori alle codificazioni: così, abbiamo notizia di una antica traduzione in portoghese del *Codex*, che non ci è pervenuta, ed abbiamo invece, a partire dal XVI sec., numerose traduzioni a fini didattici delle Istituzioni: la prima traduzione fu in tedesco (Th. Murner, 1519). Ma le traduzioni del *Corpus Iuris* emergono in questo momento in cui la lingua nazionale diventa la lingua del diritto quotidianamente usata. E così abbiamo un secolo, l'Ottocento, percorso da numerose importanti traduzioni che facilitano la continua diffusa frequentazione di tale opera¹⁷.

Non si può non sottolineare, nella prima metà del Novecento, una pausa delle traduzioni. Il significato di questa pausa merita una annotazione: sono questi i decenni in cui la c.d. critica interpolazionistica, al suo apice, e l'aspirazione allo studio 'storico' del diritto romano mettono profondamente in discussione il testo giustiniano, per ricostruire i testi originari, le vicende di essi e del diritto di cui sono espressione, e fanno percepire ai giuristi non specialisti che essi, senza le tali tecniche, non riescono a conoscere il diritto romano quale era

¹⁶ Cfr. *Raccolta delle Istruzioni, Circolari ed altre disposizioni generali emanate dalle Autorità amministrative e giudiziarie*, 5, Torino 1941, p. 206 ss.

¹⁷ Vediamo apparire in Francia la traduzione di H. HULOT, P.A. TISSOT, J.F. BERTHELOT e A. BÉRENGER, *Corps de droit civil romain*, vol. 1-7, ed. Behmer et Lamort, Metz-Paris 1803-1804 e si può, a questa traduzione, affiancare anche quella di R.J. POTHIER, *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae*, a cura di Bréard-Neuville, Paris 1818-1823; in Germania, di C.E. OTTO, B. SCHILLING e C.F.F. SINTENIS, *Das Corpus Iuris Civilis (Romani) in's Deutsche übersetzt*, vol. 1-4, ed. C. Focke, Leipzig 1830-1832; in Italia, F. Foramiti, *Corpo del diritto civile*, vol. 1-4, ed. G. Antonelli, Venezia 1836-1844; G. VIGNALI, *Corpo del diritto*, vol. 1-10, ed. V. Pezzuti, Napoli 1856-1862; Avv. Italiani, *Corpus Iuris Civilis*, Roma 1885, vol 5 e si possono affiancare quelle curate rispettivamente da D. Manin e da A. Bazzarini della già ricordata opera di Pothier, rispettivamente Venezia 1824-1831, vol. 9; e Venezia 1833-35, vol 4.; in Spagna, I.L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, vol. 1-6, ed. Jaime Molinas, Barcelona 1889-1898 (questo A., *Prologo*, p. IX, dà notizia di una traduzione dei Digesti di A. Rodriguez de Fonseca, della fine del XVIII secolo, rist. Madrid 1874, e di altre traduzioni parziali, 1861 e Barcelona 1867, ma non ho potuto vedere questi testi).

stato. Viene rilevato ironicamente che i romanisti hanno come eretto una palizzata intorno al *Corpus Iuris* e vi hanno scritto sopra: «vietato l'accesso ai non addetti ai lavori». Ed è da notare che, parallelamente, diventa egemone nella cultura giuridica europea lo statuallegalismo, che pur non negando le radici romanistiche degli istituti e norme dei codici, viene costruendo le basi teoriche di un isolamento della attività del giurista da quelle.

L'impegno a tradurre il *Corpus Iuris*, anche se a volte appare solo parziale, è ripreso nella seconda metà del secolo scorso, con una più estesa serie di coinvolgimenti: vediamo quindi le traduzioni in spagnolo di A. D'Ors-F. Hernandez-Tejero-P. Fuenteseca-M. García Garrido-J. Burillo, *El Digesto de Justiniano*, vol. 1-3, ed. Aranzadi, Pamplona, 1968-1975; in russo, prima antologica, di E.A. Skripilev, *Iustiniani Digesta: fragmenta selecta*, 1 vol. (relativo ai libri 1-26), ed. Nauka, Mosca 1984, e ora integrale, a cura di L.L. Kofanov (coordinatore), *Digesta Iustiniani*, vol. 1-5 (libri 1-36), ed. Statut, Mosca 2002-2004, vol. 6 (libri 37-40) in corso di stampa (continua); in inglese, a cura di A. Watson (coordinatore), *The Digest of Justinian*, vol. 1-4, ed. University of Pennsylvania, Philadelphia 1985; in tedesco, di O. Behrends-R. Knütel-B. Kupisch-H.H. Seiler, *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, vol. 1-3 (*Institutiones* e *Digesta*, libri 1-27 – continua), ed. C.F. Müller, Heidelberg 1990-1999; in olandese, di J.E. Spruit-R. Feenstra-K.E.M. Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling*, vol. 1-6, ed. Walburg Pers, Zutphen 1994-2001. La traduzione in serbo di A. Malenica, *Justinijanovna Digesta. Prva Knjiga*, ed. Slu_beni glasnik, Beograd 1977, non sembra l'inizio di una traduzione completa; una traduzione in giapponese, anch'essa parziale ma di molti libri dei Digesti, è citata dai colleghi tedeschi, ma non l'ho vista (*Corpus Iuris* cit., II, p. xxvi); una, in cinese, è iniziata come antologica, a cura di S. Schipani, *Corporis Iuris Civilis fragmenta selecta*, con traduzioni di Huang Feng-Fei Anling-Ding Mei- Mi Jian-Fan Huaijun-Xu Guodong, vol. 1-6, ed. CUPL, Pechino 1992-2001, ed ora i colleghi si sono orientati a tradurre libri interi: Mi Jian, *Corpus Iuris Civilis. Digesten. Liber septimus*, ed. Law Press, Pechino 1999; Liu Jian'an, *C.I.C.: Digesta. Liber XVIII*, ed. CUPL, Pechino 2001; Xue Jun, *De iudiciis publicis L. 48*, ed. CUPL, Pechino 2005; Luo Zhimin, *Digesta. Liber I*, ed. CUPL, Pechino 2008. Inoltre, le traduzioni dell'Ottocento in francese, in tedesco e in spagnolo sono state ristampate, rispettivamente ed. Scientia, Aalen 1979; ed. Scientia, Aalen 1984; ed. Lex Nova, Valladolid 1989¹⁸.

¹⁸ Accompagna la ristampa una breve nota di presentazione di J.J. de los Mozos Touya.

Questa ripresa attuale del tradurre testimonia che le difficoltà insorte non si risolvono con l'esclusione dalla / la rinuncia alla 'lettura' di questi testi da parte di tutti i giuristi.

Nello stesso tempo, questa ripresa attuale non può accantonare i problemi dei testi posti in luce dalla critica interpolazionistica, che, se certo a sua volta vanno sottoposti ad un severo vaglio critico, non devono essere aprioristicamente cancellati: il rileggere odierno deve, infatti, ad es., per i Digesti, confrontarsi con le problematiche che discendono dal procedere scientifico attraverso le controversie, e deve tener conto di ciò che questo significa per i testi dei giuristi che ci sono pervenuti, così come deve saper includere la prospettiva storica, l'attenzione alla contestualizzazione. Ciò, in un dialogo attento ai caratteri del diritto del nostro sistema¹⁹.

I Digesti di Giustiniano, dopo la trattazione del fine della attività del giurista, quello di «coltivare la giustizia» e di «professare il diritto» (D. 1.1), passano a sottolineare la determinante rilevanza del *principium*, che è «parte fondamentale» in tutte le cose, e certo anche del diritto (D. 1.2.1)²⁰. Questa indicazione metodologica raccoglie il risultato del precedente sviluppo e lo proietta su quello ulteriore del sistema giuridico del diritto romano, caratterizzandolo. Per la scienza giuridica, quindi, i problemi metodologici predetti devono essere affrontati e risolti in funzione di questo carattere essenziale del sistema stesso.

Lettura con traduzione; strutture testuali bilingui.

Questi testi che, dalla metà del secolo passato, continuano ad essere ora prodotti, sono dei testi bilingui²¹ nei quali la traduzione serve da un lato a rendere facilmente accessibile, da parte di qualsiasi giurista, anche non specialista, il contenuto del testo antico e serve dall'altro di guida al testo in latino che non viene sostituito, ma affiancato.

Ciò sembra rivelare la necessità che la nuova 'lettura' sia tradotta, sia trasferita nell'oggi, in esso si immerga, e altresì resti ancorata al testo antico con il quale si confronti.

Cioè, ciò sembra legato all'esigenza di un contributo critico che possa scaturire da questo confronto, a cominciare dal testo, dai ter-

¹⁹ Prevalentemente ad un bilancio della critica interpolazionistica è dedicato un Convegno, a Trento, «Problemi e prospettive della critica testuale», 14-15/12/2007.

²⁰ Cfr. S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto (Schede sulla formazione di un concetto)*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, 3, Napoli 1997, p. 631 ss. [= in S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, 2^a ed., Torino 1999, p. 101 ss.].

²¹ Fa eccezione, se non erro, solo la traduzione di D'Ors.

mini-concetti che usiamo, da *fas, sanctus, iura, res publica, civitas, persona, qui in utero est, bonus pater familias, a fides, quod actum est, intellegere, causa, nullus, ...ecc.*²².

Ciò sembra rivelare altresì l'esigenza che queste nuove letture, pur nella varietà delle lingue, conservino una permanente comunicazione con quella comune base costituita dal testo in latino e da essa quasi traggano alimento per la comunicazione tra loro²³.

Occasione di ripensamenti critici, riemersione dell'importanza della base comune per trarne sostegno per il presente, stimolo al miglioramento, o alla correzione, o alla 'invenzione' del nuovo, in una lettura che è dommatico-precettiva e coinvolge l'impegno nella costante fondazione del sistema del diritto romano sul suo *principium*.

3. Enucleare i principii

3.1. Enucleare il diritto

Il termine *enucleare* era già usato nell'età classica per indicare un tipo di lavoro dei giuristi, e fu adottato da Modestino nella sua opera *De enucleatis casibus*²⁴. Vorrei, però, richiamare qui *enucleare* con riferimento alla rubrica dei Digesti (D. 1), e al titolo del Codice C. 1.17, nonché alla Costituzione *Deo autore* che ha probabilmente ispirato entrambe, e che appunto indica due codici, uno delle costitu-

²² Sulla 'pulizia concettuale' cfr. S. SCHIPANI, *Primo rapporto sulla attività della ricerca: «Il latino del diritto e la sua traduzione. Traduzione in italiano dei Digesta di Giustiniano»*, in *SDHI*, 60, 1994 [ma 1996] *Studi in memoria di G. Lombardi*, p. 553 ss.; ID., *Il programma della traduzione in italiano dei Digesti di Giustiniano*, in *St. Punzi*, [5, Torino 2008, p. 350 ss.].

²³ Cfr. più ampiamente in S. SCHIPANI, *Il latino e il linguaggio giuridico contemporaneo nella costruzione della identità dell'Europa*, in *St. Martini* (in corso di stampa).

Forse, il supporto magnetico potrà essere utilizzato per strutture testuali multilingue, che consentano di tessere i mille fili sottili di un dialogo possibile grazie alla base comune. Sono, peraltro, noti gli strumenti di questo genere che, ad es., sono diffusi nell'ambito degli studi della Bibbia, dall'elementare *La Sacra Scrittura multilingue*, L.D.A. Informatica, Catania (testi in ebraico, greco, latino, inglese, francese, spagnolo, tedesco e portoghese), al *BibleWorks*, Norfolk 2006 (www.bibleworks.com).

²⁴ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, 1953 (trad. it. di G. Nocera, Firenze 1968, p. 437 e nt. 3) critica questo uso di *enucleare* da parte di Modestino e si domanda «Cosa si intenda è oscuro, casi sunteggiati?»; ma la censura non sembra appropriata. Il *ThL.L.*, V,2, Lipsia 1931-1953, p. 615 s., a cui egli stesso rinvia, colloca questo uso di Modestino nell'ambito del significato: *quasi interiora extraendo, rem aperire, explicare, a difficultatibus sim. Purgare*; indica poi altre condizioni d'uso in cui si sottolinea il *deligere* che produce ciò che è *subtilis, purus, tenuis* e/o *clarus, distinctus*.

zioni e l'altro *iuris enucleati*/ 'del diritto enucleato' dai libri degli antichi giuristi, al quale avrebbe potuto affiancarsi, come poi avvenne, un terzo codice, delle Istituzioni (C. 1.17.1.11)²⁵.

Enucleare si riferisce al lavoro svolto in relazione al diritto dei giuristi, i libri dei quali sono stati, come abbiamo visto, «letti», «letti interamente», «limati», «sopprimendo le inutili prolissità, colmando ciò che è incompleto» «raccogliendo e accumulando una amplissima quantità di materiale» riconducendolo ad una «brevità ricchissima» (*opulentissima brevitatis*) (C. Tanta 17); comparando tutti i contributi, senza riguardo al numero dei consensi in relazione ad una soluzione, ma giudicando ciò che è *melius et aequius* (Const. Deo auct. 6)²⁶; elevando a splendida *consonantia* (Const. Imp. 2; Tanta pr.; cfr. anche *una concordia, una consequentia* in Const. Deo auct. 8) il diritto *hominum causa constitutum* (D. 1.5.2).

'Enucleare' sintetizza queste diverse operazioni. Il diritto 'enucleato' della rubrica dei Digesti non è 'sunteggiato', né ricondotto a semplici definizioni o regole, come, difatti, il testo dei Digesti ci mostra, bensì colto criticamente nel suo nucleo più aderente alla realizzazione del *bonum et aequum*; estratto e purificato nella sua parte essenziale, al servizio degli uomini, che ne sono la misura e di cui viene estesa la considerazione giuridica unitaria²⁷.

3.2. *Principia iuris. Principium*

Il riferimento ai 'principi' innesta una prospettiva che si sviluppa successivamente all'opera di Giustiniano, un ponte fra questa e gli sviluppi ulteriori. Esso ha un rilevante precedente in Cicerone, e trae un importante contributo da un testo di Gaio.

In Cicerone, *de Legibus* 1.6.18, l'autore dice che egli trova i 'principi del diritto' nella legge, ma non quella votata dai comizi, bensì quella fondata nella 'ragione insita nella natura', nella 'retta ragione' che è comune ad uomini e divinità, che viene scoperta attraverso la 'prudenza' e la 'equità'. I 'principi del diritto' costituiscono il frutto di una riflessione e vaglio critici costanti e consentono quindi a Ci-

²⁵ Questa espressione troviamo poi anche in C. 6.28.4.3, una costituzione del 531 di Giustiniano in cui si riferisce al lavoro dei giuristi che stavano realizzando i Digesti.

²⁶ Evidente è il nesso con la definizione di *ius* come *ars boni et aequi* (D. 1.1.1 pr.).

²⁷ La tendenza ad unificare la considerazione giuridica unitaria di tutti gli uomini si manifesta, come noto, ad es., nella unificazione della condizione dei liberi, con la cancellazione della categoria dei *Latini*, e con la ammissione della ricostituzione dei nati per i liberti; e soprattutto con la cancellazione della distinzione fra cittadini e stranieri, cosa che pone il presupposto teorico del superamento della servitù, che dipende dall'esistenza di stranieri che vengano fatti prigionieri in guerra.

cerone di valutare le leggi e gli editti del pretore. Peraltro, il diritto antico di Roma, che è stato selezionato nel tempo dal contributo di molti uomini, è in larga misura aderente a questa retta ragione²⁸. (Anche sulla base di queste riflessioni di Cicerone maturano, oltre mille anni dopo, le interpretazioni secondo cui il *Corpus Iuris* è la ‘ragione scritta’, e vincola gli uomini non solo *ratione imperii*, ma anche *imperio rationis*.)

Nel già citato frammento di Gaio, posto all’inizio dei Digesti (D. 1.2.1), Gaio poi ci dice che il ‘principio’ è la *pars potissima* / ‘parte autosufficiente e fondamentale di ogni cosa’ e che da esso bisogna iniziare anche per lo studio e la interpretazione del diritto. Il ‘principio’ per Gaio è insieme inizio ed elemento permanente del sistema, o di singoli settori o istituti del sistema; è l’inizio in senso forte, che dà forma al sistema, a settori di esso, a singoli istituti²⁹.

I giuristi romani però hanno lavorato con altri termini-concetti come *ratio*, *regula*. Anche l’ultimo titolo dell’ultimo libro dei Digesti (D. 50.17) riunisce «regole» del diritto antico (si ritiene giustamente che esso le ponga come regole generali).

L’uso del termine ‘principio’ in senso forte, quale in certo modo risulta da una sintesi della creazione di Cicerone e della riflessione di Gaio, lo troviamo con i codici moderni e costituisce una cerniera fra questi e il sistema del diritto romano.

3.3. *Il valore tecnico del rinvio ai ‘principi generali del diritto’ nei codici moderni*

Nel processo di codificazione emerge il rinvio ai ‘principi generali del diritto’ per colmare le lacune degli stessi, e del complesso della legislazione e, implicitamente, per interpretarli.

Il Cc. francese, all’art. 4, abbandonato il metodo del *référé législatif*, prevede una etero-integrazione del codice, e del complesso della legislazione, compiuta da parte dell’interprete sulla base del sistema senza prescrivere esplicitamente le regole da seguire in tale lavoro: i giuristi francesi fecero ricorso al *Corpus Iuris Civilis* e ai suoi sviluppi per molti decenni dopo la approvazione del codice stesso (implicito rimase il riferimento alla *équité* che il progetto dell’anno VIII, Tit. V, art. 5, aveva tratto dalla già citata definizione di Celso, e dalla prescrizione della Const. Deo auct. 6)³⁰. L’ALR/1794 prussiano se-

²⁸ Ho sviluppato più ampiamente l’esame di questo riferimento di Cicerone in S. SCHIPANI, *Principia iuris*, cit., p. 87 ss.

²⁹ Cfr., anche su questo fr., S. SCHIPANI, *Principia iuris*, cit., p. 101 ss.

³⁰ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoameri-*

guiva invece la logica di chiudere l'ordinamento legale su se stesso; questa impostazione era uno sviluppo della impostazione già emersa ad es. nella affermazione del *privilegium de non appellando* al Tribunale camerale imperiale nei confronti delle decisioni dei tribunali prussiani (1750), che segnava una volontà di separazione formale dal diritto romano comune, e si perfeziona con la previsione che, di fronte a lacune della legislazione, si faccia riferimento «ai principi di questo codice» (ALR, par. 49)³¹. Diversamente, ai 'principi' dà una funzione

cano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto), in *Rivista di diritto civile*, 40/2, 1994, I, p. 359 ss. [= in *La codificazione*, cit., p. 120 ss.]. R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in www.forhistiur.de/zitat/0601ferrante.htm (= in R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino 2006, p. 128 ss.) sottolinea il ruolo delle regole che erano state formulate nel *Livre préliminaire*, che pure non fu poi approvato (cfr. anche R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano 2002). È centrale il significato del riferimento alla *équité*, nella sua accezione romanistica, e di riferimento agli scritti dei giuristi romani (cfr. C.B.M. TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du code*, 1, Paris 1819, p. 116; Cl.-E. DELVINCOURT, *Cours de code civil*, Paris 1818-1819 [I, 1834, p. 8]). Il *Code* fu, e fu interpretato come un codice del diritto romano; un codice frutto di una 'lettura' del diritto romano, che possiamo dire si viene svolgendo da Pothier ai vari scritti dei primi commenti: oltre ai due già citati, vedi H.-J.-B. DARD, *Code Civile des Français, avec des notes indicatives des lois romaines, coutumes, ordonnances, édits et déclarations*, 1805; J.A. PERREAU, *Principes généraux de droit civil privé*, Paris 1805; J.M. DUFOUR, *Code civil des Français avec les sources où toutes ses dispositions ont été puisées*, 1806; J.B. DELAPORTE, *Novum iuris compendium, in quo precipue servatur ordo Codicis gallici, ab Imperatore Napoleone I promulgati [...]*, 3 vol., Paris 1806-1808; O. LE CLERCQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, 8 vol., Lüttich 1810-1812; A.M. BIRET, *Applications au Code civil des Institutes de Justinien et des cinquante livres du Digeste avec la traduction en regard*, 1824 (trad. it. Napoli 1825); (parallelamente, in conformità con la riforma degli studi delle legge 22 ventoso XII, il diritto romano veniva spiegato con riferimento al *Code*: A.-T. DESQUIRON DE SAINT-AGNAN, *L'esprit des Institutes de l'Empereur Justinien comparé avec les principes du Code Napoléon*, 2 vol., Paris 1807; J.A. PERREAU, *Examen ad juris romani elementa, juxta justinianae Institutiones, et quaedam a jure nostro selecta*, Paris 1810; A.M.J.J. DUPIN, *Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum J.G. Heineccii*, 2 vol., Paris 1810 con confronto con il Codice Napoleone; Cl.-E. DELVINCOURT, *Iuris Romani elementa secundum ordinem Institutionum Iustiniani cum notis, ad textus explicationem eiusque cum iure Gallico collationem compositis*, Paris 1814, ecc.).

³¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice*, cit., p. 122 s.; è questo codice invero l'unico che, enunciando tale criterio, formula l'idea di 'completezza' del codice, per cui, propriamente, non vi sono in esso lacune (così, puntualmente G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, 1, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 493). Sull'idea di completezza dei codici e la solo più tarda generalizzazione, «ideologica» di essa, cfr., ad es., U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 144 (anche p. 72 ss.).

di guida della eterointegrazione sulla base del sistema l'ABGB/1811 austriaco, che fa riferimento ai «principi del diritto naturale» (par. 7)³². L'espressione tecnica 'principi generali del diritto' si afferma con il Cc. albertino, in Italia, nel 1838, art. 15³³. Questo rinvio ha un diffuso successo in Europa e in America Latina³⁴; esso è fatto proprio anche dallo Statuto della Corte internazionale di Giustizia dell'Aja.

Il contesto in cui tale riferimento entra nei codici viene spesso rappresentato alla luce della posteriore egemonia dello statual-legalismo, che ne fa perdere il significato, fino alla trasformazione di esso nei 'principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato' dell'art. 12 delle Disp. Prel. del nostro Ccit./1942³⁵.

In altra occasione, ho esaminato il dibattito svoltosi nel corso della preparazione del Cc. albertino e di quello spagnolo, in rapporto ai quali ho messo in luce come risulti che tale riferimento sia da intendere ai principi giuridici da trarre dal sistema del diritto romano³⁶.

Con riferimento all'Italia, se consideriamo la vicenda della codificazione anche degli altri Stati pre-unitari, rileviamo una serie di indicazioni convergenti con tale significato della norma di rinvio del codice albertino, e che ne chiariscono ulteriormente il ruolo.

Così, nella Repubblica Cisalpina, nella *Mozione Lamberti al Corpo legislativo* (22/2/1798) troviamo un riferimento al diritto romano come a quello che potrebbe essere posto in vigore per superare gli oltre quattrocento diversi statuti che frammentavano il diritto della Cisal-

³² Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice*, cit., p. 123 ss. R. FERRANTE, *Un ruolo per l'interprete: la scienza giuridica italiana tra Code Napoléon e ABGB*, in www.forbitur.de/zitat/0601ferrante.htm, cpv. 17 ss. sottolinea come F. DE ZEILLER, *Commentario sul codice civile universale austriaco*, trad. G. Carozzi, Milano 1815, indichi il «diritto romano attinto dalla ragione» come «base dei codici moderni» e sviluppi una interpretazione di tale rinvio del par. 7 attenta ad escludere la possibilità di «derivare la decisione dal codice della ragione», «dalla filosofia». Preoccupazioni, queste, che sono presenti nel dibattito poi svoltosi sull'art. 15 del progetto del 1832 del Cc. albertino che, come noto, ricalcava il testo dell'ABGB (*infra* nt. 33).

³³ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice*, cit., p. 126 ss.

³⁴ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice*, cit., p. 132 ss.

³⁵ Cfr. S. SCHIPANI, *Sull'insegnamento*, cit. [= in *La codificazione*, cit., p. 225 ss.]; e soprattutto S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo*, cit., p. 155 ss., ove avvio un riesame di come i codici civili sono 'diventati' strumento del monopolio della produzione del diritto da parte dello stato moderno territoriale solo con l'egemonia di questa concezione perfezionatasi in Europa, salvo la Prussia (*supra*), con lo statual-legalismo della seconda metà dell'Ottocento, grazie al coniugarsi di esso con il nazionalismo. Questa egemonia, peraltro, non ha mai fatto scomparire nel sistema altre prospettive né permanenze del diritto romano comune e la vicenda interpretativa del significato del rinvio ai principi generali del diritto è di ciò emblematica. Il riesame avviato sembra ora trovare, per diverse vie, significative conferme.

³⁶ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice civile*, cit., pp. 126 ss.; 139 ss.

pinia, in attesa che un nuovo codice venisse fatto. Nel *Discorso preliminare al Progetto del Codice civile per la Repubblica italiana* del De Simoni, autore del progetto stesso, troviamo un riferimento al diritto romano come quello che deve completare il codice che viene prodotto e guidarne la lettura. Nel testo del *Discorso preliminare alle riflessioni sulla prima redazione del Progetto del Codice civile per la Repubblica italiana* del Signorini, giurista toscano a cui era stata affidata questa revisione, troviamo posto l'accento sul fatto che sembrava bene al revisore che il Diritto romano fosse il diritto di riferimento per la integrazione del Codice in relazione a quanto esso non regolasse³⁷. Quel progetto non divenne codice perché, con un cambio di scelte politiche, nel nuovo quadro istituzionale, divenne codice *per il Regno d'Italia il Codice di Napoleone il Grande* (Milano 1806). Con riferimento ora a questo, se prendiamo tra le mani i tre volumi di Taglioni³⁸, troviamo il diritto romano intrecciato a commento di ogni articolo del quale era appunto considerato la base, e la chiave di comprensione; ciò, sulla stessa linea di analoghe opere elaborate in Francia. L'innestarsi dell'ABGB nel 1815 non altera sostanzialmente la prospettiva, e si rivela «una sostanziale unità metodologica»³⁹ come risulta dalle opere dell'epoca⁴⁰ che assumono il diritto romano come base comune e, in certo senso, come ponte per una comparazione tra il *Code* e l'ABGB con un prevalere, al di là di qualche censura iniziale, del primo, grazie proprio alla sua più diretta base romanistica

³⁷ Cfr. P. PERUZZI, *Progetto e vicende di un codice civile della Repubblica Italiana (1802-1805)*, Milano 1971, rispettivamente pp. 195; 259 ss.; 269 ss.

³⁸ *Codice civile di Napoleone il Grande col confronto delle leggi romane ad uso delle Università e dei Licei del Regno d'Italia*, Milano 1809-1811.

³⁹ R. FERRANTE, *Un ruolo*, cit., cpv. 48.

⁴⁰ Cfr. l'opera del già ricordato O. TAGLIONI, *Commentario al codice civile austriaco*, 10 vol., Milano 1816-1825 (cfr. C.A. CANNATA, *Onofrio Taglioni. 1782-1823*, in *Juristen in Österreich. 1200-1980*, hrsg. W. Brauneder, Wien 1987, p. 128 ss.); G. CAROZZI, *Giurisprudenza del Codice civile universale della monarchia austriaca*, Milano 1818; A. REALE, *Istituzioni del diritto civile austriaco con le differenze dal diritto civile francese, dal parmense, dal romano e dalla legislazione civile sarda*, 3 vol., Pavia 1829-1832 (cfr. E. D'AMICO, *Agostino Reale e la civilistica lombarda nell'età della Restaurazione*, in *Studi di Storia del Diritto*, 2, 1999, p. 773 ss.; ID., *La facoltà giuridica pavese dalla riforma francese all'unità*, in *Annali di Storia delle università italiane*, 7, 2003, n. 111-112); G.A. CASTELLI, *Il Codice civile generale austriaco confrontato con le leggi romane e col già Codice civile d'Italia*, 6 vol. Milano 1831-1833; J. MATTEL, *I paragrafi del Codice civile austriaco avvicinati alle leggi romane, francesi e sarde schiariti e suppliti dalle opinioni dei più celebri scrittori di diritto, specialmente del Voet, Domat, Pothier, Fabro, Richeri, Merlin, Toullier, Duranton, Troplong, Delvincourt, ecc [...]*, Venezia 1852, opere sulle quali cfr. R. FERRANTE, *Un ruolo*, cit., cpv. 21 ss.

ed alle opere che la illustravano⁴¹. Il sovrapporsi del rinvio ai ‘principi generali del diritto’, che si realizza in tali regioni con l’unificazione dell’Italia e quindi con l’art. 3 delle Disposizioni sulla legge in generale del Ccit./1865, rispetto a quello ai ‘principi del diritto naturale’ non crea frattura: la dottrina aveva sviluppato una unitaria interpretazione.

Gli altri codici civili degli Stati italiani pre-unitari offrono un panorama apparentemente variegato: le Leggi civili del Codice per lo Regno delle due Sicilie del 1819 avevano seguito il modello francese, dell’art. 4, che era, poi, stato integrato con un Rescritto 31 agosto 1831 che rinviava ai «principi della legge»; anche il Codice civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla del 1820 seguiva il modello francese; il Regolamento legislativo per gli Stati Pontifici, del 1834, al par. 1, prevedeva che «Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico, continueranno ad essere la norma in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento». Nel Ducato di Modena, il Codice di Leggi e Costituzioni del 1771, posto nuovamente in vigore, prevedeva il ricorso «alla disposizione del Gius comune», e tale rinvio era stato solo da ultimo sostituito dal Codice civile per gli Stati Estensi, approvato nel 1851. Nel Granducato di Toscana, dopo la caduta di Napoleone, era stata ripristinata la generale applicazione del diritto romano⁴². Ma la impostazione delle opere di dottrina appare univocamente orientata⁴³ ed il rinvio successivamente operato dal citato art. 3 del Ccit./1865 la unifica senza difficoltà.

Si può fondatamente prospettare che tale riferimento ai ‘principi generali del diritto’ costituisca la maturazione e migliore formulazione di una tendenza unitaria, rispetto alla quale unico codice dissonante è l’ALR, la cui impostazione, peraltro, non era isolata, ma presente in posizioni che rimanevano minoritarie negli altri ordinamenti, e diventano prevalenti con la fine dell’Ottocento.

⁴¹ *Supra* nt. 30.

⁴² Cfr. S. SOLIMANO, *L’edificazione del diritto privato italiano: dalla Restaurazione all’Unità*, in www.forbistiur.de/zitat/10505solimano.htm.

⁴³ Cfr. per la Sicilia ad es. Heineccius, Johann Gottlieb – Gothofredus, Iacobus. Comerri, Nicola. *Lo Studio del diritto romano ovvero le Instituta e le Pandette messe in confronto cogli articoli di tutte le parti del codice per lo Regno delle Due Sicilie nelle recitazioni di Eneccio seguite dal Manuale Iuris di Gotofredo*, Vol. 2 (a cura di Nicola Comerri); G. MELELANDRI, *Codice del Regno delle Due Sicilie col confronto del codice francese, del diritto romano e delle leggi patrie*, Napoli 1850; G. D’ETTORRE, *Codice per regno delle Due Sicilie, messo in confronto con quello vigente in Francia e le leggi romane*, 3 vol., Napoli 1857-1859; per gli Stati estensi: G. BRUGNOLI, *Indice ragionato del Codice civile estense in comparazione col diritto romano*, Modena 1852.

La locuzione ‘principi generali del diritto’ che, in questo contesto, si è fissata come locuzione tecnica, rinvia al diritto romano quale si trova nel *Corpus Iuris* di Giustiniano e negli sviluppi che il sistema ha avuto successivamente, con particolare crescente riferimento al ‘diritto comune dei codici’ moderni, e più in generale alle legislazioni⁴⁴. Essa arricchisce la impostazione francese specificando quanto essa aveva lasciato implicito (il riferimento all’equità), usando però, con il termine ‘principi’, modalità espressive che, radicate in Cicerone, erano state usate nei codici centro-europei ed erano in consonanza con le impostazioni che stavano crescendo nella Pandettistica⁴⁵. Sinteticamente veniva affermato che «dalle leggi romane si devono trarre quei principi generali del diritto privato richiamati dall’art. 3 e atti a far ben giudicare di una controversia»⁴⁶. È una rilettura ‘principiale’ quella che viene prevista, di permanente riflessione critica, di selezione del diritto alla luce della *ratio*, in relazione agli uomini, per i quali i codici segnavano una più estesa considerazione giuridica unitaria⁴⁷.

⁴⁴ Merita di essere sottolineata la «spiccata tendenza alla comparazione» (R. FERANTE, *Un ruolo per l’interprete*, cit., par. 14), e come questa, nelle opere citate, a volte include dottrina e codici. Non è questa la sede per svolgere un esame anche solo sintetico del punto, ma, da un lato, mi pare sia da riallacciare, ad es., alla presenza di un risalente discorso comparativo nel lavoro di uno dei filoni degli istituzionisti (cfr. S. SCHIPANI, *Sull’insegnamento*, cit., p. 230 ss.; K. LUIG, *Institutionen-lehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Ius Commune*, 3, 1970, 1, p. 64 ss.), e nella ricerca dello «Uso Moderno delle stesse Leggi Romane fra le Nazioni Civilizzate che oggi abitano l’Europa» che ne assicurerebbe la conformità alla retta ragione (*Boa Razão*) (cfr. *Estatutos da Universidade de Coimbra compilados debaixo da immediata e suprema inspeção de el Rei D. José I*, 3 vol. Lisboa 1772, L. II, *Cursos Jurídicos das Faculdades de Cánones e de Leis*, Cap. II, par. 12-16.); d’altro lato, come la comparazione, successivamente, si concentri sui soli codici, con prodotti di cui il A. SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes Civil étrangers et le Code Napoléon*, Paris 1840 è una oggettiva anticipazione che si inquadra nel crescente positivismo legislativo.

⁴⁵ Peraltro, per il riferimento ai ‘principi’ anche nella discussione del *Code*, cfr. lo stesso Portalis in *Discussion du Conseil d’État et du Tribunal sur le Code civil*, vol. 2, Paris 1841, p. 10: «Peu de causes sont susceptibles d’être désidées d’après une loi, d’après un texte précis: c’est par les principes généraux, par la doctrine, par la science du droit, qu’on a toujours prononcé sur la plupart des contestations».

⁴⁶ F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna. Prelazione*, Pisa 1877, p. 27 ss.; cfr. anche ID., *Quello che devono fare i romanisti nelle moderne dottrine giuridiche, ossia di un programma dell’insegnamento del diritto romano nelle scuole italiane moderne*, Bologna 1894; F. SERAFINI, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare (Prolusione al corso di diritto romano nella R. Università di Roma 1872)*, in *Opere minori. Parte prima. Scritti vari*, Modena 1901, p. 41 ss.

⁴⁷ Unificazione nella condizione del cittadino, nel *Code Napoléon*, art. 7 ss.; nella condizione dell’uomo che ha diritti innati, dell’ABGB, par. 16 (ma vedi anche i limiti di par. 33); nella condizione dell’uomo, cittadino o straniero che gode dei di-

3.4. Rileggere i Digesti ed enucleare i principii; proporli

Ecco che allora questa mia riflessione giunge al termine suggerendo di valutare la convergenza di direzione delle operazioni connesse alla rilettura dei Digesti, e dell'intero Corpo del Diritto in testi bilingui; all'enucleare il diritto; al rinvio ai principii.

Proprio qui a Torino, abbiamo avviato anni fa un programma di ricerca il cui obiettivo fondamentale è la traduzione dei Digesti che ho già citato. Di questo nostro lavoro, sono stati fino ad ora pubblicati tre volumi, corrispondenti alle prime tre parti degli stessi, con testo bilingue latino-italiano⁴⁸.

Il nostro lavoro di traduttori vuole essere solo un servizio; un piccolo segmento di un lavoro ben più vasto e complesso.

'Rileggere' i Digesti, riprendendo, tutti, tra le mani questo testo che ancora cento anni fa veniva prodotto in un'edizione tascabile perché i «forensi» potessero averlo sottomano quando andavano in tribunale; rileggerli ora in una struttura testuale bilingue che ci sollecita al confronto ed alla riflessione critica fra l'immersione nell'oggi e le radici, è un lavoro che potrebbe vedere collaborare i romanisti con gli altri giuristi del nostro sistema, non specialisti di diritto romano, ma attenti alle esigenze profonde della nostra scienza giuridica.

Rileggerli e farsi guidare dalla base testuale comune alla lettura del sistema, affiancando, in questa rilettura, i contributi accresciutisi nel sistema, ed anche proprio attraverso i codici moderni e le altre leggi.

Nel periodo della egemonia dello statual-legalismo, che in Italia è maturato nell'ultimo quarto dell'Ottocento, e sul quale non torno qui ora⁴⁹, il rinvio ai 'principii generali del diritto' è stato trasformato in rinvio ai principii generali che possono essere estratti dall'ordinamento giuridico dello Stato⁵⁰. Questa operazione interpretativa, di chiusura dell'ordinamento su se stesso, condotta dalla dottrina, può dalla dot-

ritti tutelati da questo codice, del Ccit./1865 art. 1 e 3 e dei Cc. dell'America Latina, (cfr. S. SCHIPANI, *Codici civili del Risorgimento e codici dell'Indipendenza latinoamericana: base comune e consonanze (principii generali del diritto e considerazione giuridica degli stranieri)*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, VII, Milano 2007, p. 325 ss.

⁴⁸ Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Testo e traduzione*, a cura di S. Schipani, I, 1-4; II, 5-11, Milano 2005; III, 12-19, Milano 2007.

⁴⁹ *Supra* nt. 35. Osserva R. FERRANTE, *Un ruolo*, cit., cpv. 50: «si tratta di una ulteriore dimostrazione del passaggio non istantaneo al nuovo sistema legislativo, al codice dello Stato come unica fonte di riferimento normativo (e interpretativo), all'«assolutismo giuridico». Passaggio definitivo e netto che almeno lungo la prima metà del XIX secolo non è probabilmente mai avvenuto».

⁵⁰ Viene sempre ricordato che la *Relazione alla Maestà del re Imperatore* precisava come il termine 'ordinamento' comprendesse anche la tradizione scientifica nazionale includente il diritto romano, il diritto comune ecc.

trina stessa essere superata, ed il significato originario del rinvio ai principi generali del diritto risulta ancora vitale a partire da questa necessaria riapertura dei nostri orizzonti.

Rileggere i Digesti ed interpretare l'insieme delle leggi dell'ordinamento attraverso il sistema nella sua complessiva realtà in crescita è un compito a cui non ci si può sottrarre. Il sistema non è l'ordinamento legale, né il complesso di esperienza giuridica su di esso cresciuto, ed anche il riferimento alla Costituzione non può essere usato per chiuderlo su se stesso. Ed il testo giustiniano comune a tanti ordinamenti ci richiama alla dimensione nel tempo e nello spazio che il sistema ha. Il sistema giuridico romanistico non coincide con gli ordinamenti dei singoli Stati che ad esso si ispirano; esso non è neanche una famiglia di ordinamenti, o l'espressione di un comune stile di essi. Esso è un prodotto delle diverse fonti e della scienza giuridica che si sviluppa da oltre due millenni e mezzo e nel quale viene operata una continua selezione.

Rileggere, comparare e valutare ciò che è *melius et aequius*, enucleare i principi al fine di proporli per migliorare quotidianamente il *ius*, affinché questo possa stare insieme saldamente (*constare*), anche nei confronti dell'attuale processo di c.d. globalizzazione senza regole, proponendo le sue coerenze al servizio degli uomini (D. 1.2.2.13).

II sessione

Sala dei Mappamondi
Accademia delle Scienze di Torino

Saluto

di Angelo Raffaele Meo*

Nel lontano 1953, essendomi iscritto alla Facoltà di Ingegneria, venni a Torino da Cuneo, mia città natale. Ero ospite del collegio universitario di via Bernardino Galliani insieme con l'amico della mia giovinezza, il ragazzo con cui avevo condiviso il banco nelle aule della scuola media e del liceo classico successivamente. Eravamo entrambi un po' turbati e quindi ci scambiavamo spesso le nostre impressioni.

Ricordo ancora con lucida chiarezza l'entusiasmo con il quale il mio amico, Gustavo Witzel, oggi presidente di sezione della Corte d'Appello, mi parlava del suo professore di Istituzioni di Diritto Romano, il professor Silvio Romano di cui oggi celebriamo il centesimo anniversario. Il mio amico mi raccontava di come egli riuscisse, con eccezionale semplicità, a spiegare le ragioni giuridiche e storiche per le quali il diritto romano è tuttora così importante, ma soprattutto era sorpreso dalla grande gentilezza e disponibilità che dimostrava nei confronti degli allievi. Il suo atteggiamento di gentilezza veniva spesso contrapposto a quello di un collega che praticava allora la disciplina olimpica del lancio del libretto dopo la bocciatura all'esame.

Conobbi personalmente il professor Romano, molti anni dopo in questa sala, in occasione di una cerimonia pubblica. Era il 1987 e il professor Romano ricopriva la carica di Presidente dell'Accademia delle Scienze. Fu in quella circostanza che cominciai ad apprezzare la brillante intelligenza, la grande semplicità e modestia, la squisita gentilezza.

In seguito, essendo diventato socio dell'Accademia, apprezzai l'assiduità con la quale frequentava le riunioni come ha sempre fatto fino a pochissimi anni fa, partendo a piedi dalla sua abitazione in corso Einaudi. Attribuiva a quella lunga camminata giornaliera una delle ragioni della sua buona salute e della sua longevità. Spesso, andando al politecnico in macchina, lo incontravo a piedi con le borse della

* Presidente dell'Accademia delle Scienze di Torino.

spesa a testimonianza della sua disponibilità a collaborare anche nelle attività domestiche.

L'ammirazione che il professor Romano aveva destato nel mio amico nel lontano 1953 si è rafforzata in me nell'arco degli anni in cui ho avuto l'opportunità di frequentarlo. Sono quindi molto lieto oggi, a nome di tutti i soci dell'Accademia, di dare il benvenuto ai relatori e a tutti i presenti.

Grazie a tutti.

Saluto

di Gian Savino Pene Vidari*

Desidero portare un breve ma caloroso saluto degli storici subalpini riuniti nella Deputazione Subalpina di Storia Patria ai partecipanti alla Giornata di studi in onore del Professor Silvio Romano, ed in modo particolare proprio a lui, in occasione dei suoi cento anni. Mi unisco a ciò che è stato già detto, in specie da Elio Casetta, nel sottolineare quanto ha fatto il Professor Silvio Romano per Torino ed in Piemonte, oltre al suo prestigio accademico. Per ben mezzo secolo tutti coloro che hanno studiato nelle Facoltà di Giurisprudenza e di Economia dell'Università di Torino – e sono molti, in tanti rami di successiva attività – lo hanno avuto come professore scrupoloso ed impeccabile e lo ricordano per la signorilità del tratto, oltre che per l'incisività didattica.

È un ricordo generale, condiviso e profondo, che lo addita ancor oggi a docente esemplare, da indicare come modello in un ambiente purtroppo mutato, e non in meglio.

Un saluto caloroso ed un augurio, quindi, a nome della Deputazione Subalpina di Storia Patria, a cui mi permetto di unire quello mio personale.

* Presidente della Deputazione Subalpina di Storia Patria. Università degli Studi di Torino.

Intervento

di Giovanni Nicosia* (Presidente della II sessione)

Signore, Signori, Autorità,
sono stato chiamato a presiedere questa seduta pomeridiana in quanto siciliano, sia pure di Catania, mentre stamattina la seduta di apertura si è svolta sotto la presidenza del professor Matteo Marrone, che è proprio di Palermo, che è la patria del professor Silvio Romano.

Non vorrei togliere tempo ai relatori, ma permettetemi di ringraziare vivamente gli organizzatori per avermi scelto a presiedere questa seduta e di ricordare che sono devotamente legato al professor Romano non soltanto per il fatto di essere anch'io siciliano.

Egli fu, tanti anni fa, autorevole membro della commissione del concorso a cattedra in cui io ero candidato. Nonostante gli esiti complessivi di quella vicenda concorsuale non furono conformi alle aspettative del professor Romano, Egli volle ugualmente, e generosamente, esprimere voto favorevole nei miei confronti. Non avendo avuto fino ad allora occasione di conoscerlo personalmente, mi affrettai ad andare a trovarlo, per manifestargli la mia sentita gratitudine.

Ma questo fu solo l'inizio di un lungo rapporto di costante frequentazione, che mi ha permesso di fruire per tanto tempo dell'affettuosa benevolenza del professor Silvio Romano.

Sono perciò veramente lieto di essere oggi qui e partecipare alla giornata di studi per i Suoi 100 anni.

Vi ringrazio e do subito la parola all'amico professor Carlo Augusto Cannata, che affronterà un tema di forte attualità: «Diritto romano e fondamenti del diritto europeo».

* Università degli Studi di Catania.

Diritto romano e fondamenti del diritto europeo

di Carlo Augusto Cannata*

Il semplice discorso che intenderei fare può prendere le mosse da quella precisazione che ha fatto Lelio Lantella, parlando delle diverse maniere di configurare i fondamenti del diritto europeo. Lelio ha descritto molto bene il mio modo di concepire questa materia, in particolare sottolineando che si tratta, secondo me, di una materia problematica. Essa corrisponde, in effetti, ad un modo della ricerca. Tutti noi giuristi operiamo in modi che appartengono alla scienza giuridica: è così che, come risultato, abbiamo la storia del diritto, la comparazione giuridica, la scienza del diritto privato e così via. Tutte queste nozioni, diciamo pure queste categorie, corrispondono ciascuna ad un modo di fare scienza giuridica. Quando un ricercatore o un docente arrivi ad identificare la scienza in se stessa con il proprio modo di farla – ce ne sono attualmente diversi esempi –, egli cessa con ciò stesso di fare della *scientia iuris*. Come quando si vuol privilegiare la ricerca storica rispetto alla ricerca dommatica – o magari *vice versa* –: la scriminante non sta nel punto di partenza che si adotta, nel modo che si sceglie per dipanare il discorso o nella prospettiva dalla quale ci si pone, oppure nel luogo dove si pongono le premesse. L'autentico discorso scientifico risulterà solo dalla compiutezza della visuale con cui esso viene condotto.

Quel che a me sembra chiaro è che la materia che noi chiamiamo «fondamenti del diritto europeo» corrisponde ad un modo di fare la scienza giuridica che si differenzia dagli altri modi perché si pone uno scopo particolare. E qui non posso che prendere posizione contro il discorso di coloro i quali negano che una scienza possa avere uno scopo particolare, oltre a quello della conoscenza del proprio oggetto. Non voglio certo negare che sia perfettamente corretto fare della scienza avendo per iscopo unicamente la scienza stessa: ma esistono vari scopi per cui si fa scienza, e gli scopi sono anche diversi. È chiaro che, ad esempio, la fisiologia e la biologia sono nate nella

* Università degli Studi di Genova.

prospettiva tecnologica della prassi della medicina, con lo scopo di agevolare la gestione della salute. La scienza giuridica stessa – anzi, in se stessa, per la sua connaturale tecnologia (*ars boni et aequi*) – è una scienza che ha uno scopo preciso. Essa serve al diritto, e il diritto ha uno scopo preciso: e quando la scienza giuridica perde il suo scopo, il lavoro scientifico vi smarrisce il proprio senso e, se non diventa inutile, esce comunque dalla sua specificità, confluendo nell’alveo di altre scienze o materie, come le scienze storiche o la filosofia. A volte, come si sa, è avvenuto.

Non voglio, a questo punto, fare un discorso sugli scopi dei «fondamenti del diritto europeo», ma semplicemente illustrare un concetto. La ricerca sui fondamenti del diritto europeo parte da un presupposto, che è un presupposto di metodo, non l’affermazione di una realtà univoca. Questo presupposto è che il complesso dei diritti oggi vigenti in Europa può essere considerato come un insieme: i rapporti fra questi diritti sono molto stretti anche se i vari diritti sono più o meno diversi. Non è il caso di dire che il suddetto insieme possiede una sua unità: si tratta di un complesso di diritti che ha senso considerare insieme perché ha una genesi comune, e la loro differenziazione stessa è differenziazione che parte da quell’origine comune. Quando dico tutto ciò, è chiaro che parlo del diritto che oggi si pratica e che viene studiato perché possiede in se stesso le caratteristiche che permettono di gestirlo scientificamente. Nella storia dell’Europa ci sono fasi di diritto non scientifico e differenziazioni geografiche. Ma la vicenda che i «fondamenti» riguardano è quella complessiva e prevalente – in quanto per vari *itinerari* generalizzatasi – che parte dal diritto romano e dal modo romano di gestire scientificamente il diritto: perché è questa vicenda che parte dal diritto romano ad aver prodotto i problemi del diritto europeo – e segnatamente quelli delle loro identità e delle loro differenze – perché anche i diritti europei che hanno radici non scientifiche sono passati attraverso i modi della gestione scientifica romana – o romanistica – delle norme, anche se consuetudinarie.

Un corso di «fondamenti del diritto europeo» non può dunque essere un corso di storia del diritto europeo. La storia vi ha certo una parte eminente, ma per la storia del diritto vi sono diversi altri corsi nella Facoltà di giurisprudenza. Un corso di «fondamenti del diritto europeo» non può essere neppure un corso di diritto romano. Anche per questo esistono altre voci nel *curriculum* degli studi giuridici. Certo le radici romane andranno esaminate con precisione – che siano dirette o, come avviene in certi casi, meno dirette –, ma l’idea di un diritto europeo moderno come recezione del diritto romano è un puro espediente narrativo. L’apporto romanistico al di-

ritto moderno è diverso e ben più intenso; il fondamento romano non ha romanizzato i diritti europei attuali, ma li ha fatti scientifici; ed il grande interesse dello studio di questo fenomeno sta nella considerazione della correttezza o incorrettezza con la quale ha avuto luogo tale fenomeno.

Beninteso: tutto ciò non può venire studiato ed esposto in generale, ma per singoli temi, singole regole o istituzioni, o anche solo atteggiamenti decisorî dei giudici. Il corso di fondamenti del diritto europeo non può essere che monografico, proprio perché il fenomeno che esso studia si è manifestato in modi differenziati nelle diverse tematiche. Può darsi che un lavoro di sintesi sia anche possibile: ma la ricerca sui fondamenti è oggi troppo giovane per essere affrontata a tale livello. Io spero solo che, se un giorno vi si arriverà, non si frantumi il discorso in una narrazione aneddotica di singole vicende, né si appesantisca l'intelligenza creando illusorie categorie interpretative macrostoriche, ma si operi con quella compenetrazione – non confusione, per carità – tra spirito storico e spirito dommatico che il Savigny aveva individuato – in astratto almeno, nel *vom Beruf* – come caratteristica del corretto operatore della scienza del diritto.

La 'verità':

valore sotteso alla definizione celsina del diritto

di Filippo Gallo*

SOMMARIO: 1. Disattenzione per la 'verità' nell'attuale scienza giuridica e ricerca del significato di *verus* in una selezione di testi di giuristi romani. – 2. Non de-gradabilità a *Leerformel* della definizione celsina del diritto, posta da Ulpiano a base della sua trattazione. – 3. 'Verità' della definizione celsina e suo difetto nella dottrina pura del diritto. – 4. Esclusione, nella definizione, dell'apparente carenza del riferimento alla prescrittività e coazione.

1. *Disattenzione per la 'verità' nell'attuale scienza giuridica e ricerca del significato di verus in una selezione di testi di giuristi romani*

Lelio Lantella ci ha offerto questa mattina le sue riflessioni sugli elementi (valori e principii) che formano oggetto, in relazione al diritto romano, di questa giornata di studi dedicata a Silvio Romano. Parlando, da parte mia, della 'verità', come valore sotteso alla definizione celsina del diritto, non sono sicuro di essere in piena sintonia con le sue determinazioni. Egli, da un lato, non colloca la 'verità' tra gli «oggetti che, nel discorso comune attuale, vengono qualificati 'valori'» e, dall'altro, nota che mancano, nel suo elenco, «i valori di qualificazione eulogica», così esemplificati: «certezza (del diritto), rapidità (delle decisioni, delle attività, dei processi, ecc.), economicità (dei procedimenti, delle soluzioni, ecc.), trasparenza (delle decisioni), eleganza (del ragionamento, della costruzione giuridica, della soluzione), ecc.».

Un dato è sicuro: nell'attuale scienza giuridica la 'verità' (intesa come conformità o rispondenza alla realtà, di cui sono parte le esigenze umane) non forma oggetto di speciale attenzione; non si suole cioè ricercare se in specie l'elaborazione dottrinale (una teoria, una definizione, un'interpretazione, ecc.) sia o non sia rispondente alla realtà¹. In assenza di indicazioni sul punto, non è agevole individuarne

* Università degli Studi di Torino.

¹ G. ZAGREBELSKY, nella recente pubblicazione *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2008, non si occupa della verità nella prospettiva, da me assunta, della rispon-

con certezza la ragione. Sono in gioco due elementi fra loro contrapposti: da un lato, la ritenuta ovvietà della rispondenza alla realtà dell'elaborazione dottrinale² e, dall'altro lato, lo spazio lasciato, in tale

denza alla realtà e alle esigenze umane. Anzi proprio questa prospettiva rende chiare le ragioni per cui non può accettarsi, a mio avviso, la sua posizione. Lo studioso prende esplicitamente le distanze dal pirronismo e, implicitamente (a me pare), dalle forme estreme del nichilismo. Egli scrive nella *Premessa* (p. VII): «Il dubbio..., al contrario del radicale scetticismo, presuppone l'afferrabilità delle cose umane, ma, insieme, l'insicurezza di averle afferrate veramente, cioè la consapevolezza del carattere necessariamente fallibile o mai completamente perfetto della conoscenza umana, cioè ancora la coscienza che la profondità delle cose, pure se sondabile, è però inesauribile». All'«etica della verità» Gustavo Zagrebelsky contrappone «l'etica del dubbio», esteso, nella sua prospettazione, a ogni sfera della conoscenza umana: non solo ai sommi problemi, quali l'origine dell'universo e della vita o l'esistenza di Dio, ma anche a tutti quelli relativi ai rapporti umani, formanti oggetto del diritto. Mi limito, nell'impossibilità di una disamina compiuta, ad alcuni rilievi. In primo luogo il dubbio sistematico e generale è sinonimo di relativismo, parente prossimo (sotto altro aspetto, una sorta di mascheramento) del nichilismo: non c'è infatti grande differenza, ai fini dell'agire pratico, tra il ritenere che non esista la verità e il credere che essa esista, ma non sia attingibile dall'uomo. Si tratta di un atteggiamento palesemente non produttivo nel campo giuridico, sia in merito alle soluzioni generali ed astratte, sia nei riguardi delle decisioni concrete. Si pensi all'emanazione di una legge o alla pronuncia di una sentenza in materia di furto o soppressione di neonati da parte di chi sia incerto se essi siano delitti o comportamenti leciti, o addirittura da incoraggiare. In secondo luogo non corrisponde alla realtà l'opinione che tutto, nell'esperienza umana e specificamente nel diritto (in merito tanto agli accadimenti naturali e ai comportamenti umani quanto al dettato legislativo o comunque alla normativa esistente), si presenti incerto. Non sono in discussione i limiti inerenti alla condizione umana, ai quali non è sottratta la conoscenza, e che, in quanto facenti parte della realtà, vanno tenuti in conto anche nell'elaborazione giuridica. Peraltro, nell'ambito di questi limiti, l'uomo ha di norma elementi conoscitivi sufficienti per orientarsi nella realtà terrena e nei rapporti con gli altri consociati. Non è necessaria, sul punto, una dettagliata esplicazione, rientrando tutto ciò nella comune esperienza: l'uomo, come ha imparato da epoca remota a fare l'olio con le olive, così sa che, per la pacifica convivenza, deve astenersi dal sottrarre o danneggiare le cose altrui e, viceversa, restituire ciò che ha ricevuto in prestito. Il quadro complessivo non è cambiato dalla possibilità di errori, che non sono mancati e non mancano nell'esperienza umana. In terzo luogo, nei casi di incertezza, che senza dubbio talora si presentano, ricorre il criterio del plausibile (di ciò che appare preferibile o meno peggio), già noto alla scienza giuridica romana. Inoltre, alla luce dell'esperienza concreta, potranno essere in seguito corrette, per il futuro, le eventuali scelte rivelatesi erranee.

Gustavo Zagrebelsky (*op. cit.*, p. 105) pensa che al presente «il binomio natura-artificio» sia «diventato insostenibile». Io credo che la distinzione tra elementi naturali ed elementi artificiali (prodotti dall'uomo autonomamente o interagendo con la natura) non sia venuta meno. Il diritto, come già indicato da Celso nella definizione in esame, è, nell'esperienza storica, un prodotto in tutto e per tutto artificiale.

² In contrasto peraltro col dato che, in varie teorie e concezioni, tale rispondenza è carente.

elaborazione, all'ideologia, che si sovrappone alla realtà, tendendo a sostituirla.

All'atteggiamento riferito ha pure partecipato la dottrina romanistica. Nelle fonti romane a noi pervenute è attestata la valutazione, circa la 'verità', di definizioni, distinzioni, teorie, pareri, ecc. Uno dei giuristi, per i quali è più frequentemente testimoniata siffatta valutazione, espressa con l'aggettivo *verus*, è Ulpiano, a cui è dovuta la citazione, conservata nel Digesto, della definizione del diritto di Celso figlio come *ars boni et aequi*³. È tuttavia finora mancata, a quanto mi risulta, da parte dei romanisti, una ricerca in argomento. Non fanno eccezione neppure gli autori che si sono occupati, anche di recente, della famosa presa di posizione ulpiana, secondo cui i giuristi perseguono, nella loro elaborazione, la *vera philosophia*, non quella *simulata*⁴. Il significato di *vera philosophia* è stato ricercato con sfoggio di cultura, ma senza tener conto dell'uso, da parte di Ulpiano, dell'aggettivo *verus* a proposito dell'attività dei giuristi. È stata così prospettata una serie di interpretazioni della locuzione, per lo più tra loro divergenti, ma accomunate dal prescindere dal significato preminente e comune di *verus* (= conforme o rispondente alla realtà), sicuramente presente nel linguaggio dei giuristi, tra i quali Ulpiano, e confermato, nel luogo in oggetto, dalla contrapposizione a *simulatus*. Indico, come esempio, l'opinione rielaborata dal Falcone, secondo cui Ulpiano avrebbe inteso replicare all'accusa, che era stata mossa da Cicerone ai giuristi nell'*oratio pro Murena* (§ 30), di praticare una *verbosa simulatio prudentiae*, ravvisando rispettivamente la *vera* filosofia nella *pars moralis* e quella *simulata* nella *pars dialectica* della filosofia stessa⁵. A prescindere da altri rilievi esposti altrove⁶, non pare dubbio che la 'verità' e la 'simulazione' possano rinvenirsi tanto nel campo giuridico che in quello filosofico – e, in quest'ultimo, sia nella *pars moralis* che nella *pars dialectica* –, come in qualsiasi altro ambito in cui opera la mente umana.

Come mostra il contesto, Ulpiano, parlando di *vera philosophia*,

³ D. 1.1.1pr. (Ulp. 1 *inst.*).

⁴ V., da ultimo, con citazioni della letteratura anteriore, V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. MANTOVANI e A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, p. 563 ss. La presa di posizione ulpiana ricordata nel testo si rinviene, com'è noto, nel frammento con cui si aprono i *Digesta* (D. 1.1.1.1 Ulp. 1 *inst.*)

⁵ G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D. 1.1.1.1)*, in *AUPA* 49 (2004), p. 111 s.

⁶ F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Tradizione romanistica e Costituzione* (dir. L. LABRUNA, a cura di M.P. BACCARI e C. CASCIONE), 2, Napoli 2006, p. 1955 ss.

si è riferito all'elaborazione dei giuristi, da lui contrapposta a quella svolta in campo filosofico e giudicata (per l'ambito giuridico) un sapere simulato, in quanto rispondente solo in apparenza alla realtà e alle esigenze umane. La circostanza che il giureconsulto ha enunciato la propria critica nel manuale istituzionale fa ritenere che egli abbia avuto di mira concezioni, per un verso, concernenti il diritto e, per l'altro, in auge al suo tempo. Erano tali le idee radicate nella visione del diritto naturale e tramandate congiuntamente ad essa nella filosofia stoica, alla cui diffusione nella cultura romana aveva concorso, in misura rilevante, Cicerone. Esistono elementi, se pure trascurati, da cui risulta che Ulpiano prese le distanze da tale visione e dalle concezioni in cui si concretava. È sufficiente ricordare qui che egli ridusse il *ius naturale*, raffigurato in un passo ciceroniano come *vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna*⁷, alla partizione del diritto privato (affiancata a quelle già prima individuate del *ius civile* e del *ius gentium*), priva di ogni significato pratico, in quanto formata da elementi di carattere giuridico (costituenti una partizione del diritto privato), presentati come comuni agli uomini e agli altri animali, mentre l'asserita comunione giuridica non esisteva (né avrebbe potuto esistere), dato che gli animali diversi dal *genus humanum* risultavano esclusi dalla stessa soggettività giuridica. A differenza degli schiavi, che erano volta a volta considerati *personae* e *res*, i predetti animali erano esclusivamente *res*.

L'intrinseca contraddizione presente nella teorizzazione ulpiana circa il *ius naturale*, può sembrare superata, sul piano enunciativo, pur non essendolo su quello delle cose, grazie al diverso significato che presenta, nel discorso del giurista, l'aggettivo *communis*, come emerge, in specie, dalla raffigurazione del *ius gentium*: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit*⁸. La *stipulatio*, istituto del *ius gentium*, è comune

⁷ Si tratta di *de rep.* 3.22.33 [K. ZIEGLER], di cui riferisco i passaggi più significativi: *est quidem vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnis, constans, sempiterna... huic legi nec obrogari fas est, neque derogari aliquid ex hac licet, neque tota abrogari potest, nec vero aut per senatum aut per populum solvi hac lege possumus, neque est quaerendus explanator aut interpret Sextus Aelius, nec erit alia Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus: ille huius legis inventor, disceptator, lator...* La distanza, rispetto alla teorizzazione ulpiana del diritto naturale, appare abissale. Per altri testi ciceroniani in argomento v. W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto*, Roma 2001, p. 83 ss.

⁸ D. 1.1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*).

ai romani e ai peregrini nel senso che viene conclusa tra gli uni e gli altri; viceversa la *maris atque feminae coniunctio* è comune agli uomini e agli altri animali nel senso che esiste sia tra i primi che tra i secondi, non in quello che si pratica tra gli uni e gli altri⁹.

Sgombrato il terreno dall'equivoco terminologico rilevato, rimane il dato della realtà che il diritto è in tutto e per tutto un affare umano: è prodotto dall'uomo per disciplinare i rapporti umani. E rimane insieme il fatto che la configurazione ulpiana del diritto naturale non ha incidenza pratica su tale disciplina¹⁰.

Non è possibile, nella presente relazione, svolgere l'indagine, tuttora mancante, circa l'impiego di 'verus' e 'veritas' almeno nelle fonti giuridiche romane. Cito tuttavia alcuni testi in materia (in parte rilevante ulpiani), a dimostrazione, da un lato, dell'opportunità della ricerca auspicata, e a suffragio, dall'altro, dell'interpretazione affacciata della locuzione *vera philosophia* usata da Ulpiano a proposito dell'attività dei giuristi¹¹.

Ulp. (11 *ad ed.*) D. 4.3.1.1-2: *Verba autem edicti talia sunt: 'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et in-*

⁹ La suggestione dell'esistenza di una comunanza giuridica tra gli uomini e gli altri animali è aumentata, al livello rappresentativo, dalla puntualizzazione *inter se*, ricorrente nella parte finale del brano riportato, relativa al *ius gentium*, ma da riferire, alla luce del contesto, anche al *ius naturale* prima menzionato: *quia illud [il ius naturale] omnibus animalibus, hoc [il ius gentium] solis hominibus inter se commune sit*. La puntualizzazione, calata nella realtà, conferma peraltro l'inesistenza, nella stessa, della comunione giuridica raffigurata col *ius naturale*. L'elemento già addotto della *maris atque feminae coniunctio* evidenzia che l'*inter se* non trova applicazione entro la sfera di tale diritto, ma nei più ristretti e distinti ambiti, esistenti al suo interno, del genere umano e delle diverse specie o classi degli altri animali.

¹⁰ Le difficoltà alle quali dà luogo la teorizzazione ulpiana del diritto naturale non possono essere risolte, a mio parere, come pure è stato sostenuto, nella prospettiva della manipolazione. È in particolare da escludere l'attribuzione di essa ai giustiniani, i quali inserirono nelle *Institutiones* (1.2.11) una concezione profondamente diversa circa i *iura naturalia* (risultanti dalla combinazione della visione stoica con quella cristiana della divina provvidenza). Sulla configurazione ulpiana del *ius naturale*, nel quadro della tripartizione da lui formulata del diritto privato, v. F. GALLO, 'Ars boni et aequi' e 'ius naturale', in corso di stampa in *SDHI*, 75 (2009). Se pure la trattazione è svolta da un'angolazione e a fini particolari, penso si possa dire, con buon fondamento, che Ulpiano accolse la concezione dell'artificialità del diritto, enunciata nella definizione celsina dello stesso come *ars boni et aequi*, rifiutando e criticando in coerenza quella contrastante, tramandata nella filosofia stoica, della sua naturalità. Ulpiano cercò la conciliazione dell'idea del diritto naturale con quella dell'artificialità del diritto, riducendo il primo all'ordine preesistente, nella realtà terrena, agli interventi umani e modificabile in ogni tempo dall'uomo con le determinazioni del *ius gentium* e del *ius civile*.

¹¹ Cfr., ad altro proposito, Pap. (24 *quaest.*) D. 50.17.76: *In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.*

sta causa esse videbitur, iudicium dabo'. dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam, alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est¹².

Ulp. (4 ad ed.) D. 2.14.7.14: *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re imperio praetoris versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit¹³.*

Gai 1.190: *Feminas vero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio suasisse videtur; nam quae vulgo creditur, quia levitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa videtur quam vera: mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur¹⁴.*

Ulp. (1 ad l. Iul. et Pap.) D. 1.9.7.1: *Item Labeo scribit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: nec enim proprie senatoris filius dicitur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur. si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit¹⁵.*

Ulp. (48 ad Sab.) D. 45.1.1.6: *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est:*

¹² Cfr. Pomp. (5 ad Q. M.) D. 34.2.10 e, in generale, a proposito della verità o falsità nel discorso, Iul. (l. sing. de amb.) D. 34.5.13 (14), in part. § 3.

¹³ Cfr. Ulp. (11 ad ed.) D. 4.3.9.3.

¹⁴ Cfr. Paul. (l. sing. ad l. Falc.) D. 35.2.3 pr.

¹⁵ Cfr. Ulp. (16 ad ed.) D. 6.1.13; (70 ad ed.) D. 6.1.25; (16 ad ed.) D. 6.2.9.4, nonché, in merito alla verità dell'opinione, Pomp. (1 sen. cons.) D. 16.1.32.1 e Iav. (7 epist.) D. 28.5.11.

idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem.

Nei passi scelti l'aggettivo *verus* esprime sempre, con diverse sfumature, connesse alla diversità delle situazioni, la rispondenza alla realtà. La valutazione di quest'ultima è fatta dall'uomo, che peraltro, con le sue esigenze, ne è nel contempo parte. Il diritto è un elemento artificiale, sovrappoentesi, come tale, alla realtà, ma, una volta posto, ne diviene parte.

Il dolo, alla cui definizione, dovuta a Labeone, è attribuita da Ulpiano la qualifica *vera*, è un'entità giuridica, alla cui conformazione concorrono al solito un profilo prescrittivo ed uno concettuale. Le relative definizioni di Servio e di Labeone attengono al secondo profilo, esprimendone la nozione, individuata in entrambe in una *machinatio*, posta in essere per trarre in inganno un soggetto nell'attività negoziale. Servio peraltro richiese, insieme alla *machinatio*, la simulazione (*aliud simulatur, aliud agitur*). Come si è detto, Ulpiano ritenne preferibile, qualificandola *vera*, la nota definizione di Labeone *omnis calliditas fallacia machinatio ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibita*. Con tale qualifica Ulpiano intese dire che la definizione labeoniana corrisponde a quello che il dolo è effettivamente nella realtà. La 'verità' della definizione, affermata dal giureconsulto severiano, trova conferma nel fatto che ancora al presente l'essenza del dolo negoziale è ravvisata nel raggiro.

In D. 2.14.7.14 Ulpiano qualifica *vera* una *distinctio*, anch'essa dovuta a Labeone. Alcuni avevano sostenuto l'invalidità della pattuizione *ne operis novi nuntiationem exsequar*, in quanto in essa era coinvolto l'*imperium* del pretore. Labeone, invece, distinse a seconda che la denuncia di nuova opera fosse stata fatta *ex re familiari*, nel qual caso la *pactio* era lecita, ovvero *de re publica*, nel quale la stessa era viceversa illecita. In questo caso (nei riguardi cioè della distinzione labeoniana) la 'verità' è data dalla congiunta rispondenza alla realtà e alla relativa disciplina giuridica. Lo stesso deve dirsi per la generalizzazione che segue nel testo (la libertà di pattuire anche in merito a tutte le altre clausole dell'editto pretorio, purché non abbiano riguardo a una lesione pubblica, ma ad un interesse privato), giustificata col dato che la legge (il riferimento è alle XII tavole) consente di *et de furto pacisci*.

Nel passo gaiano la qualifica *vera* ricorre in una argomentazione

volta a contestare la fondatezza della *ratio* comunemente addotta della tutela muliebre. Essa si svolge in questi passaggi: non esiste alcuna *ratio* plausibile per sottoporre a tutela le donne *perfectae aetatis*; certo quella che si adduce (siccome le donne, a causa della leggerezza d'animo, vengono sovente ingannate, parve congruo che vengano guidate dall'*auctoritas* del tutore) è più appariscente che vera; in effetti esse trattano da se stesse i propri affari, in taluni casi il tutore interpone l'*auctoritas* come mera formalità, e spesso è costretto a interporla contro il proprio volere. Al solito la qualifica *vera* esprime l'aderenza alla realtà, ma con speciale riguardo alle esigenze umane, che giustificano norme e istituti giuridici. È da sottolineare, nel discorso gaiano, la correlazione posta tra l'inesistenza, almeno come regola, della *levitas animi* delle donne e quella dell'*aequitas* della loro sottoposizione alla tutela. Secondo il giureconsulto, le norme e gli istituti giuridici non rispondenti alla realtà, di cui sono parte le esigenze umane, non sono neppure equi.

In D. 1.9.7.1 Ulpiano qualifica *vera* la *sententia* di Proculo e Pegaso, secondo i quali non è figlio di senatore colui che è stato concepito ed è nato dopo che il padre è stato rimosso dal senato. La 'verità' della *sententia* è ravvisata nella congiunta rispondenza alla realtà e alla regola giuridica: è figlio di senatore chi nasce da un senatore ed è tale chi riveste, e finché riveste, la carica. Proseguendo nella disamina Ulpiano pervenne a puntualizzare che, per colui che è stato concepito quando il padre rivestiva la carica senatoriale, ma è nato dopo che lo stesso ne è stato rimosso, si debba propendere per la condizione di figlio di senatore, risultando decisivo per la determinazione, così come avevano reputato i più, il momento del concepimento. Ulpiano, come i *plerique*, ritenne rispondente alla realtà (risultante dal dato incontrovertibile che tutti gli esseri umani viventi sono stati concepiti), l'individuazione dell'inizio della vita, non dal momento della separazione dal corpo materno, ma da quello anteriore del concepimento, senza il quale non può esserci nascita. Anche in difetto di altre conoscenze, l'attenzione alla realtà rendeva evidente che la vita al di fuori del corpo materno è la prosecuzione di quella dentro di esso, il cui inizio risale appunto al concepimento.

Nell'ultimo passo citato Ulpiano riferisce la scrittura di Sabino, secondo cui i contraenti, nel concludere la *stipulatio*, possono esprimersi in qualsiasi lingua, purché l'uno conosca quella dell'altro. Nel caso considerato la 'verità' consiste in primo piano nella conformità alla fondamentale esigenza dell'attività contrattuale che ognuna delle parti conosca la volontà manifestata dall'altra o dalle altre. Il vero interprete è quello che, grazie all'adeguata padronanza delle diverse lingue usate, assicura tale conoscenza.

2. Non degradabilità a Leerformel della definizione celsina del diritto, posta da Ulpiano a base della sua trattazione

L'esame condotto, se pure solo in via esemplificativa, circa l'uso di 'vero' nelle fonti giuridiche romane a noi pervenute, fornisce indici per la valutazione della 'verità' della definizione celsina del diritto¹⁶. Credo tuttavia opportuno sgomberare preliminarmente il terreno da una possibile obiezione e da una critica radicale, che riscuote ancora adesioni.

A) Ulpiano, mentre, come si è visto, qualificò 'vera' la definizione labeoniana del dolo, usò, a proposito della definizione celsina del diritto, l'avverbio *eleganter*. Potrebbe arguirsi che il giurista severiano non abbia riconosciuto alla definizione celsina l'indicata qualifica. L'illazione è peraltro priva di fondamento. Ogni entità presenta solitamente più aspetti e ciascuno, nel considerarla, è orientato dalle proprie propensioni e dai fini che persegue a porne in risalto uno piuttosto che un altro. *Eleganter*, a proposito dell'attività umana, evoca la finezza, la precisione, la sagacia, qualità tutte che sembrano implicare, in specie quando essa è indirizzata, come nel campo giuridico, a fini pratici, l'aderenza alla realtà. La sua implicazione è in ogni modo sicura nel pensiero di Ulpiano, il quale non si limita a riferire la definizione celsina, ma la assume come base della propria argomentazione volta a mostrare il nesso esistente tra il *ius* e la *iustitia* e a delineare i compiti del giurista, esplicitati nel *iustitiam colere et boni et aequi notitiam profiteri*, mediante la separazione dell'equo dall'iniquo, il discernimento del lecito dall'illecito, lo sforzo di rendere gli uomini migliori non solo col timore delle pene, ma altresì con l'esortazione dei premi, e il perseguimento, con ogni forza, della *vera philosophia*, non di quella simulata. Chiaramente, in assenza della verità della definizione celsina, cadrebbe l'intera costruzione del giureconsulto.

B) Ogni elemento della definizione celsina è stato oggetto di in-

¹⁶ In *Rhet. ad Her.* 2.13.20 la *veritas* è posta in connessione col *ius ex aequo et bono*: *Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere, quod genus ut maior annis LX et cui morbus causa est, cognitorem det. Ex eo vel novum ius constitui convenit ex tempore et ex hominum dignitate.* [L'inserzione di *et utilitatem* – ritenuta necessaria per dare un significato all'aggettivo che segue *communem* – è generalmente accettata]. Nel confronto tra questo testo e la definizione celsina del diritto, occorre peraltro tenere presente la fondamentale differenza che intercorre tra essi: nel primo il *ius ex aequo et bono* è una partizione del diritto (cfr. *Rhet. ad Her.* 2.13.19); viceversa nella seconda tutto il diritto, in quanto versato nell'*ars boni et aequi*, presenta i connotati espressi col binomio.

terpretazioni distorte, tendenti ad omologarla alle nostre attuali concezioni. Così il segno *ius*, con cui è espresso il *definiendum*, è stato inteso, senza alcun indizio a favore, nel senso di *scientia iuris*; il segno *ars*, con cui è indicato, nel *definiens*, il genere prossimo, è stato inteso nel significato di sistema, in contrasto col suo significato comune e, specificamente, con quello che presenta nelle definizioni di attività umane; il segno *aequum*, che, insieme a *bonum* enuncia, sempre nel *definiens*, la differenza specifica, è stato inteso nel significato di giusto, in opposizione alle perspicue risultanze delle fonti¹⁷.

Al presente è largamente riconosciuto che, nella definizione celsina, *ius* significa diritto, *ars* indica le cognizioni teoriche, le capacità pratiche e le attività occorrenti per dar vita ad esso e renderlo operante (per la sua produzione, interpretazione, elaborazione e applicazione) ed *aequum* non richiama la giustizia, ma l'eguaglianza nel senso elastico, quale si attaglia al diritto, e cioè proporzionale¹⁸. Persistono

¹⁷ V. più ampiamente F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53 (1987), p. 7 ss. (= *Opuscula selecta*, a cura di F. BONA e M. MIGLIETTA, Padova 1999, p. 553 ss.). P. VOCI, 'Ars boni et aequi', in *Index*, 27 (1999), p. 1 [= *Ultimi studi di diritto romano* (a cura di R. ASTOLFI), Napoli 2007, p. 292], scrive che «*iustum*, le poche volte che si incontra nei giuristi, vale come *aequum*, tanto che Gaio, nello stesso testo» [D. 3.5.2] «usa prima *aequum* e poi *iustum*». Il dato non suffraga tuttavia l'illazione dello studioso che *aequum* significhi «conforme a giustizia, giusto». Per la soluzione del problema (che non può essere qui compiutamente svolto), vanno tenuti in conto questi elementi: a) prima della puntualizzazione fatta da Celso nella sua definizione del diritto, si riteneva ricompreso nell'*aequum* anche il *bonum* [pure nella costituzione italiana risulta enunciata solo l'eguaglianza (art. 3); la ragionevolezza – esprimente, in forma astratta e con mutata prospettiva, il *bonum* – è stata da essa enucleata, in via interpretativa, dalla Corte Costituzionale]; b) l'aggettivo *iustus*, in coerenza alla sua derivazione etimologica, prima di indicare la conformità alla giustizia, ha indicato quella al diritto, recante i connotati del buono e dell'equo; c) come mostra, ad esempio, il confronto di Gai. 3.149 con *Inst.* 3.25.2, i giustinianeî tendevano a sostituire, nei testi classici, *iustum* ad *aequum*: la sostituzione è espressione della loro preferenza per l'idea astratta e vaga di giustizia, rispetto a quella concreta e determinata di *aequum*. Osservo ancora che, nel frammento gaiano addotto dai Voci (D. 3.5.2, in tema di *negotiorum gestio*), il giurista classico non ha usato *aequum* nel senso di giusto (quale tendevano ad intenderlo i giustinianeî e lo intendiamo noi), bensì *iustum* nel senso di equo (conforme cioè al diritto caratterizzato dal *bonum et aequum*): ...et sane sicut *aequum* est ipsum [il gestor dei negotia dell'assente] actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso *iustum* est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. Non è dubbio che il criterio che sorregge entrambe le enunciazioni, la prima retta da *sicut* e la seconda da *ita*, è quello dell'uguaglianza proporzionale (se si vuole quello dei sommi criteri ispiratori del diritto costituiti dal *bonum et aequum*).

¹⁸ Argomenti sull'ultimo punto, nella linea sostenuta nel testo, sono stati portati recentemente da F. GORIA, *La definizione del diritto di Celso nelle fonti giuridiche dei secoli VI-IX e l'Anonimo sulla strategia*, in G. SANTUCCI (a cura di) «*Aequitas*».

però ancora, anche tra i romanisti, riserve e perplessità, nei riguardi della definizione celsina, dipendenti dalla convinzione, o almeno dal dubbio, che essa sia una formula vuota riempibile di ogni contenuto. La convinzione che si tratti di una *Leerformel* è espressa con la consueta chiarezza da Mario Talamanca nel suo manuale istituzionale¹⁹ e trova condivisione, se pure non tradotta in trattazione scritta, da parte di altri studiosi. Nel recente convegno della SIHDA, a Catania, l'obiezione della *Leerformel* mi è stata affacciata da voi colleghi in colloqui seguiti alla mia relazione, tenuta, ad altro proposito, sulla definizione celsina²⁰.

Tale obiezione ha radici profonde nella scienza romanistica. Fritz Schulz, nella sua *Storia della giurisprudenza romana*, apparsa a cavallo della metà del secolo scorso in edizione inglese, tedesca e italiana e costituente tuttora (senza togliere merito a opere coeve e successive) un punto di riferimento basilare in materia²¹, commentò il brano ulpiano, in cui è citata la definizione celsina, in termini lapidari. Riferisco la formulazione dell'edizione tedesca, che rispecchia meglio, a mio parere, il suo pensiero: «Eine oberflächliche, nichtssagende Formel. Und Ulpian nennt sie elegant! Es ist die einzige Definition von *ius* in unsern Rechtsbüchern»²².

Lo studioso se la sbrigò in due righe. Egli considerò la definizione celsina come un elemento a se stante, avulso dal contesto, esprimendo nei suoi confronti un giudizio tanto negativo da essere difficilmente pensabile: essa è una formula superficiale e nulladidente (meno, se possibile, di insignificante). Più che di una critica, si trattò, dal suo punto di vista, di una constatazione, da cui egli si sentì esonerato non soltanto dal giustificare il proprio assunto, ma altresì dall'esaminare il contenuto della definizione, cosa d'altronde inutile e impossibile, stante il suo preconetto che essa non dica nulla.

Anche la qualifica di elegante, attribuita da Ulpiano alla definizione celsina, è considerata dallo studioso tedesco quale elemento isolato, avulso dal contesto. La ritenuta radicale inattendibilità di tale

Giornate in memoria di Paolo Silli (Atti convegno Trento 11-12/4/2004), Padova 2006, in part. p. 285 s. L'immanenza dell'eguaglianza nel diritto appare già enunciata in Cic. *de inv.* 2.22.68: *par, quod in omnes aequabile est*. L'aggettivo *aequabilis* esprime l'eguaglianza con la modulazione della proporzionalità.

¹⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 38 s.

²⁰ *La definizione celsina del ius nel sistema repubblicano e imperiale e nel sistema della compilazione giustiniana*.

²¹ F. SCHULZ, *History of Roman legal science*, Oxford 1946; *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961; *Storia della giurisprudenza romana* (trad. G. NOCERA), Firenze 1968.

²² F. SCHULZ, *Geschichte*, cit., p. 160.

qualifica è da lui espressa, in connessione col giudizio prima esposto sulla definizione, mediante un punto esclamativo. Per quanto possa stupire, non si può non rilevare che Fritz Schulz non ha tenuto conto che il giurista severiano non si è limitato a parlare di eleganza a proposito della definizione celsina, ma ha colto in essa il significato profondo del diritto, avvalendosi, come già si è rilevato, sia per l'individuazione del nesso tra il diritto stesso e la giustizia, sia per la determinazione dei compiti dei giuristi, il tutto in dissonanza con le concezioni dominanti nel tempo in cui lo studioso fu scientificamente attivo.

A conclusione del commento al brano ulpiano considerato, Fritz Schulz rilevò che la definizione celsina è la sola definizione di *ius* tramandata nei testi giuridici romani a noi noti. Il rilievo, almeno per se stesso, non è peraltro in linea con la tesi da lui sostenuta. I *prudentes* romani solevano criticare, correggere e modificare enunciazioni e definizioni di altri giuristi anteriori o coevi da essi ritenute inadeguate, mentre ovviamente si astenevano dal farlo nei casi in cui le reputavano corrette. Rimanendo nell'ambito dei dati già richiamati, Labeone corresse la definizione serviana del dolo, mentre Ulpiano accolse, qualificandola 'vera', quella labeoniana. Lo stesso Ulpiano accolse e utilizzò la definizione celsina del diritto, giudicandola elegante, sul presupposto, come si è visto, della sua 'verità'. I dati di cui disponiamo inducono a ritenere che la definizione in questione, riferita da Ulpiano e ricevuta nei *Digesta*, non sia stata oggetto di critiche nel corso dell'esperienza romana.

Il rilievo in esame dello studioso tedesco assume significato dal convincimento, al suo tempo largamente diffuso, secondo cui i giuristi romani, dediti alla concretezza, non amavano le astrazioni e definizioni, non avevano con esse dimestichezza e, in definitiva, per quanto attiene alle seconde, non le sapevano solitamente fare²³. A proposito del diritto – lascia intendere Fritz Schulz – essi hanno lasciato un'unica definizione e anche questa fallita e da dimenticare, in quanto consistente in una formula superficiale e senza significato. Convinto

²³ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München 1934, p. 27 ss.; *I principii del diritto romano* (a cura di V. ARANGIO-RUIZ), Firenze 1946, p. 34 ss. (a p. 35 si rileva «la singolare riluttanza dei romani all'astrazione», a p. 37 la loro «riluttanza a fissare i concetti giuridici» e a p. 39 si puntualizza che le definizioni tramandate nelle «nostre fonti... sono spesso molto imperfettamente costruite»). In controtendenza, meritoriamente, R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966 (v. p. 1 ss. lo stato della dottrina in cui lo studioso è intervenuto), se pure non può accogliersi, a proposito della definizione celsina del *ius*, come mostra anche la presente relazione, la sua diagnosi (*op. cit.*, p. 184) che, «sotto l'aspetto tecnico», si tratti «probabilmente di una definizione metaforica *per laudem*».

che il diritto si identifichi con le norme, lo studioso rifiutò aprioristicamente la sua definizione come *ars boni et aequi*, senza vagliarne la fondatezza e la compatibilità con l'indispensabile presenza, in esso, delle norme.

Fritz Schulz non era sicuramente uno sprovveduto, ma uno studioso di alto valore, che si rivolgeva nel suo lavoro scientifico ad altri studiosi, *in primis* ai romanisti. Egli diede per scontati e pacifici gli elementi che stavano a base del suo giudizio radicalmente negativo sulla definizione celsina. E in ciò colse nel segno, come mostra la mancanza di reazioni alla sua demolizione della definizione stessa (demolizione che, a ben vedere, ne giustificava *a posteriori* la già avvenuta rimozione dalla scienza giuridica anche romanistica) nei decenni centrali del secolo scorso²⁴.

Oggi il pregiudizio circa la supposta inettitudine dei giuristi romani per le definizioni e, in generale, le astrazioni, appare caduto. E non ne mancano le ragioni.

La concretezza si contrappone all'astrattezza, ma coesiste fin da epoca antichissima, nel pensiero umano, con l'astrazione, indispensabile anche nel campo giuridico: l'idea della norma (o regola), assai più risalente dell'esperienza romana, implica (ha connotate in se stessa) la generalità ed astrattezza. La concretezza non esclude definizioni e astrazioni, ma ne postula l'aderenza alla realtà.

Grazie alla loro formazione, i giuristi romani avevano mediamente una conoscenza migliore di quelli attuali delle regole e insidie dell'attività definitoria. La definizione celsina del diritto rispetta tali regole e, come mi propongo di dimostrare nella mia esposizione, è modellata sulla realtà. Per altro verso, nelle moderne trattazioni sul diritto, alla definizione di esso tende ad essere sostituita quella di norma o di ordinamento, considerato come un insieme di norme. Nelle stesse manca solitamente l'individuazione del *genus* in cui sussumere il diritto. Tralascio l'approfondimento di queste questioni di grande interesse, ma esorbitanti dal mio tema odierno, e rientro in esso, cercando di dare risposta alla domanda: perché si continua a ritenere che la definizione celsina del diritto sia una *Leerformel* o almeno si manifestano ancora dubbi al riguardo?

Un aiuto alla risposta è fornito dalla trattazione già citata di Mario Talamanca, dove egli, al fine di dare «una traduzione letterale ed aproblematica» della definizione celsina, rende *ars boni et aequi* in «scienza pratica che ha ad oggetto il buono e il giusto»²⁵. A pre-

²⁴ Come si è visto, la definizione non è recuperata alla scienza giuridica neppure dal Martini.

²⁵ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 38.

scindere dal rilievo che il sintagma «scienza pratica» si presenta riduttivo rispetto ad *ars*, evocante, insieme al conoscere, anche il fare (l'attività pratica in cui si estrinseca ciascuna *ars*), appare discutibile che «giusto» possa considerarsi la traduzione più attendibile, letteralmente, di *aequus*, il cui significato principale è 'uguale', 'piano', ed è certo che «il giusto», in assenza di criteri per la sua determinazione, è uno dei concetti più controversi e, nel contempo, più vaghi, riempibile da ciascuno in base alle proprie convinzioni e ai fini perseguiti e riempito volta a volta, nell'esperienza storica, in modi diversi. *Aequum*, così inteso, è realmente una *Leerformel* e il Talamanca è stato coerente nel ricondurre ad essa la definizione celsina, quale da lui concepita.

Al presente *aequum*, nella definizione celsina, viene più spesso reso con 'equo'. Tuttavia l'appiattimento, ancora frequente, dell'equo nel giusto non consente di uscire dalla prospettiva della *Leerformel*, al qual fine è necessario intendere 'equo' nel senso dell'eguaglianza proporzionale, percependo, nel *bonum et aequum*, il profilo dei criteri.

Si tratta di un punto nodale, su cui è opportuno un chiarimento.

Il profilo dei criteri – congiunto a quelli dei fini perseguiti e dei connotati richiesti in quanto viene prodotto – è immanente nella concezione del diritto come *ars*, espressa con la sussunzione nel *genus* in essa ravvisato. Questa concezione, rimossa da secoli dalla scienza giuridica, è apparsa, oltre che contrastante, incompatibile con quella normativa, elaborata in suo luogo e tuttora ampiamente diffusa. In coerenza alla concezione del diritto come *ars* si individuano i fini con esso perseguiti, i criteri che guidano nella sua produzione, interpretazione, elaborazione ed applicazione e i connotati che devono presentare le loro esplicazioni. Viceversa, in base alla concezione normativa, si individuano nel diritto gli elementi della prescrittività e della coazione.

Come conclusione, in merito alla tesi considerata di Fritz Schulz, rilevo che è consono al convincimento che la sostanza del diritto consista nella prescrittività e coazione ritenere che la relativa definizione come *ars boni et aequi* non dica niente in ordine ad esso.

L'avvenuta rimozione della definizione celsina del diritto dalla scienza giuridica ha avuto conseguenze che pesano tuttora sulla scienza stessa. Un esempio significativo è dato dalla mancata percezione del significato dell'eguaglianza e ragionevolezza nelle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo e in carte costituzionali del nostro e di altri Paesi.

Limito la considerazione all'esperienza italiana.

Come ho già rilevato in altri scritti, la ragionevolezza e l'eguaglianza rappresentano la formulazione astratta del concreto binomio

bonum et aequum (ciò che è buono e rispondente all'eguaglianza proporzionale) della definizione celsina. Nella nostra costituzione l'eguaglianza, da cui è stata enucleata la ragionevolezza, è contemplata nell'art. 3 sotto i *Principi fondamentali*. Lelio Lantella, il quale non si è occupato del criterio, puntualizza che «il principio è una regola direttiva non *sottordinata* ad altre norme e *sovraordinata* ad altre». A rigore l'eguaglianza e la ragionevolezza non appaiono comprimibili in questa rappresentazione, non essendo, da un lato, sottordinate ad alcuna norma, ed essendo, dall'altro, sovraordinate a tutte. Esse non stanno neppure sullo stesso piano degli altri precetti disposti dai costituenti nel novero dei principi fondamentali, fra cui figurano la tutela delle minoranze linguistiche (art. 6), il riconoscimento che «tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge» (art. 8), la promozione dello sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica, nonché la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione (art. 9), ecc. È certo infatti che pure questi precetti sono sottordinati all'eguaglianza e alla ragionevolezza, le quali permeano l'intero ordinamento.

Lelio Lantella sembra muoversi nella visuale normativa, limitando la considerazione alle norme, mentre, secondo la prospettiva celsina, aderente alla realtà, del versamento del diritto nell'*ars*, l'eguaglianza e la ragionevolezza afferiscono all'intero fenomeno giuridico: esse precisamente guidano (devono guidare) non solo la produzione del diritto, ma altresì la sua interpretazione, elaborazione e applicazione.

Il genere più appropriato, in cui sussumere l'uguaglianza e la ragionevolezza, appare quello del criterio. Nel nostro sistema esse sono stabilite (più esattamente recepite) da una norma costituzionale, ma, a differenza di tutte le altre norme costituzionali e non costituzionali, che disciplinano determinati ambiti e settori, costituiscono appunto i criteri per disciplinarli tutti.

3. 'Verità' della definizione celsina e suo difetto nella dottrina pura del diritto

Chiarito che Ulpiano, il quale ha qualificato elegante la definizione celsina del diritto, l'ha pure ritenuta vera e mostrata l'inconsistenza delle ragioni per cui essa è stata generalmente – ed è ancora in qualche misura – reputata una formula vuota, cerco ora di metterne in luce la 'verità' negli aspetti più rilevanti.

Celso, nella sua definizione, sussunse il *ius* nel genere *ars* e ne indicò la nota specifica nel *bonum et aequum*. I due elementi sono tra loro strettamente connessi.

Col segno *ars* i romani indicavano tutte le attività (materiali, intellettuali e miste) poste in essere dall'uomo nella realtà terrena, nella quale esistono cose e si producono accadimenti ad opera della natura e, rispettivamente, dell'uomo. Si individua, insomma, la *summa divisio* tra il naturale e l'artificiale. Nell'ambito di quest'ultimo si hanno settori (quali l'agricoltura, la medicina, la cucina, la pettinatura dei capelli) in cui l'attività umana interagisce con la natura e settori in cui ciò non avviene (o non appare avvenire), come nella musica, nella matematica, nel linguaggio, nel diritto; in particolare quest'ultimo è stato ed è ancora, nell'esperienza umana, un elemento in tutto e per tutto artificiale: è prodotto, osservato, violato, interpretato, elaborato ed applicato dall'uomo.

La sussunzione del diritto nell'*ars* è, quindi, conforme alla realtà e a una concreta esigenza. È in effetti percepito nella comune esperienza che l'atteggiamento e l'agire umano sono, ad esempio, diversi nel difendersi dalla grandine o dalla bora e, rispettivamente, nel costruire una casa o una barca, così come nel produrre e applicare il diritto.

È peraltro possibile che Celso abbia avuto una specifica sollecitazione a formulare la definizione del diritto. Come ho già notato, al di là della derivazione dal predetto giurista, non sappiamo nulla circa il contesto e la stessa opera in cui la definizione era contenuta. Abbiamo tuttavia conoscenza di alcuni elementi aventi con essa attinenza. Da tempo erano penetrate nella cultura romana dottrine della filosofia, in specie stoica, tra le quali la concezione del diritto naturale eterno ed immutabile. Questa concezione, alla cui diffusione in tale cultura aveva dato, come ho già rilevato, un contributo rilevante Cicerone, continuò a tramandarsi nel quadro del sapere filosofico, ricevendo qualche attenzione anche da parte dei giuristi²⁶.

Orbene l'idea in oggetto del diritto naturale contrasta frontalmente con l'artificialità del *ius* (dell'intero fenomeno giuridico) affermata da Celso.

Ulpiano, a cui è dovuta la nostra conoscenza della definizione del diritto come *ars boni et aequi*, la riferì, come sappiamo, nell'*incipit* delle sue *Institutiones*, ricollegando ad essa sia la connessione del diritto con la giustizia, sia i compiti riconosciuti ai giuristi, e concludendo il discorso in argomento con la puntualizzazione che essi perseguono la vera filosofia, non quella simulata. La filosofia simulata non poteva essere che quella dei filosofi, i quali continuavano a sostenere e tramandare, in contrasto col dato oggettivo che il diritto è

²⁶ Cfr. F. GALLO, '*Ars boni et aequi*', cit.

un prodotto umano, l'idea del diritto naturale eterno e immutabile. Questa stessa idea era sostenuta, in campo filosofico, al tempo di Celso, nella cui definizione del diritto l'affermazione della sua artificialità risultava, da un lato, aderente alla realtà e si contrapponeva, dall'altro, a tale idea. È ben possibile che Celso ne fosse consapevole.

L'esigenza che l'elaborazione dottrinale sia aderente alla realtà, nella quale rientra il dato, ad un tempo elementare e fondamentale, dell'artificialità del diritto, non suole formare oggetto di discussione: è difficile dire se essa sia stata data per scontata o trascurata. In ogni modo, nella nostra tradizione, a cui limito la considerazione, si sono avute e si hanno tuttora dottrine e concezioni che rimuovono tale dato e non ne tengono conto. Un esempio è fornito dalla dottrina, a cui si è fatto cenno, del diritto naturale concepito come eterno ed immutabile. Un altro esempio, su cui intendo soffermarmi, può vedersi, sul versante opposto del giuspositivismo, nella dottrina pura del diritto, elaborata da Hans Kelsen nel secolo scorso e avente ancora al presente sostenitori²⁷.

Mi rendo conto delle difficoltà che presenta e come possa apparire presuntuoso prendere posizione nei confronti della meditata costruzione kelseniana in un tratto della mia relazione. Riconosco alti meriti allo studioso, ma non posso non manifestare stupore per il largo seguito avuto, e che in parte ha ancora, la dottrina pura del diritto, nonostante il suo distacco dalla realtà e dalle profonde esigenze umane, a causa del quale essa non si presenta, nella prospettiva ul-panea, come *vera philosophia*, ma *simulata*.

Rilevo intanto la rimozione, da parte dello studioso, dell'artificialità del diritto e considererò più avanti la conclusione inaccettabile (a mio avviso aberrante) da lui enunciata.

Il Kelsen ebbe presente che il diritto è posto dall'uomo²⁸, ma rimosse il dato nella ricerca della norma fondamentale dell'ordinamento giuridico statale al di fuori della visione, da lui rifiutata, del diritto naturale. Questa rimozione lo indusse precisamente a presupporre (inventare) la norma fondamentale al fine di fornire una giustifica-

²⁷ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*², Wien 1960; *La dottrina pura del diritto* (trad. it. M.G. LOSANO). Torino 1966, da cui trarrò i passi *infra* citati. M.G. LOSANO scrive, nella *Prefazione* all'opera, da lui tradotta e curata, H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia 2008, p. 27, che la predetta «edizione italiana... può... essere considerata l'edizione autentica più aggiornata della *Reine Rechtslehre*», in quanto lo stesso Kelsen gli «aveva indicato alcuni passi che desiderava modificare» nell'edizione stessa.

²⁸ Si veda, ad esempio, *La dottrina*, cit., p. 226: «Se si vuole conoscere l'essenza della norma fondamentale, bisogna anzitutto rendersi conto che essa si riferisce direttamente ad una certa costituzione, realmente statuita, prodotta da una consuetudine o da una attività costituente...».

zione, sostitutiva di quella derivante dalla produzione umana, alla validità (intesa come carattere vincolante) del diritto, rendendo così contraddittoria la sua argomentazione.

Riferisco tre passaggi significativi.

«Dal fatto che qualcosa è non si può dedurre che qualcosa *deve* (*soll*) essere, così come dal fatto che qualcosa *deve* (*soll*) essere non si può dedurre che qualcosa è. Il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma»²⁹.

«La ricerca di un fondamento della validità di una norma non può proseguire all'infinito... Tale ricerca deve terminare con una norma presupposta come ultima e suprema. Come norma suprema deve essere *presupposta*, in quanto non può essere *posta* da un'autorità, la cui competenza dovrebbe riposare su una norma ancora più elevata. La sua validità non può più essere dedotta da una norma superiore, il fondamento della sua validità non può più essere discusso»³⁰.

«Poiché il fondamento della validità di una norma può essere soltanto un'altra norma, questo presupposto deve essere una norma: non una norma *posta* dall'autorità giuridica, bensì una norma *presupposta*, cioè una norma che si presuppone quando si interpreta il senso soggettivo dell'atto costituente ed il senso soggettivo degli atti produttivi di diritto (posti in essere secondo la costituzione) anche come loro senso oggettivo. Trattandosi della norma fondamentale di un ordinamento giuridico..., la proposizione che descrive questa norma... suona così» [nella «forma più breve» indicata dall'autore]: «Bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione»³¹.

Nel primo passaggio il diritto è valutato alla stregua di un'entità naturale autonoma e completa, avente cioè in se stessa il proprio fondamento (ogni norma trae validità dalla validità di un'altra norma), indipendentemente dall'intervento umano. In tale valutazione il Kelsen afferma l'impossibilità di dedurre il diritto dal fatto (come il fatto dal diritto), trascurando il dato decisivo, da lui rimosso, della produzione del diritto da parte dell'uomo³². Nell'impostazione emerge pure la fallacia della riduzione del diritto alla norma.

²⁹ *La dottrina*, cit., p. 217.

³⁰ *Op. cit.*, p. 218 s.

³¹ *Op. cit.*, p. 225 s.

³² Palesemente la rimozione della produzione umana del diritto ha impedito al Kelsen di tener conto del reale rapporto intercorrente tra l'uomo e il diritto e riassementesi nella totale dipendenza, sotto ogni profilo (produzione, interpretazione, elaborazione, applicazione), del secondo dall'attività umana. Ogni elemento e carattere presente nel fenomeno giuridico dipende da tale attività. La norma fondamentale non esiste nella realtà e la sua supposizione non solo non appare necessaria ad alcun fine, ma è, come si vede, fonte di distorsioni.

Proseguendo, nei due passaggi successivi, nella configurazione della dottrina pura del diritto, lo studioso si trova costretto a disattendere i presupposti su cui si regge tale dottrina.

In primo luogo disconosce, in fatto, il principio secondo cui «il fondamento della validità di una norma non può essere che la validità di un'altra norma». E lo fa non, come si attenderebbe, per una ragione logica, ma per l'impossibilità di dare ad esso applicazione: perché, com'egli dice, la ricerca della norma fondamentale «non può proseguire all'infinito» (si sottintende inutilmente, dato che non può essere trovata) ed è, quindi, necessario terminare la ricerca «con una norma presupposta come ultima e suprema». È facile il rilievo che, se un principio non può trovare applicazione, perché non risponde alla realtà, deve essere abbandonato, in quanto non vero. Non si può fingere di mantenerlo, disapplicandolo.

Come si è visto, la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico dello stato è espressa dal Kelsen con l'espressione «bisogna comportarsi come prescrive la costituzione». Peraltro, secondo i presupposti della dottrina pura del diritto, anche questa norma postula l'esistenza di un'altra norma di rango più elevato. Essa non è quindi, in realtà, la norma fondamentale, ma viene assunta come tale. Sono palesi, nella costruzione del Kelsen, la disattenzione (unita al mancato rispetto) nei confronti della realtà e il difetto di coerenza interna: da un lato viene inventata la norma fondamentale, di cui è riconosciuta l'inesistenza (l'impossibilità di trovarla nella catena senza fine di norme sempre postulanti una norma superiore) e, dall'altro, la si inventa in contrasto con le premesse poste³³.

In secondo luogo il Kelsen rimette in gioco, a proposito della norma fondamentale, la dipendenza del diritto dall'uomo, compromettendone la purezza da lui perseguita. E, sempre a causa del distacco dalla realtà, lo fa in modo anche per se stesso non corretto. A suo parere la norma fondamentale non è «una norma *posta* dal-

³³ Nella visione del Kelsen la configurazione della norma fondamentale sembra frutto di un gioco di prestigio. Un passaggio significativo, da riconnettere a quelli già citati, si legge in *op. cit.*, p. 230: «Non essendo la norma fondamentale una norma voluta (e, in particolare, non essendo voluta dalla scienza giuridica), ma essendo soltanto una norma pensata, la scienza giuridica, accettando l'esistenza della norma fondamentale, non si arroga l'autorità di statuire norme». La norma fondamentale è pensata dalla scienza giuridica (e solo da essa, non trattandosi di una norma *posta*), ma non è voluta nemmeno dalla medesima; essa è soltanto *pensata*, ad opera della scienza giuridica, ma ha un'esistenza da questa percepita; la sua esistenza, quale che sia, è attribuita alla scienza giuridica, priva peraltro del potere normativo. Ha tutto da guadagnare, al confronto, la linearità, congiunta alla 'verità', della definizione kelseniana.

l'autorità giuridica, bensì una norma *presupposta*» in via interpretativa: come risulta dal contesto, dall'elaborazione dottrinale: la norma fondamentale è cioè una invenzione della dottrina³⁴. È certo doveroso riconoscere a quest'ultima il ruolo da essa svolto nella produzione ed evoluzione del diritto, ma in esso non rientra la posizione di norme generali ed astratte. Essa può individuare la norma fondamentale esistente nell'ordinamento, non inventarla (presupporla in difetto della sua esistenza).

La costruzione del Kelsen non spiega (e non può spiegare), stante il suo scostamento dalla realtà³⁵, il carattere vincolante delle norme giuridiche, il quale trova invece piana spiegazione nella visione celsina dell'artificialità del diritto ad essa aderente. In effetti nella realtà si ha questo e soltanto questo: il diritto è in tutto e per tutto un prodotto dell'uomo, il quale, nel produrlo, pone in esso gli elementi e imprime i connotati che presenta. Pure gli edifici sono, ad esempio, prodotti dall'uomo, che li configura in modo diverso a seconda della loro destinazione: abitazione, palestra, teatro, ricovero di animali, ecc. Sul piano del galateo e della stessa morale l'uomo ha ritenuto sufficiente la prescrittività; su quello giuridico ha invece reputato necessaria, in aggiunta, la coazione. Tutto il resto è immaginazione, fantasia, che può presentare pregio in altri campi, ma è pregiudizievole (non solo inutile) nell'elaborazione dottrinale³⁶, che non può non avere lo stesso scopo pratico del diritto, che ne forma oggetto.

È radicalmente diversa la visione di Celso. Nella sua definizione del diritto, al versamento di esso nel genere *ars* è correlata l'individuazione della nota specifica nel *bonum et aequum*. Il binomio esprime il fine perseguito dall'uomo col complesso delle attività in cui si esplica la specifica *ars* detta *ius*, fine che consiste nella concreta attuazione del *bonum et aequum* nei rapporti che si determinano nella convivenza umana. In coerenza la sostanza del *ius* è rinvenuta nelle solu-

³⁴ Il KELSEN, *op. cit.*, p. 226, si preoccupa soltanto che si eviti (non rileva, al fine considerato, il mancato conseguimento dell'intento) l'arbitrarietà nell'invenzione: «La norma fondamentale non è quindi il prodotto di una libera invenzione. Non la si presuppone arbitrariamente, come se si avesse la scelta fra diverse norme fondamentali, allorché si interpreta il senso soggettivo di un atto costituente e degli atti posti in essere conformemente a questa costituzione con il loro senso oggettivo, cioè come norme oggettive giuridicamente valide».

³⁵ Il quale appare evidentissimo, per gli ordinamenti statali, in cui esiste una carta costituzionale, nella negazione del loro fondamento in essa e nella congiunta individuazione del medesimo nella fantomatica – inesistente – norma fondamentale.

³⁶ Come si mostrerà più avanti, l'autore della dottrina pura del diritto è pervenuto, proprio in dipendenza della sostituzione della supposta norma fondamentale al dato reale della produzione del diritto da parte dell'uomo, a conclusioni – credo non solo a mio avviso, ma obiettivamente – disumane e irrazionali.

zioni attinenti a tali rapporti, in cui sono coinvolti gli interessi e sentimenti delle persone umane (dei soggetti formanti il raggruppamento per cui il diritto è posto). Le norme generali ed astratte, se pure indispensabili, sono strumentali rispetto all'indicata attuazione. In altre parole la legge è subordinata al diritto, non viceversa. E tale subordinazione deve tradursi nei fatti. All'occorrenza, quindi, la previsione normativa generale ed astratta deve essere integrata o modificata, in modo che ciascuna soluzione risulti rispondente al *ius*: a ciò che, secondo l'*ars iuris*, è buono ed equo. Per l'esperienza romana non si trattava soltanto di un'aspirazione. Com'è noto, la funzione della *iurisdictio* era preordinata ad assicurare, in caso di bisogno, nella decisione delle controversie, l'adeguamento al *bonum et aequum* della normativa in vigore, rafforzandola, correggendola e supplendo ad essa.

Come si è mostrato, il binomio *bonum et aequum* esprime, congiuntamente ai fini dell'*ars iuris*, i supremi criteri che guidano le varie attività in cui si esplica il diritto ed i connotati che devono presentare, ai diversi livelli, le soluzioni nelle quali esse si concretano. Ovviamente l'aderenza alla realtà, postulata dall'*ars iuris*, si esplica pure nel tenere conto dei limiti inerenti alla condizione umana: ad esempio, che non sono evitabili errori, comportanti scostamenti dal *bonum et aequum*, nelle decisioni delle liti emesse nell'unico o nel più alto grado previsto.

La concezione del diritto naturale, a cui si è fatto cenno, penetrata e tramandata nell'esperienza romana, escludeva, in una con l'artificialità del diritto, gli elementi richiamati da Celso nella raffigurazione della differenza specifica dell'*ars iuris*. Secondo tali concezioni il diritto naturale era peraltro espressione della giustizia.

Il Kelsen perviene, nella sua elaborazione, a giustificare, all'insegna della purezza del diritto, qualsivoglia contenuto di esso³⁷. Riferisco un passo centrale della sua argomentazione sul punto. La «norma fondamentale presupposta... appartiene all'ordinamento giuridico, le cui norme sono prodotte conformemente» ad essa. «Il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto. Non esiste alcun comportamento umano che, come tale, a causa del suo contenuto, non potrebbe formare il contenuto di una norma giuridica. La validità di quest'ultima non può essere negata argomentando che il suo contenuto contraddice ad un'altra norma non appartenente all'ordine giuridico, la cui

³⁷ Non sono, allo stato, in grado di dire se sia esistita o meno una connessione tra l'elaborazione, da parte dello studioso, della dottrina pura del diritto e la sua esperienza di un sistema giuridico totalitario conculcante i diritti umani (come ebreo, egli subì, in Germania, l'applicazione di prescrizioni epurative).

norma fondamentale costituisce il fondamento della validità della norma in questione»³⁸.

Come in altri luoghi, lo studioso richiama la produzione del diritto da parte dell'uomo, ma nel contempo la accantona, disconoscendone le implicazioni riassumentisi nell'artificialità: così egli non considera i fini dell'*ars iuris*, i criteri che la informano e i connotati che devono presentare le soluzioni apprestate. Per lui non contano le esigenze umane, come non contano i dati della realtà, non importa neppure l'inettitudine allo svolgimento della funzione per cui il diritto è posto, e cioè «garantire... una situazione relativamente pacifica all'interno della comunità da esso regolata»; a suo parere rileva soltanto l'immaginazione, in contrasto con le premesse enunciate, della norma fondamentale, volta a garantire fittiziamente (nella rappresentazione, non in fatto) la validità del diritto³⁹.

Purtroppo nell'esperienza umana non sono mai mancati comportamenti e situazioni contrastanti anche in modo grave col *bonum et aequum*. Peraltro, come il fatto che si commettono omicidi non rende legittima la loro commissione, così il fatto che si instaurino sistemi giuridici conculcanti diritti umani non giustifica la loro instaurazione.

Non nascondo il mio profondo sconcerto di fronte alla netta asserzione che «non esiste comportamento umano che, come tale, a causa del suo contenuto, non potrebbe formare il contenuto di una norma giuridica». Il diritto potrebbe quindi prescrivere sia comportamenti criminosi (quale lo sterminio di un popolo o l'uccisione di tutte le neonate partorite da ciascuna donna dopo la prima), sia comportamenti assurdi (come costruire le case di abitazione senza fondamenta o senza finestre, oppure – nella linea degli esempi appresi quando ero studente nella facoltà giuridica torinese, i quali apparivano atti a suscitare un sorriso e non turbare dei discendenti⁴⁰ – tenere l'ombrello chiuso quando piove e aperto quando non piove). Non posso del pari nascondere il mio stupore di fronte all'indifferenza,

³⁸ H. KELSEN, *La dottrina*, cit., p. 222. v. pure *ibid.*, p. 226 s.: «Non ha quindi importanza quale sia il contenuto di questa costituzione» (cfr. alinea precedente) «e dell'ordinamento giuridico statale su di essa fondato né se questo ordinamento sia giusto o no; non ha importanza neppure se questo ordinamento giuridico garantisce effettivamente una situazione relativamente pacifica all'interno della comunità da esso regolata. Nel presupporre la norma fondamentale non si approva nessun valore che trascenda il diritto» (basato esclusivamente sulla regolarità formale).

³⁹ Le cose solo immaginate, ma non esistenti, non incidono sulla realtà, nella quale – sul punto in considerazione – il carattere vincolante del diritto non è certo assicurato dalla supposta norma fondamentale, ma dalla coazione.

⁴⁰ A ben vedere, ad attutirne lo spirito critico e distoglierne l'attenzione dai reali problemi: dico reali problemi perché non sono notoriamente mancati, ad esempio, nell'esperienza umana, casi di leggi prescriventi crimini.

espressa dal Kelsen, rispetto alla funzione fondamentale del diritto di assicurare, nella comunità per cui è posto, il pacifico svolgimento dei rapporti umani. Non si può non dire che si tratta di una posizione, oltre che astratta, irrazionale. Sarebbe come affermare, in ordine alla costruzione di un teatro, l'irrilevanza che esso serva o non serva alle rappresentazioni⁴¹.

L'elemento formale ha grande rilevanza nell'esperienza umana e, specificamente, nel diritto. Esso tuttavia non sostituisce la sostanza, né la rende irrilevante. Un oggetto che presenti soltanto l'aspetto esteriore, per quanto ben imitato, di un orologio o di una mela, non è un orologio o una mela; un'arancia svuotata degli spicchi e riempita di gelato non è più un'arancia. Non si vede perché, nel diritto, si debba attribuire esclusiva importanza alla forma, trascurando la sostanza. Il diritto presenta indubbiamente aspetti peculiari, ma rientra nel genere prodotto umano e, come tutti gli altri prodotti umani (e altresì gli elementi naturali) è costituito dalla forma e dalla sostanza: da quest'ultima rivestita dalla prima.

La visuale celsina dell'artificialità, a differenza della concezione positivista portata alle estreme conseguenze da Hans Kelsen, consente di risalire alle ragioni profonde del diritto. Certamente gli omicidi, e in genere i delitti, vengono puniti perché ciò è previsto dal diritto, ma il diritto è stato posto per evitare il più possibile che essi vengano commessi, punendo i contravventori.

Lo scopo del diritto non è quello di regolare comunque i rapporti umani, ma di regolarli nel modo migliore possibile, così come lo scopo per cui è stata ideata l'architettura non è di costruire comunque edifici, ma di costruirli per soddisfare le molteplici esigenze umane. In breve alla produzione umana (alle svariate *artes* nelle quali essa si esplica) è inerente, se pure si hanno deviazioni, il profilo del 'buono', valutato in base alle esigenze umane.

Il Kelsen rileva con ragione che «la validità» di una norma giuri-

⁴¹ Le implicazioni della posizione rifiutata – alcune delle quali riscontrabili nella nostra attuale esperienza – sono molteplici. Ne indico una, a mio avviso di estrema gravità: ormai in parecchi settori, nella generalizzata disattenzione del legislatore, dei giudici e della stessa scienza giuridica, la violazione del diritto è più vantaggiosa della sua osservanza. Il fatto mina alle radici il fenomeno giuridico, compromettendo la pacifica convivenza, la quale non può persistere senza un adeguato livello di osservanza delle regole giuridiche. Appare abissale la differenza rispetto all'insegnamento *ulpianeo*, secondo cui rientrano nei compiti dei giuristi l'educazione al diritto (la coltivazione della virtù della giustizia, quale ferma e duratura volontà di fare avere a ciascuno il suo diritto) e il proposito di rendere gli uomini migliori con lo strumento delle pene e dei premi. È illusorio pensare sia di poter conservare il diritto, togliendo o snaturando gli elementi da cui è costituito, sia di poter fare a meno, per la conservazione stessa, dell'ausilio educativo.

dica «non può essere negata argomentando che il suo contenuto contraddice un'altra norma non appartenente» all'«ordinamento giuridico» considerato. È noto che, nella nostra tradizione, la separazione del diritto dalla religione e dalla morale è già stata operata dalla giurisprudenza romana, anche se si sono ancora riproposte in seguito tendenze alla commistione. L'autonomia, nel senso detto, del diritto non ne preclude però la valutazione dal punto di vista sostanziale. Sotto questo profilo il diritto non si differenzia dagli altri prodotti umani. Anche per esso tale valutazione non solo si presenta possibile e si pratica abitualmente, ma è in molti casi indispensabile, come per le modifiche normative. Soprattutto lo sforzo elaborativo del Kelsen non ha eliminato l'esigenza di una valutazione del diritto non circoscritta alla forma, ma estesa alla sostanza. Come avviene per le altre *artes* rivolte a uno scopo pratico, anche nel diritto la sostanza ha preminenza sulla forma, che, in rapporto alle esigenze umane per le quali il diritto stesso è posto, ha carattere strumentale rispetto ad essa. Come per gli altri prodotti umani, occorre evitare che si nasconda, sotto l'aspetto formale del diritto, ciò che ne ha l'apparenza, ma non la sostanza: con specifico riferimento alla teoria kelseniana occorre evitare che, sotto l'insegna della purezza dottrinale, si snaturi il diritto o si camuffi come tale la prescrizione di comportamenti anche insensati, o comunque confliggenti col *bonum et aequum*, e la stessa disumana prescrizione di crimini⁴².

Celso, dando preminenza alla sostanza sulla forma, indicò, col binomio *bonum et aequum*, i connotati essenziali del diritto, in difetto dei quali esso non esiste (se ne può avere l'aspetto formale, ma non la sostanza); per contro il Kelsen, ravvisando nella forma l'elemento decisivo per l'individuazione del diritto, ritenne che essa possa rivestire qualsiasi contenuto. Non si può non constatare, nella prospettiva delle esigenze umane (certo quella preminente in campo giuridico), che la definizione celsina si presenta 'vera', cioè aderente ad esse, mentre la dottrina kelseniana non è tale, ma simulata.

Uscendo dall'impostazione kelseniana, la critica alla dottrina pura del diritto deve spingersi oltre, investendo la stessa distinzione, quale si presenta in essa, tra norme procedurali (la cui osservanza assicura,

⁴² L'indifferenza, postulata dalla dottrina pura del diritto, per i valori, ne implica il bando da essa. Secondo questa dottrina lo studioso del diritto limita l'attenzione al dato formale, costituito dal rispetto, nella posizione delle norme, della procedura prescritta. Appare palese la dipendenza del postulato dall'obliterazione dell'artificialità del diritto, essendo ovvia, per i prodotti umani, la valutazione in senso positivo o negativo, ed innegabile, per gli stessi, la diffusa aspirazione al miglioramento. Fortunatamente il postulato viene disatteso, in fatto, anche da fautori convinti della dottrina kelseniana.

da sola, la validità del diritto) e norme sostanziali. Questa distinzione non trova rispondenza in quella tra forma e sostanza. In effetti anche nelle norme procedurali coesistono forma e sostanza e anch'esse possono violare il *bonum et aequum*: la sua violazione si riscontra, ad esempio, nella disposta concentrazione (non conseguibile nella realtà) in un unico soggetto o carica, quale si ebbe nel sistema giustiniano, della produzione, elaborazione e interpretazione del diritto. La 'verità' non è di casa nella teoria criticata, aspirante all'astrazione dalla realtà.

4. *Esclusione, nella definizione, dell'apparente carenza del riferimento alla prescrittività e coazione*

Come si è mostrato, il genere prossimo e la differenza specifica, enunciati da Celso nella definizione del diritto, trovano puntuale rispondenza nella realtà. Tuttavia, ai nostri occhi, la definizione può presentarsi carente, in quanto in essa non figurano i due elementi della prescrittività e della coazione, in cui, secondo concezioni radicate nella nostra esperienza, si concreta il diritto. Anch'io, condizionato da queste concezioni, avevo ritenuto, in passato, la definizione celsina carente nel senso detto⁴³. Un più attento esame della questione mi induce peraltro a cambiare opinione.

Contrariamente a quanto è stato sostenuto⁴⁴, la definizione celsina non è una definizione nominale, ma reale. La filosofia stoica aveva elaborato e introdotto nell'esperienza romana, a lato della definizione per genere prossimo e differenza specifica, usata da Celso, numerose altre specie di definizioni⁴⁵. Tuttavia la definizione predetta conservò un ruolo privilegiato; soprattutto l'introduzione di altre specie di definizioni non mutò, in tale esperienza, la natura e la funzione della definizione stessa, nella quale in particolare, mediante l'individuazione del genere prossimo, si mirava ad indicare l'essenza del *definiendum*: com'è stato detto, il «predicato essenziale comune a cose che differiscono di specie»⁴⁶.

È antistorico vedere in Celso un antesignano dell'empirismo lo-

⁴³ F. GALLO, *Sulla definizione*, cit., pp. 18, 20 e 44 (= *Opuscula*, cit., pp. 566, 568 e 595).

⁴⁴ A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodi mezzi e fini*, Napoli 1966, p. 111 s.; P. CERAMI, *La concezione celsina del 'ius'. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, in *AUPA*, 38 (1985), p. 20.

⁴⁵ Boeth., *Liber de Diffinitione*, *Patr. Lat.* 64, col. 891 ss., ne enumerò 15.

⁴⁶ N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*², Torino 1977, v. *Definizione*, p. 214 s.

gico, la cui tesi fondamentale è la riduzione del sapere filosofico all'analisi del linguaggio (e, quindi, della definizione a definizione nominale), con la conseguente ripulsa dei giudizi di valore, a cominciare da quello di verità o falsità. È documentato nelle fonti che il giurista romano cercava, nell'elaborazione dottrinale, la 'verità', valutandone l'attendibilità o inattendibilità a seconda della rispondenza o non rispondenza ad essa.

Cels. (35 dig.) D. 34.7.1pr.-2: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere. quae definitio in quibusdam falsa est. quid enim, si quis ita legaverit: 'si post kalendas mortuus fuero, Titio dato?' an cavillamur? nam hoc modo si statim mortuus fuerit, non esse datum legatum verius est quam inutiliter datum. Item si tibi legatus est fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, 'si eum vivo testatore alienaveris', legatum tibi debetur, quod non deberetur si testator statim decessisset.*

Cels. (6 dig.) D. 15.1.6: *Definitio peculii quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est: nam eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse existimandus est*⁴⁷.

Nei passi citati l'esigenza della rispondenza alla realtà appare sottolineata da Celso nei riguardi dell'elaborazione dottrinale, ma è certo che si trattava, secondo il giureconsulto, di un'esigenza comune a tutte le attività nelle quali si esplica l'*ars iuris*.

Non è possibile, a mio avviso, una netta separazione (la totale esclusione di interferenze e punti di contatto) tra la definizione reale e quella nominale, dato che i segni linguistici sono stati apprestati e servono per indicare le cose e queste vengono abitualmente indicate coi primi. Tuttavia l'individuazione del genere appropriato di una determinata cosa e delle caratteristiche che la contraddistinguono dalle altre rientranti nello stesso genere attengono alla cosa stessa. Tale in-

⁴⁷ Si vedano inoltre:

Cels. (17 dig.) D. 30.63: *Si ancillas omnes et quod ex his natum erit testator legaverit, una mortua Servius partum eius negat deberi, quia accessionis loco legatus sit: quod falsum puto et nec verbis nec voluntati defuncti accommodata haec sententia est.*

Coll. 12.7.10 (Ulp. 18 ad ed.): *Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt.*

dividuaione non pare invece pertinente (o comunque necessaria) per accertare il significato delle parole: esattamente l'uso che ne viene fatto da una determinata persona o in un dato ambito⁴⁸.

Nel quadro indicato emerge la ragione per cui i fautori dell'empirismo logico escludono i giudizi di valore (*in primis* quello di verità o falsità) dalla definizione nominale, la sola da essi ritenuta scientificamente valida. Se si ricerca, ad esempio, il significato di diritto nell'attuale esperienza italiana, la sola cosa che conta è che il significato accertato con la ricerca compiuta corrisponda all'effettivo impiego della parola in tale esperienza. A rigore, neppure in questo orizzonte può dirsi esclusa l'esigenza del giudizio di verità o falsità, il quale risulta necessario per accertare l'indicata corrispondenza. Al di là del rilievo fatto, l'impostazione in esame incontra limiti inaccettabili sul piano scientifico, precludendo la valutazione di ciò che più importa, vale a dire della rispondenza o non rispondenza del significato accertato alla realtà, ed implicando l'acritica accettazione delle definizioni (e sottese concezioni) esistenti, senza la possibilità di vagliarne e correggerne le eventuali manchevolezze e distorsioni: in definitiva essa, se compiutamente attuata (il che non si è finora verificato, neppure ad opera dei suoi più tenaci assertori), osterebbe allo svolgimento e sviluppo del sapere giuridico.

Sono ora acquisiti gli elementi per mostrare che non esiste, nella definizione celsina, la carenza ipotizzata in apertura di questo paragrafo.

Occorre concentrare l'attenzione sul diverso approccio valutativo del *definiendum* nella definizione nominale e in quella reale. La definizione nominale ha ad oggetto la parola, di cui indica il significato, e cioè che cosa essa rappresenta: in ultima analisi l'entità da essa rappresentata. Anche i segni linguistici sono entità, ma la loro funzione è quella di evocare e rappresentare, necessariamente mediante altri segni linguistici, elementi della realtà, tra i quali figurano essi stessi. La definizione reale ha viceversa ad oggetto l'entità rappresentata dal segno linguistico, della quale persegue una percezione più approfondita mediante l'individuazione del genere appropriato a cui essa appartiene e della caratteristica che la contraddistingue dalle altre specie ad esso appartenenti.

A ben vedere, le due operazioni sono entrambe necessarie nell'elaborazione scientifica del diritto⁴⁹. Colui che si accinge a formulare una definizione reale, non può non accertare previamente, se pure

⁴⁸ Ad esempio, nel linguaggio giuridico romano dell'età imperiale o in quello attuale.

⁴⁹ Limite a questo la considerazione per il mio difetto di conoscenza in altri settori.

senza esplicita enunciazione, l'entità evocata dal segno linguistico che la indica.

Uberto Scarpelli, che ha coscientemente formulato, per l'area presa in considerazione, una definizione del diritto secondo i canoni della filosofia analitica, ne ha ravvisato il genere e la differenza specifica nel «concetto designante gli usi linguistici prescrittivi, o norme» e, rispettivamente, «nella coattività»⁵⁰. A prescindere dall'inadeguatezza della definizione rispetto alla realtà⁵¹, lo Scarpelli ha perseguito l'*explicatio nominis*, cioè la spiegazione del significato della parola diritto, mediante l'indicazione di ciò che essa rappresenta. Per contro, Celso, definendo il *ius* come *ars boni et aequi*, aveva perseguito l'*explicatio rei*, vale a dire del complesso fenomeno giuridico, quale si presenta nella realtà, mediante l'indicazione del genere appropriato in cui rientra, ravvisato nell'*ars*, e della differenza specifica che lo distingue da tutte le altre *artes*, espressa col binomio *bonum et aequum*.

Sembra doversi dire che la definizione reale e quella nominale non sono, come si è ritenuto, operazioni contrapposte, nel senso che l'una esclude l'altra, bensì tra loro coordinabili, in quanto il *definiens* correttamente individuato della definizione nominale è assunto come *definiendum* in quella reale. Ad esempio, nella definizione celsina, gli elementi della prescrittività e della coazione, esprimenti il *genus* e la *species* nella definizione nominale dello Scarpelli (più esattamente tutti gli elementi e le attività che concorrono a formare il fenomeno giuridico), sono evocati dal *definiendum* espresso col segno *ius*. Attraverso questo segno, Celso intese definire la realtà con esso rappresentata, come mostra anche il dato che il *definiens* da lui elaborato è, per un verso, modellato su di essa, per l'altro, rivolto al conseguimento, nel modo migliore possibile, degli scopi per i quali gli uomini hanno apprestato il diritto, giungendo a sceverarlo vuoi dalla religione, vuoi dalla morale, e continuando a servirsene, come avviene ancora al presente. È in effetti evidente che egli ha versato nel genere *ars* la disciplina dei rapporti umani, rappresentata con i segni *ius*, diritto, *Recht*, e tanti altri, com'è pure palese che si riferiscono ad essa, nel suo complesso, i fini, criteri e connotati espressi congiuntamente col binomio *bonum et aequum*. Nella definizione di Celso la disciplina indicata, rientrante nel significato di '*ius*', è rap-

⁵⁰ U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano 1955, pp. 87 ss., 91 ss.

⁵¹ Tale inadeguatezza appare dovuta al proposito – se pure non pienamente attuato, stante la già rilevata ineliminabile funzione strumentale-evocativa delle parole – di non uscire dal piano linguistico.

presentata da questo segno assunto appunto per indicare il *definendum*.

La rispondenza della definizione celsina ai dati della realtà e alle esigenze umane, unita a grande profondità, trova un'ulteriore conferma nella sua attitudine, sia a rendere ragione dell'intero fenomeno giuridico e dei suoi elementi, sia a mettere in luce la responsabilità umana per le deficienze e storture presenti, oltre che nel sapere giuridico, nelle molteplici esplicazioni in cui si concreta tale fenomeno. Lo svolgimento del tema, a mio avviso di rilevante interesse, fuoriesce dai limiti della mia relazione. Osservo soltanto che, mentre il *bonum et aequum*, nel quadro della sussunzione del diritto nell'*ars*, guida alla configurazione, in esso, della prescrittività e della coazione, queste ultime, considerate per se stesse (sganciate precisamente dall'artificialità), non conducono all'individuazione dei supremi criteri dell'attività giuridica espressi dal binomio.

È patente la consonanza al *bonum et aequum* della posizione di regole nei raggruppamenti, in cui l'uomo conduce la propria vita e svolge la propria attività, come lo è dell'aggiunta ad essa della coazione nel raggruppamento per eccellenza, avente carattere politico, al fine di sopperire al fatto che né la morale, né la religione, né altro, hanno finora assicurato, nell'esperienza umana, l'osservanza delle regole poste⁵², da parte di tutti i consociati. È del pari consono al *bonum et aequum* il corollario (purtroppo, come ho già osservato, non tenuto nel debito conto nella nostra attuale esperienza), secondo cui la violazione delle regole giuridiche non deve mai risultare più vantaggiosa della loro osservanza. Rientra infatti nella natura e funzione del diritto che la sua violazione non sia premiata, ma punita. Per contro, come si è visto, secondo la dottrina pura del diritto, non ha importanza che l'ordinamento giuridico non assicuri uno svolgimento sufficientemente pacifico della convivenza umana. Viene così disconosciuta la funzione del diritto e snaturato il diritto stesso, che non ha ragione di esistere e non è più tale, se non serve allo scopo per cui è posto, così come un oggetto avente la parvenza di una carrozza o di un'automobile non può dirsi tale (non ne ha la natura e la funzione) se non serve alla locomozione. È consono all'impostazione rifiutata che non si percepisca, o si consideri irrilevante, il fondamentale corollario indicato: reputandosi decisiva, nel diritto, la forma e, viceversa, ininfluente il contenuto sostanziale, non si coglie in esso una distorsione o anomalia nel privilegiare il mal fare rispetto al ben fare. Inoltre nella dottrina pura del diritto la prescrittività e la coa-

⁵² Indispensabili, come si sa, nella convivenza umana.

zione, a causa della loro isolata e astratta considerazione, non trovano una giustificazione plausibile e siffatta considerazione conduce a riconoscere come diritto valido qualsivoglia regola, per quanto contrastante col *bonum et aequum*, sotto la sola condizione dell'osservanza, nell'emetterla, della procedura prescritta: raffigurazione nella quale, come si è puntualizzato, in conseguenza del bando dei valori, salvo il rispetto della forma, rientra anche la disumana e irrazionale prescrizione di comportamenti insensati e dei crimini più gravi. In nome della purezza del diritto si rinnega la ragione e si conculcano imprescindibili esigenze e aspirazioni umane.

*L'attualità delle nozioni romane
di actio in rem e di actio in personam*

di Antonio Masi*

Sono veramente grato agli organizzatori di avermi dato la possibilità di prendere la parola in questa occasione, importante in assoluto e per me ricca di particolari significati.

Ho sempre considerato un privilegio essere stato chiamato a far parte della Facoltà di Giurisprudenza di questa Università negli anni accademici 1974-1978, come collega del Professor Silvio Romano sulla cattedra di Istituzioni di diritto romano che egli prediligeva per averla ricoperta dal 1938 e tenuta per molti anni assieme a quella di Istituzioni di diritto privato nella Facoltà di Economia e Commercio.

Gli sono, e sarò, sempre grato del rapporto che aveva instaurato con me nell'insegnamento e nella vita di ogni giorno, anche a causa dei frequenti impegni dovuti alla nostra partecipazione al Consiglio di Amministrazione di questo Ateneo.

Per la sua importanza, ma anche per il periodo in cui è stato elaborato, ho scelto come spunto per queste riflessioni lo studio da lui dedicato alle *actiones in rem* ed a quelle *in personam*, pubblicato nel 1974, negli Studi dedicati a Giuseppe Grosso.

Le conclusioni alle quali Silvio Romano è pervenuto in questa ricerca, sono, infatti, di particolare attualità non solo da un punto di vista romanistico, ma anche su un piano generale.

In primo luogo, egli ha evidenziato come i passi da lui presi in esame di Gaio (*inst.*, 4.2-4), Ulpiano (in D. 44.7.25 pr.) e delle Istituzioni giustinianee (4.6.1), pur facendo riferimento all'azione piuttosto che alla situazione sostanziale corrispondente, riflettano una piena e consapevole elaborazione delle situazioni sostanziali. Essi «affermano», infatti, «*apertis verbis* che il diritto tutelato da un'*actio in personam* è un diritto che si ha nei confronti di un soggetto o di più soggetti determinati, i quali si sono obbligati per contratto o per delitto».

Inoltre, come Silvio Romano ha, incisamente, posto in risalto, è

* Università degli Studi di Roma «La Sapienza».

in essi «sottolineato, in modo chiaro e preciso, che per esperire un'*actio in rem* non è sufficiente l'esistenza di un diritto che ponga il suo titolare in relazione con la cosa, ma occorre che il diritto sia di tale natura che consenta al titolare stesso di trarre dalla *res* l'utilità cui tende senza che sia necessaria l'altrui collaborazione».

Il potere sulla cosa, ribadisce pertanto Silvio Romano, «lungi dall'essere giuridicamente irrilevante al fine della definizione dei diritti tutelati con l'*actio in rem*, è, al contrario, l'unico elemento che consente di distinguere tali diritti, non solo da quelli tutelati con l'*actio in personam*..., ma anche fra di loro perché questi si diversificano l'uno dall'altro appunto per tale loro contenuto».

Su tale base non vedo la ragione per cui dovrebbe farsi risalire non già alla giurisprudenza romana, ma ad un momento ulteriore, l'elaborazione di questa concezione dei diritti reali a ragione oggi indicata come classica.

Ma anche sulla concezione dei diritti reali, che ad essa si contrappone a partire dalla Pandettistica e che viene richiamata come personalistica, le conclusioni di Silvio Romano risultano di estrema attualità.

Tale concezione, basata sul convincimento, incisivamente espresso dal Windscheid, secondo cui «tutti i diritti sussistono fra persona e persona, non fra persona e cosa», configura il diritto reale come potere o pretesa di un soggetto nei confronti di tutti gli altri dell'ordinamento, i quali sono tenuti ad astenersi da ogni ingerenza sulla cosa.

Come è noto, essa incontra oggi una decisiva obiezione nella constatazione che l'anzidetto dovere di astensione, che graverebbe su tutti i consociati, non sarebbe altro che il c.d. dovere di rispetto dell'altrui sfera soggettiva ovvero di *alterum non laedere*, che dovrebbe proteggere tutte le sfere giuridiche, tutti i diritti soggettivi, e così anche i diritti di credito.

Anche su questo punto le conclusioni alle quali perviene Silvio Romano sono di particolare interesse ed attualità.

In primo luogo egli ribadisce che, come era già stato evidenziato da Santi Romano, i diritti reali (assoluti) implicano un rapporto con il bene che ne costituisce l'oggetto, ma non con altri soggetti.

Ma, soprattutto, egli sottolinea che ogni consociato deve astenersi dall'ingerirsi nella cosa oggetto dei diritti tutelati con l'*actio in rem* ed è tenuto a non turbare il titolare nell'esercizio di quei diritti, «perché egli non deve oltrepassare la propria sfera giuridica ledendo quella degli altri, per quanto riguarda non solo i diritti reali, ma ogni diritto di qualsiasi natura».

Una conclusione non solo di indiscutibile attualità, ma che, a mio avviso, riflette anche l'attenzione che Silvio Romano ha sem-

pre avuto per lo studio del nostro diritto privato, se si considera il significativo riscontro che la critica di fondo alla concezione personalistica, proprio in quegli anni, ha avuto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione che, con riferimento al «caso Meroni», ha riconosciuto la risarcibilità del danno causato dalla lesione di un diritto di credito.

*In tema di regolamento di confini della sfera
di risarcibilità del danno aquiliano:
una lezione dei prudentes*

di Pierluigi Zannini*

1. Per dare subito conto del senso di questo intervento credo sia giusto partire, per dir così, dalla sua fonte d'ispirazione; e più precisamente dalla lettura di una pagina di uno tra i più recenti trattati di Paolo Cendon: quello dal titolo *Persona e danno*, in cinque corpulenti ma elegantissimi volumi, edito per i tipi della Giuffrè¹. È una pagina che mi sembra un esempio emblematico del livello oggi raggiunto dalla nostra civilistica nel processo di allargamento – sotto gli occhi di tutti – della sfera di risarcibilità del danno aquiliano: danno patrimoniale in senso classico, danno estetico, danno biologico, danno esistenziale, danno psichico, danno morale; e forse (mi scuso) dimentico ancora qualcosa.

Vediamo dunque di che si tratta. Si leggono nel primo volume (sottotitolo: *Le categorie generali del danno alla persona. Verso nuovi profili disciplinari. Tutele emergenti della persona*), al paragrafo dedicato ai *Pronostici foschi*, le seguenti affermazioni del Cendon². Il caso ipotizzato è quello 'della chiromante – cedo volentieri la parola al chiaro collega – la quale annunci a Mevio, soggetto *borderline* già di suo, desideroso di conoscere il proprio futuro, che un familiare di quest'ultimo è destinato a morire entro poche ore: dopodiché Mevio resta preda di un forte shock nervoso – dal quale si rimetterà solo in parte allorquando, all'ora fissata, vedrà che il congiunto resta in vita. I punti essenziali del ragionamento – prosegue il Cendon – saranno stavolta: (I) il valore sociale di ciò che i veggenti fanno per campare può ritenersi – in linea di massima – modesto; (II) chi riceve messaggi di tipo paranormale non ha modo, di solito, per controllarne in tempi rapidi l'attendibilità'. Conclusione? Eccola pronta: 'di qui – sotto il profilo aquiliano – una soluzione favorevole alla re-

* Università degli Studi di Torino.

¹ *Persona e danno* (a cura di P. CENDON con la collaborazione di E. PASQUINELLI), Milano, I-V, 2004.

² CENDON, *Il danno psichico*, in *Persona e danno*, I, cit., p. 102.

sponsabilità della chiromante anche ove questa risultasse, com'è probabile, aver agito per semplice leggerezza: ossia ignorando (ciò che una maga peraltro non dovrebbe) le condizioni di spiccata vulnerabilità del suo cliente, e non volendo comunque fare del male ad alcuno'. È tutto.

2. Posso timidamente permettermi in questa sede di allargare il confronto mettendo in discussione, con quella della chiromante, anche la mia modesta esperienza personale? Allora. Credo di non rivelare un segreto (narcisismo a parte) se dico che io sono uno che boccia molto agli esami, in questo – almeno in questo – degno successore di Silvio Romano nell'insegnamento torinese delle Istituzioni di diritto romano. Bene (o male, s'intende, a parer d'altri). Nella mia ingenuità credevo serenamente che, a differenza del chirurgo plastico, non fossi tenuto a premunirmi di idonea copertura presso primaria compagnia assicuratrice per i rischi derivanti dall'esercizio di codeste mie funzioni. Errore! E, soprattutto, sveglia! Ma in che mondo d'Arcadia credo ancora di vivere? Possibile che non mi accorga delle nubi che incombono minacciose all'orizzonte?

Perché è chiaro, a questo punto, che se annuncio al mio clientestudente (per esempio a quello che mi scrive nero su bianco che il fedecommesso è un commesso di fiducia, o a quello che afferma essere il furto un contratto con causa illecita, o a quell'altro ancora che ravvisa nel testamento l'atto che assicura al soggetto il potere di continuare a gestire il suo patrimonio anche dopo morto): «Lei non sa nulla», o addirittura gli rivolgo il consiglio di lasciar perdere e di trovarsi più proficuamente un lavoro, ebbè corro il rischio di procurargli un forte patema d'animo, uno shock appunto, e che vada poi dall'avvocato dopo averne parlato concitatamente in casa al rientro per il pranzo: con conseguente *periculum* di andare io incontro ad esiti imprevedibili, e soprattutto insostenibili per il mio peculio. Anche perché l'infausto giudizio potrebbe venire sonoramente smentito *sur le champ*, libretto alla mano, da una massiccia sequenza di trenta (succede, succede: succede eccome) in altri più compiacenti esami.

E d'altra parte, se mi limito signorilmente ad esortarlo a prepararsi un po' meglio, ecco che allora determino un contrasto tra il dispositivo costituito dalla bocciatura e la relativa motivazione. Che cosa vuol dire, infatti, «si prepari un po' meglio», o anche soltanto «si prepari meglio»? Esiste qualcuno (sarebbe davvero un peccato non conoscerlo) che possa compiacersi con se stesso – come il fariseo della parabola evangelica³ – di avere raggiunto il traguardo della perfezione?

³ Cfr., se del caso, Luc. XVIII, 9-14.

Dunque, per farla breve, una bocciatura che non tarda a collidere col conclamato principio di ragionevolezza. Con quel che segue.

3. Passando a discorrere di cose più serie, vediamo adesso che ci raccontano i *prudentes* – sempre in materia di responsabilità aquiliana – sul danno non patrimoniale. Non molto, in verità. Anzi, ben poco. Che però dovrebbe bastare per offrirci qualche spunto di riflessione degno d'interesse, anche al di là dei confini inerenti al nostro specifico tema.

Il caso oggetto del responso, del resto assai noto, è quello riferito in

D. 9.2.33 pr. (Paul. 2 ad Plaut.): *Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi: itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiore esse, quod eum plurimo, si alius possideret, redempturus fuit, nec illum, qui filium alienum possideat, tantum habere, quanti eum patri vendere posset. In lege Aquilia damnnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.*

Mi hai ammazzato uno schiavo. Posso pretendere che la sua stima venga fatta anche in ragione del valore affettivo che esso rivestiva a mio riguardo? Come nel caso che qualcuno ti abbia ucciso uno schiavo che era ad un tempo tuo figlio naturale⁴: dovrà tenersi conto di quanto

⁴ È questa la lettura corrente in dottrina, la quale non ha mancato di dimostrare con solidi argomenti come si debba qui pure pensare a uno schiavo: per tutti G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, p. 33 ss., e Autori ivi richiamati. Cfr. anche F. RABER, *Zum pretium affectionis*, in *Festgabe Herdlitzka*, München-Salzburg 1972, p. 203 s.; F. M. DE ROBERTIS, *Damnnum iniuria datum. Trattazione sulla responsabilità extracontrattuale nel diritto romano con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Bari 2000, p. 124; M. MIGLIETTA, 'Servus dolo occisus'. Contributo allo studio del concorso tra 'actio legis Aquiliae' e 'iudicium ex lege Cornelia de sicariis', Napoli 2001, p. 275 s.; M. F. CURSI, *Il danno non patrimoniale e i limiti storico-sistematici dell'articolo 2059 c.c.*, in AA.Vv., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Torino 2003, p. 123 s. (non senza incertezze); R. MARTINI, *Sul risarcimento del 'danno morale' in diritto romano*, in *Rivista di diritto romano*, Bachecca, s.d. (ma 2005), <http://www.le-donline.it/rivista-di-diritto-romano/bachecca/martinidanno.pdf>, p. 5. Diversamente, senza peraltro indulgere a spiegazioni, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'Editto*, Milano 2005, p. 210, che sembra intendere o fraintendere il testo nel senso che *servus* e *filius naturalis* non sarebbero identificabili in uno stesso soggetto.

saresti stato disposto a corrispondere, in qualità di padre naturale, per acquistarlo da altri che lo possedesse?

La risposta è no. Niente valori o plusvalori d'affezione: solo verrà riconosciuto il valore oggettivo di mercato (ovviamente quello più alto che lo schiavo abbia raggiunto nell'anno precedente la sua uccisione, ai sensi del disposto di cui al capo primo della *lex Aquilia*). Ed anche Pedio la pensa a questo modo: *pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*. Né potrebbe essere più categorica la chiusa del passo, dove si dice che ad integrare gli estremi del danno aquiliano è solo la perdita consistente in ciò *quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur*.

Parla chiaro, del resto, anche un altro passo di Paolo, tratto stavolta dal suo commento alla *lex Iulia et Papia* e riferito in

D. 35.2.63 pr. (Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. Nec enim qui filium naturalem possidet tanto locupletior est, quod eum, si alius possideret, plurimo redempturus fuisset. Sed nec ille, qui filium alienum possidet, tantum habet, quanti eum patri vendere potest, nec expectandum est, dum vendat, sed in praesentia, non qua filius alicuius, sed qua homo aestimatur.*

Perché? Se mi hai procurato un danno sanzionabile *ex lege Aquilia*, sembrerebbe logico ritenere che tu non possa e non debba fermarti a riparare soltanto una parte del torto che ho subito per tuo fatto e colpa, e dunque si debba tener conto anche del pregiudizio eccedente la sfera strettamente patrimoniale: affettivo, psichico, esistenziale o morale che dir si voglia.

Sembrerebbe logico, dicevo. Ma, evidentemente, a guidare il processo formativo del parere del giurista – qui come altrove – non sono i criteri suggeriti dalla logica astratta, e nemmeno i condizionamenti delle emozioni contingenti ed episodiche, ma piuttosto le ragioni di una logica diversa e assai più posata per terra: che rivendica la propria adesione alla preminenza dell'*utilitas communis* su quella dei singoli. Di qui il sacrificio di queste e di altre pur comprensibilissime pretese⁵.

È un bene, ripeto, che del danno aquiliano possa venir riparata solo una parte, o addirittura, al limite, una minima parte? Certo che no. Non può essere un bene, senza distinzione di tempo o d'ambiente: è un male. Ma si tratta, è chiaro, di un male ritenuto dai *pru-*

⁵ Per un ulteriore riscontro, si veda ancora D. 7.7.6.2 (Ulp. 55 *ad ed.*): *Item voluptatis vel affectionis aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus aut in deliciis habuerit. Ceterum deductis necessariis impensis fiet aestimatio*. Sul punto F. RABER, *op. cit.*, p. 204; M. MIGLIETTA, *op. cit.*, p. 278 s.

dentes come quello minore in una valutazione comparativa degli interessi in gioco. Perché sul fronte opposto rispetto alle istanze del singolo caso sta sullo sfondo il rischio che il riconoscimento di queste ed altre pretese – pur ragionevoli in sé, ripeto – dischiuda ulteriormente il varco al riconoscimento di conseguenze, implicazioni e sviluppi dal costo insostenibile per la comunità dei cittadini, per lo sviluppo e lo stimolo delle attività d'intrapresa, per lo stesso equilibrio delle relazioni interpersonali.

E del resto se è vero – come diceva Leibniz – che la giurisprudenza, più di ogni altra scienza, si accosta alla matematica, più vero ancora è che il diritto – a differenza della matematica – non può riconoscersi tra le scienze esatte, dove due più due fan sempre quattro. Ora che ricordo bene, compito del diritto (prima e più che accostarsi alla matematica) è regolare i rapporti tra gli uomini: e nelle cose umane – lo dico a fior di labbra per non offendere nessuno – non sempre è dato pretendere di perseguire utilmente l'obiettivo del meglio, che non di rado si rivela già per suo conto nemico del bene: bisogna sapersi accontentare, con l'umiltà che cammina di pari passo alla saggezza, del meno peggio.

Altro che la pretesa di costruire a tavolino un sistema perfetto, coerente ed univoco in ogni più riposta sua piega. Altro che lasciarsi imprigionare, avulsi e lontani dalla concretezza del vissuto, entro gli schemi di un astratto rigore logico che somiglia parecchio alle sembianze del dogma della consequenzialità.

4. Un ulteriore, non meno significativo esempio mi viene in mente a tale riguardo: quello cioè che concerne la distinzione tra il *dolus malus* e il cosiddetto *dolus bonus*⁶.

A differenza del colesterolo, dove correttamente si distingue tra quello buono e quello cattivo, il dolo non rappresenta né può rappresentare un termine neutro, che possa colorarsi nei più diversi modi secondo le circostanze. Dolo è sinonimo di inganno, di raggiro, di imbroglio. Tra le varie connotazioni che esso può assumere trovate-mene coraggiosamente una che possa segnare le proprie distanze da una nota di biasimo e di riprovazione⁷. E allora perché lo si ammette

⁶ Distinzione della quale, tra le altre cose, è curioso sin d'ora notare il paradosso che ad occuparsene siano sempre, e di gran lunga, più i cultori del diritto positivo che quelli del diritto romano.

⁷ Di un certo affanno dà prova A. CARCATERRA, *Dolus bonus / dolus malus. Esgesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970, p. 115 ss., forse condizionato dalle suggestioni esercitate dal tema prescelto, nel tentativo di restituire alla parola dolo un volto eticamente migliore almeno per l'età più antica, sulla scorta d'indizi assai tenui e sfug-

o lo si tollera, ospitandolo nella sfera del lecito dopo averlo chiamato convenzionalmente *bonus* all'insegna di una contraddizione in termini grande come un caseggiato? Perché lo si ammette o lo si tollera – pur ovviamente entro certi limiti – nelle vendite e nelle locazioni?

Per quanto io possa capirne, la dottrina romanistica – e non solo la dottrina romanistica, come meglio vedremo più innanzi – tende a rimuovere il problema, o almeno a svuotarlo del suo contenuto. Tant'è che il fenomeno del *dolus bonus*, descritto con indulgente e sorridente tolleranza come se si trattasse di una innocua macchietta, finisce per essere confinato al rango di un mero 'Leichtpunkt': una cosa insomma di minima importanza, alla quale il pretore ed altri non dovrebbero riservare soverchie cure.

Normali furberie, si dice e si scrive, normali esaltazioni dei pregi della propria merce da parte del venditore: o anche malizie e lusinghe che la comune opinione tollera siccome innocue⁸. Ma quali accorgimenti innocui! Davvero li si tollera perché sono innocui? Andiamo a rileggerci i referti di Pomponio e di Paolo, e vedremo se si tratta sul serio di cose da poco.

D. 4.4.16.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Pomponius ait in pretio emptio et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.*

D. 19.2.22.3 (Paul. 34 *ad ed.*): *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.*

Dunque si parla nel primo testo di *circumvenire*, che a parte la sua intrinseca pregnanza è, guarda caso, lo stesso verbo (con altri suoi simili) impiegato da Labeone per definire il *dolus malus*, in un passo talmente noto⁹ da non aver bisogno di essere qui trascritto. Si parla

genti osservabili (non sempre ad occhio nudo) in alcuni passaggi delle fonti non giuridiche. Né d'altronde risulta che la tesi revisionista strenuamente sviluppata da questo Studioso abbia trovato seguito in dottrina.

⁸ E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1942, p. 164; C.A. MASCHI, *Il diritto romano, I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*², Milano 1966, p. 678. Non diverso refrain si ripete anche nell'ambito della più recente e rinomata manualistica: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 240 ('esaltazione dei pregi della cosa' al fine di 'raccomandare la propria merce' e non 'd'ingannare l'acquirente'); A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, p. 386 ('tollerabile abilità negoziale nella cura dei propri interessi'); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 2002, p. 197 ('normali furberie che sono permesse in sede di trattative per la conclusione dei contratti a titolo oneroso'), e ancora M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, p. 151, in quasi perfetta coincidenza.

⁹ Mi riferisco a D. 4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*).

nel secondo di *circumscribere*, che pure significa ingannare, raggirare, frodare, ed altro ancora di simile¹⁰. E allora?

Anche qui si riflette specularmente – mi sembra – una scelta dettata dal buon senso e dall'equilibrio: la scelta da parte dei *prudentes*, ancora una volta, del male minore. Perché è chiaro da un lato che nessuno dovrebbe poter impunemente turlupinare il prossimo, soprattutto (è il colmo) nei negozi regolati dalla *bona fides*: ma dall'altro non meno chiaro è che se fosse sempre consentito al compratore o al conduttore (come al venditore o al locatore) d'impugnare il negozio per errore provocato da dolo, ne verrebbe un ben serio pregiudizio alla pratica degli scambi e allo sviluppo delle attività del commercio¹¹, con ricadute a più vasto raggio che si commentano da sé. Non sarà male poi aggiungere (sempre restando nel campo, a me familiare, delle osservazioni più elementari) che il diritto, se recepisce certo una parte – una gran parte – dei precetti dell'etica, non può peraltro impancarsi a tutore dei buoni o addirittura ottimi costumi, dovendo occuparsi, per non eccedere i limiti del mandato ricevuto, di quelli medi¹².

Attenzione, però. I testi che abbiamo letti non dicono affatto, *sic et simpliciter*, che il dolo è ammesso nelle vendite e nelle locazioni. Affermano invece e soltanto, arretrando ragguardevolmente le barriere che delimitano la zona franca, che il dolo è ammesso in ordine alla determinazione del prezzo o della mercede. E del resto, non si dice in altro e più esplorato contesto – è Fiorentino a metterci in guardia – che *dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat?*¹³

Posso naturalmente prendere un abbaglio (non destinato, in ogni

¹⁰ Esattamente osserva A. CARCATERRA, *op. cit.*, p. 202 che «ad ogni forma di inganno, senza limitazioni di alcun genere, si riferiscono Pomponio e Paolo coi verbi 'circumscribere' e circumvenire»; cfr. anche G. CRISCUOLI, *Il criterio discrezionale tra dolum bonus e dolum malus*, in *AUPA.*, 26, 1957, p. 34.

¹¹ Cfr. sul punto A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937, p. 172 ss., L. GAUDINO, *Il dolo negoziale*, in *I contratti in generale*, XI (*Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. CENDON), Torino 2000, p. 293 ss., e lett. ivi richiamata.

¹² Guai a smarrire i confini – ammoniva un Maestro della levatura dello Scialoja (V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, rist. 1933, p. 319) – che distinguono la morale 'che può aver di mira, nei suoi dettati, un tipo il più possibilmente perfetto', dal diritto che invece, 'dovendo essere di immediata e pratica applicazione, deve contentarsi di rivolgersi al tipo medio della comune degli uomini'. *Adde* G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino 1966, p. 69 ss.

¹³ D. 18.1.43.2 (Flor. 8 *inst.*).

caso, a soffrire di solitudine), ma ho l'impressione per nulla vaga che nel dibattito (forse un filino troppo filosofico) in atto tra i civilisti circa il significato e valore del *dolus bonus* si nasconda un pregiudizio, fatalmente generato da un errore di prospettiva tutt'altro che irrilevante: quello per l'appunto di presumere – si è visto quanto fondatamente – che l'ennesimo legato del diritto romano rappresenti una sorta di mina vagante, come tale suscettibile di fare irruzione in molti diversi ambiti del settore negoziale, non sempre definibili nei loro contorni. Non altrimenti saprei spiegarmi imbarazzo, disagio, dis gusto, anche sarcasmo che aleggiano un po' dovunque¹⁴.

Certo è che in queste condizioni, vuoi o non vuoi, non si sfugge alla seguente alternativa: o si abbassa il 'profilo identitario' del nostro istituto sino a ridurlo a livelli meramente bagatellari; o non resta che prendere atto, tra sconcerto e sgomento, dell'ostacolo gravante come un macigno sulla coerenza e credibilità del sistema. Con l'inevitabile séguito di proteste e recriminazioni all'indirizzo del diritto romano e soprattutto (ma posso, ripeto, sbagliare) dei suoi adepti.

5. Eppure sarebbe assai utile, non soltanto a dei fini eventualmente consolatori, andare più oltre con lo sguardo: senza cioè esaurire ogni sforzo nel tentativo di far quadrare i conti con le certezze e le conseguenze delle categorie dell'astrazione. E non tarderemmo ad avvertire quali e quante siano le eccezioni, a conferma e presidio delle rispettive regole, che la vita del diritto riconosce nel proprio cammino. Come non ricordare in questa direzione quanto osservava Giuliano, a corredo di un suo notissimo parere giusto in territorio aquiliano¹⁵,

¹⁴ Esemplari mi sembrano in proposito i rilievi di R. SACCO contenuti in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*³, I (Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO), Torino 2004, p. 569. Ad avviso dell'eminente studioso, dalla tradizionale concezione del dolo buono 'deriverebbe una implicita norma cardinale, secondo cui il contraente sarebbe libero di speculare sul fatto che la controparte è intellettualmente debole. Come ciò si concili – a tacer d'altro – con l'obbligo di lealtà imposto alle parti nelle trattative, è un mistero' [analoghe perplessità in F. REALMONTE, *La dottrina sul 'dolus bonus'* (nota a Cass. 28/10/1993 n. 10718), in *I contratti*, 1 (1994), p. 131 s.]. E ancora: 'La difesa della liceità del dolo buono ci pare condotta con argomenti poco probanti. Si invoca la sicurezza delle contrattazioni, che verrebbe minata se il dolo buono inficiasse la validità del negozio. A noi pare che, quando gli interpreti chiariranno che ogni induzione in errore conduce all'invalidità, i contraenti rinunceranno ad adoperare il dolo buono come arma di convincimento, e il temuto rischio delle invalidità dilaganti verrà agevolmente superato'. Con il che, a franco parlar, mi parrebbe raggiunta una certa vicinanza a quel genere letterario che si chiama utopia.

¹⁵ Più precisamente in tema di concorso di responsabilità per uccisione di uno schiavo altrui: nel senso che Giuliano riteneva responsabile di *occisio* anche colui che si fosse limitato a ferirlo (pur mortalmente) oltre a colui che l'avesse in un secondo tempo colpito a morte.

circa i rapporti tra il *ius receptum* e i criteri dettati dalla *ratio disputandi*? Mi riferisco naturalmente a

D. 9.2.51.2 (Iul. 86 dig.): ... *Quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aquilia teneri aut alterum potius, cum neque impunita maleficia esse oporteat nec facile constitui possit, uter potius lege teneatur. Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest: unum interim posuisse contentus ero. Cum plures trabem alienam furandi causa sustulerint, quam singuli ferre non possent, furti actione omnes teneri existimantur, quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse.*

Dove il richiamo in concreto al primato del bene comune, con quel che ne consegue in fatto di ricadute sulla logica astratta del sistema¹⁶, non potrebbe trovare espressione migliore¹⁷.

Non voglio prescrivere fioretti o ricette a nessuno, ma sono del più tenace avviso che andare ogni tanto a rileggersi quest'aureo monito sarebbe di giovamento non solo ai devoti dell'antica saggezza:

¹⁶ Si osservi, del resto, che già in precedenza il giureconsulto dell'età di Adriano si era espresso al riguardo in termini non meno univoci: cfr. D. 1.3.20 (Iul. 55 dig.): *Non omnium, quae a maioribus constituta sunt, ratio reddi potest.*

¹⁷ A ragione sottolinea V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, p. 20 s., sulle orme di F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in ANRW, III, 15, Berlin-New York 1976, p. 154 ss. (= *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, p. 39 ss.), come 'la scienza giuridica dove(sse) continuare seguendo un modello storico, a costruire il 'suo' *ius, pro utilitate communi*'. Ma le cose non sono così semplici, come sciattamente ero – e, ciò che è più grave, ancora sono – portato a credere. Ché, prosegue lo Scarano, 'si tralascerebbe di utilizzare un'importantissima testimonianza se vi si individuasse, correttamente ma riduttivamente, soltanto l'affermazione che la giurisprudenza, come le altre *artes*, si proponeva un fine 'utilitaristico', nel senso della sua opportunità sociale, da cui ne fosse legittimata o indirizzata l'opera. Lo scolarca, nello stesso tempo, proponeva una riflessione storica e un canone ermeneutico, in cui potevano leggersi una definizione di compiti per i giuristi e una descrizione dei momenti genetici dell'ordinamento: *ius civile* e giurisprudenza si identificavano, nella storia della città e nella consapevolezza dei *prudentes*. Nell'immagine giuliana si mediavano accortamente elementi nuovi e peculiari con altri che, inseriti nel solco di un dibattito antico sul significato dell'organizzazione giuridica, rimandavano a più vasti circuiti intellettuali'. Nonostante i reiterati sforzi, e la loro estensione alle pagine che seguono, non riesco ad afferrare (altri direbbero oggi, con maggiore eleganza, intercettare) granché della complessità del lodato canone ermeneutico, e nemmeno a misurare l'ampiezza dei circuiti intellettuali cui ci rimanda lo scolarca ferrarese. Cfr. peraltro sul punto anche M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002, p. 21 ss., con bibliografia.

ché non di rado ci si scorda ad ogni latitudine che sempiterno compito di un giurista degno di ritenersi tale resta il confronto, con il piede saldamente aderente al suolo, tra l'interesse del singolo e quello che si allarga all'*utilitas* del corpo sociale.

6. È tempo di far ritorno, con qualche elemento in più, al tema di partenza. Là dove siamo attesi da un flusso ingovernabile di domande.

Siamo davvero convinti che sia un bene l'estensione a dismisura, con proiezioni *usque ad sidera* e *usque ad inferos*, della sfera di risarcibilità del danno aquiliano? Siamo davvero convinti che sia un bene dispiegare ogni sforzo per scardinare o almeno addomesticare con ogni escogitabile mezzo il limite rappresentato dall'art. 2059¹⁸ del nostro codice civile, visto che non si riesce a farlo saltare attraverso l'intervento della Corte costituzionale¹⁹? Siamo davvero convinti che vi sia un intimo nesso tra sentimento e denaro o – come diceva Carlo Federico Gabba²⁰ – sentimento e denaro sono termini tra loro ripugnanti, e proprio per questo – Egli osserva – il danno morale 'era stimato dai Romani una impossibilità morale, una immoralità'²¹? Si ha idea dei costi sociali, diretti e indiretti, che possono derivare da certe disinvolute pronunce dottrinarie e giurisprudenziali, in una realtà sempre più contrassegnata dal fenomeno curiosissimo del c.d. 'dirittismo', per cui tutti hanno solo diritti, dalla deriva di certi valori, dall'incrollabile fede nella potenza salvifica della divinità del denaro? In un mondo in cui basta un nonnulla per scatenare valanghe di speculazioni? A volte si ha l'impressione che accanto alla politica spettacolo vi sia, a far da contraltare, anche il diritto spettacolo.

Ancora. Hanno pensato davvero gli avanguardisti delle 'nuove

¹⁸ Pur così nitido nella sua quasi telegrafica formulazione: 'Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge'.

¹⁹ In effetti, non sono ancora andati al sospirato buon fine i ripetuti tentativi di mandare davanti al plotone di esecuzione dei giudici costituzionali il famigerato 2059, sempre peraltro oggetto, da più parti, di notevoli spallate. Per una puntuale rassegna delle relative vicende e dell'attuale stato dell'arte, con ampio corredo di richiami storici e di ragguagli in chiave comparatistica, cfr. M.F. CURSI, *op. cit.*, p. 103 ss. Adde M. FRANZONI, *Il danno risarcibile* (Tratt. respons. civ. dir. da M. FRANZONI), Milano 2004, p. 455 ss., M. BARCELLONA, *Sul danno non patrimoniale. Analisi di un itinerario giurisprudenziale*, in *Studi per G. Nicosia*, I, Milano 2007, p. 321 ss.

²⁰ C.F. GABBA, *Nota a Cass. Palermo*, 23 febbraio 1895, in *Foro it.*, 1896, c. 689.

²¹ Mi trovo, nel segnalare questo richiamo, gradevolmente in compagnia di A. DONATI, *Homo e persona. Aequitas ed aequitas singularis*, in corso di pubblicazione negli *Atti del XVIII Convegno internazionale dell'Accademia romanistica costantiniana (Spello-Perugia, 18-20 giugno 2007)* nonché negli *Studi in onore del Prof. Antonio Palazzo*.

frontiere del danno alla persona', per usare uno dei più abusati luoghi comuni della 'nouvelle vague' civilistica, a quali distorsioni e squilibri possa condurre l'agognata rimozione, senza se e senza ma, dell'articolo in parola? Guardando ovviamente oltre che a quella del danneggiato, anche alla posizione del danneggiante: la quale dovrà pur misurarsi in qualche modo nell'economia del rapporto.

V'è da chiedersi allora se sia cosa buona e giusta, e soprattutto rispondente all'*utilitas communis* che un consociato qualunque si trovi esposto alla rovina, con la prospettiva di non finir più letteralmente di pagare danno su danno (qualcuno ha in mente il crescendo di certe pretese da capogiro?), in un numero di casi tanto imprevedibile quanto fatalmente destinato a raggiungere proporzioni epidemiche. Magari per essere il danneggiante soltanto censurabile di una semplice inavvertenza: o addirittura a prescindere da ogni sua colpa nelle ipotesi di responsabilità c.d. oggettiva²².

Senza poi dire che il castigo che si abbatte inesorabile sul malcapitato tanto più sconcertante dovrebbe apparire, non soltanto ai suoi occhi, quanto più si consideri che al tempo d'oggi chi delinque non sempre (per usare un eufemismo) va incontro, nel concreto, a sanzioni coerenti ed efficaci. O no? Non sarà allora un paradosso su cui riflettere, se è così, l'idea che una draconiana severità nel civile ceda il passo a un tendenziale 'buonismo' nel penale?

Il tutto alla faccia dell'esigenza di certezza del diritto e per il sovraccarico (qui la certezza è fuori discussione) della macchina della giustizia.

Mi avvio finalmente a concludere. Questa giornata in onore di Silvio Romano è dedicata a 'Valori e principi del diritto romano'. Mi fermo ai valori. E mi limito a segnalarne uno solo, che del resto mi sembra già emerso a tutto tondo dalle cose che ho detto. Il valore dell'equilibrio e del buon senso. In una parola, il valore della modestia: meglio, dell'umiltà. Che è o dovrebb'essere per un giurista – un giurista, torno a ripetere, degno di questo nome, davvero al servizio dei propri simili, non lo spocchioso e sprezzante intellettuale, le mille miglia lontano dai *prudentes* e dal meno risalente nostro festeggiato – un tratto importante, se non il più importante, della sua divisa.

²² D'altra parte, per ciò che attiene ai limiti imposti dalla *vis maior* e dal fortuito (mi riferisco alle ipotesi di responsabilità c.d. aggravata), non si dice che siano rubricabili tra le specie a rischio d'estinzione anche codesti vetusti istituti, questo no. Ma non è forse vero che ai tempi nostri solo di rado è dato conoscere incendio, naufragio, disastro sismico o schianto meteorico che presto o tardi qualcuno non pretenda di ascrivere a fatto doloso o colposo di qualchedun altro?

*C. 3.1.12 e la celerità del processo civile come valore nella legislazione giustiniana***

di Fausto Gorla*

1. L'attuale art. 111 della Costituzione italiana, nel suo primo comma¹, recita:

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

L'esigenza della celerità dei processi, anche civili, è dunque assurta a valore costituzionale, sullo stesso piano di altri più tradizionalmente riconosciuti, quali l'imparzialità del giudice e il contraddittorio fra le parti. Un rango di importanza comparabile, del resto, le era stato già conferito nella prima parte dell'art. 6, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (28.11.1950) che, nel testo francese, afferma:

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle...

Il preciso riferimento alla durata costituiva un'innovazione rispetto all'art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (10.12.1948), che pure già riaffermava gli altri valori riconosciuti anche dall'art. 6 della Convenzione europea. Degno di nota è altresì il

* Università degli Studi di Torino.

** Il presente saggio, dedicato al prof. Silvio Romano, si inserisce in un programma di ricerca di rilevante interesse nazionale presentato nel 2006, dal titolo «Principii generali e tecniche operative nel processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.»

¹ Aggiunto, come i tre successivi, dall'art. 1 della legge costituzionale 23.11.1999 nr. 2. Per un commento ai provvedimenti presi con la L. 24.3.2001 nr. 89 per favorire la riduzione dei tempi processuali, disponendo misure risarcitorie a favore delle parti danneggiate dalla durata eccessiva dei medesimi, cfr. C. BESSO, E. DALMOTTO, M.G. AIMONETTO, A. RONCO e P.L. NELA, *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, Torino 2002.

fatto che, a seguito di una Conferenza dei ministri di Giustizia europei tenutasi a Londra nel 2000, nel settembre 2002 il Comitato dei medesimi diede vita alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (Cepej), la quale ha considerato fra i propri obiettivi prioritari quello di affrontare i ritardi nelle procedure giudiziarie ed ha prodotto nel 2004 un articolato documento in materia².

Tale Commissione non pare aver ritenuto necessario promuovere particolari indagini storiche, ma anche questo profilo non è di recente mancato nella storia della cultura europea: il 24-25 aprile 2003 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Maastricht organizzò infatti un convegno sul tema dei ritardi nella giustizia civile ispirato ad un criterio storico e comparativo³. In esso tuttavia non fu presa in considerazione l'esperienza romana, che pure, almeno nell'epoca giustiniana, non è certo priva d'interesse, dato che alle linee in essa fissate si rifà il processo romano-canonico diffuso nell'età medioevale e in gran parte dell'età moderna.

Il presente saggio non si propone di colmare tale lacuna, neanche per quanto concerne l'età giustiniana, in cui le linee di fondo del processo civile sono definite con chiarezza e in cui quest'ultimo è oggetto di una legislazione abbondante; esso si limita piuttosto a porre in luce come il problema dei tempi della giustizia civile sia stato posto fin dagli inizi del regno di Giustiniano e come abbia dato luogo, immediatamente, ad un intervento che affrontava alcuni dei problemi ritenuti più urgenti, per dispiegarsi successivamente in una legislazione assai articolata. Infatti, il fine di abbreviare la durata dei processi⁴, e in particolare di quelli civili, può essere considerato (insieme con quello

² Esso è riportato in E. PACIOTTI (a cura di), *I tempi della giustizia. Un progetto per la riduzione dei tempi dei processi civili e penali*, Bologna 2006, p. 117 ss.

³ Per gli atti, cfr. C.H. VAN RHEE (ed.), *The Law's Delay. Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, Antwerp-Oxford-New York 2004. Nel saggio introduttivo, il van Rhee (*The Law's Delay: an Introduction*, p. 2 s.) sottolinea fra l'altro come l'assenza di prospettiva storica abbia spesso condotto vari Paesi a combattere le lentezze processuali con mezzi già rivelatisi inefficaci in passato.

⁴ Che la riduzione della durata dei processi sia uno degli obiettivi principali della legislazione giustiniana è stato riconosciuto da tempo dagli studiosi (cfr. per tutti, con qualche varietà di accenti, G.G. ARCHI, *Giustiniano uomo del suo tempo*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, p. 125 s.; ID., *Giustiniano legislatore, ibid.*, p. 187 ss.; R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, 4ª ediz. riveduta e aggiornata, Bologna 1985, p. 19; U. VINCENTI, «*Ante sententiam appellari potest*», Padova 1986, p. 105 s., con ulteriore bibliografia; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di Diritto romano. Edizione completata con la parte relativa e della codificazione*, Torino 1993, pp. 228 ss.; 243 s.; M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II,1, Perugia 2001, pp. 23 ss.; 44 s.; 125 e nt. 22; 131), ma non sono molti gli autori che hanno cercato di

di ridurne i costi per le parti) uno degli obiettivi che le costituzioni giustinianee perseguirono con maggiore costanza e determinazione, anche se non senza qualche, reale o apparente, contraddizione. Si potrebbe anzi tentare di leggere alla luce di esso tutta la massa della normativa processuale (in senso lato, compresa cioè quella dedicata alla riorganizzazione delle magistrature, e quindi delle giurisdizioni con esse collegate) emanata nel corso di una ventina d'anni.

2. La prima manifestazione dell'obiettivo di abbreviare la durata dei processi appare in C. 3.1.12, una costituzione che secondo P. Krüger risalirebbe al periodo nel quale Giustino I aveva associato Giustiniano all'impero⁵. Purtroppo, essendo verosimilmente scritta in greco⁶, non ci è pervenuta nel testo originale, ma solo attraverso l'e-

valutare sotto questo punto di vista la sua legislazione processuale: per un prospetto di quella dal 528 al 534 si veda G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustino (528-534) e la codificazione di «leges» e «iura»*, in *SDHI* 59 (1993), p. 1 ss. e *passim*; per un'esposizione del complesso della legislazione giustiniana in materia dal punto di vista dell'*officium iudicis*, cfr. S. PULIATTI, «*Officium iudicis*» e *certezza del diritto in età giustiniana*, in S. PULIATTI e A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno Modena 21-22 maggio 1998*, Milano 2000, p. 98 ss.

⁵ Cioè fra l'aprile e la fine di luglio dell'anno 527. La questione della data è stata riesaminata da parte di G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518 - 1 agosto 527)*, in *SDHI* 37 (1971), p. 140 ss., che attribuisce maggior peso del Krüger al fatto che Giustino mostra di considerare questa ed alcune altre leggi di carattere processuale come costituzioni interamente proprie (fatto che ne potrebbe posticipare la data quanto meno fino alla seconda metà di febbraio del 528, perché nel Codice non paiono compresi provvedimenti che risultino sicuramente emessi dopo il 1° agosto 527 e prima della const. *Haec, quae necessario*, che è del 13 febbraio 528). Ciò mi pare sufficiente per considerare i provvedimenti in questione come espressione della politica giustiniana in tema di processi, al di là delle data che resta obiettivamente incerta: da un lato, infatti, come ha rilevato la Bassanelli, l'argomento usato da P. Krüger per attribuire la costituzione al periodo della coreggenza è puramente formale e non tiene conto dell'eventualità che i manoscritti del Codice siano stati alterati per rimediare all'omissione di una costituzione greca; d'altro canto, lo stesso Giustino, nella const. *Haec, quae necessario pr.*, accenna a leggi precedenti a quest'ultima *quae... a nostra etiam clementia positae sunt*: se non allude al tempo della coreggenza potrebbe riferirsi a leggi emanate proprio fra il 1° agosto 527 e il 13 febbraio 528, fra le quali si collocherebbe forse anche la nostra; se infine volessimo dar credito a Ioannes Malalas (*infra*, nt. 10) dovremmo spostare la data della costituzione un po' più in là e collocarla intorno all'epoca della pubblicazione del *Novus Codex*, che avvenne il 7 (oppure l'8) aprile 529.

⁶ Manca, a mia conoscenza, uno studio che indaghi i criteri in base ai quali la cancelleria orientale, prima della Compilazione giustiniana o durante il corso di essa, sceglieva di usare la lingua greca; ad ogni modo, può essere ritenuto verosimile il fatto che in quest'epoca una costituzione scritta in greco venisse più agevolmente conosciuta e compresa nei territori in cui quella era la lingua corrente.

pitome contenuta nei Basilici. Secondo tale versione essa avrebbe anzitutto dichiarato:

Πάντες οἱ ἄρχοντες καὶ οἱ θεῖοι δικασταὶ συντόμως τὰς δίκας τεμνέτωσαν ἅν τις δικαζομένων πολλάκις τῷ προσφόρῳ δικαστῇ προσελθὼν μὴ δι' ἀναγκαίαν αἰτίαν ὑπερτεθεῖη, προσίτω τῷ βασιλεῖ τὴν ἐκεῖθεν ἀναμένων βοήθειαν⁷.

Tanto i magistrati quanto i giudici dati dal sovrano avrebbero dunque dovuto decidere le liti senza indugio; se poi una qualsiasi delle parti (quindi non necessariamente l'attore!) avesse avanzato più volte richieste al giudice e avesse subito rinvii senza giustificato motivo, avrebbe dovuto rivolgersi all'imperatore ed attenderne l'aiuto.

È un vero peccato che la mancanza del testo originale ci abbia privato sia dei particolari della normativa indicata, sia del contesto in cui essa veniva collocata dalla cancelleria, perché l'obiettivo di accelerare la soluzione delle liti potrebbe essere stato annunciato con una certa solennità come uno degli indirizzi di politica legislativa del nuovo imperatore. Non v'è dubbio, infatti, che l'esigenza fosse sentita dalla popolazione: basti citare qui il famoso dialogo che sarebbe avvenuto fra un ignoto «greco» che, caduto in schiavitù e poi liberato, viveva alla corte di Attila, e lo storico Prisco di Panion (città della Tracia), quando costui nel 448-449 accompagnò il *comes* Massimino in un'ambasceria inviata da Teodosio II al sovrano unno. Fra le critiche rivolte all'impero dal «greco», quelle che riguardano l'amministrazione della giustizia concernono per l'appunto, oltre che le diseguaglianze fra ricchi e poveri, la durata dei procedimenti giudiziari e i loro costi elevati⁸.

⁷ C. 3.1.12 pr.: *Magistratus omnes sacrique iudices brevi lites decidant: et si quis litigatorum iudice competente saepius adito sine iusta causa moram passus erit, imperatorem adeat et ab eo auxilium expectet* (traduzione di P. Krüger). Il testo greco, tratto da Bas. 7.6.12, è stato riportato secondo l'edizione curata da H.J. Scheltema e N. van der Wal e non presenta significative differenze rispetto a quello riprodotto dal Krüger. È difficile individuare l'autore dell'epitome inserita nei Basilici; data la sua notevole stringatezza, sembra difficile pensare a Taleo (cfr. invece *infra*, nt. 24) e verrebbe piuttosto da suggerire il nome di Anatolio, che pure fu utilizzato per il testo dei Basilici: cfr. da ultimo J.H. LOKIN e R. MEIJERING, *Anatolius and the Excerpta Vaticana et Laurentiana*, Groningen 1999, p. 9 ss.; cfr. anche pp. 166 ss.; 256 ss. Una fattispecie apparentemente non troppo dissimile era prevista in una legge del Codice Teodosiano: cfr. CTh. 2.1.6 (anno 385, Occid.): ... *si quis litigator se vel fastidio vel gratia cognitoris aut non auditum aut dilatum docerit, et eius litis quae protracta est aestimationem fisco nostro iudex praestet et in primores officii poena deportationis ilico deprometur*.

⁸ Prisc. fr. 8, ed. F. BORNMANN, *Prisci Panitae fragmenta*, Firenze 1979, p. 48,2-3: ...μακροῦ ἐπὶ ταῖς δίκαις παρατεινομένου χρόνου καὶ πλείστον ἑκδαπανομένου

L'obiettivo di accelerare la conclusione dei processi, d'altronde, trova significativa espressione proprio nella const. *Haec, quae necessario*, che il 13 febbraio 528 dispone la redazione del *Novus Codex*, mentre è appena accennato al tempo della pubblicazione del Digesto⁹, ciò che potrebbe indicare che con il passare del tempo gli si attribuiva minor rilievo rispetto ad altri aspetti. Nei primi anni del regno, però, esso dovette altresì costituire un motivo propagandistico diffuso nelle province, perché se ne trova menzione anche in un passo di Ioannes Malalas che, in un contesto forse un po' confuso, lo collega con la redazione del Codice e con l'emanazione di altre leggi da parte di Giustiniano¹⁰:

χορημάτων ... (anche in R.C. BLOCKLEY, *The Fragmentary Classicising Historians of the Later Roman Empire*, II, Liverpool 1983, 268,449-450). Prisco ammette che possa capitare che i processi durino a lungo, ma attribuisce il fatto alla necessità di ricercare meticolosamente il giusto (p. 49,18-23 Bornmann = II,270,484-488 Blockley); quanto alle spese, le ritiene un equo compenso rispetto alle garanzie di efficacia e di imparzialità che assicura l'amministrazione pubblica della giustizia.

⁹ Nella prima legge tale obiettivo è menzionato due volte, tanto nel *principium* (*Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt ... in praesenti rebus donare communibus auxilio dei omnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare...*) quanto nel § 3: *...ut ex eo tantummodo nostro felici nomine nuncupando codice recitatio constitutionum in omnibus ad citiores litium decisiones fiat iudiciis*. Esso ritorna nella const. Δέδωκεν, § 12: *... χρήσονται νόμοις ὀρθοῖς τε καὶ συντόμοις καὶ πᾶσιν προχείροις καὶ τὴν τῶν δικῶν συντομίαν ἀσπαζομένοις ...*; il corrispondente passo della const. *Tanta* omette invece il riferimento alla rapida conclusione dei processi. Fra quest'ultima e la facilità di reperire le norme idonee (specie in tema di costituzioni imperiali) si pone dunque un significativo nesso, e questo pare collocarsi sulla linea delle argomentazioni di Prisco di cui alla nota precedente.

Per una sintetica esposizione delle leggi dei secoli IV-V volte a disciplinare i tempi dei processi di secondo grado, cfr. F. PERGAMI, *Sulla «ragionevole durata» del processo nella legislazione tardoimperiale*, in *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F. D'IPPOLITO, Napoli 2007, III, p. 2063 ss.

¹⁰ Mal. XVIII,38 (ed. I. THURN, *Ioannis Malalae Chronographia*, Berolini et Novi Eboraci 2000, p. 376,94-97 = p. 448,6-9 Dindorf). Lo storico ricorda quindi, separatamente dal Codice che potrebbe essere stato ancora in corso di elaborazione, specifiche leggi destinate ad abbreviare i processi ed emanate, a quanto parrebbe, intorno all'epoca della redazione del medesimo; difficilmente quindi si riferirà a C. 3.1.13, che è del marzo 530 (per la cronologia degli avvenimenti narrati in questi paragrafi, cfr. anche T. HONORÉ, *Tribonian*, Ithaca-New York 1978, p. 46 s.). Si tenga infatti presente che in un precedente passo in cui parla del «rinnovamento» della legislazione dei predecessori con espressioni simili a quelle riportate sopra (XVIII,20 p. 365,60-366,71 Thurn = p. 437,3-16 Dindorf: Ὁ δὲ αὐτὸς βασιλεὺς ἀνένεωσε τοὺς νόμους τοὺς ἐκ τῶν προλαβόντων βασιλέων θεσπιθέντας, καὶ ποιήσας νεαροὺς νόμους ἔπεμψεν κατὰ πόλιν ...) indica esclusivamente leggi del 528: nell'ordine: C. 1.53.1; 5.27.8; un'altra non facilmente identificabile e forse perduta; C. 4.20.16. Assai più avanti (XVIII, 67: p. 393,72-77 Thurn = p. 470,19 - 471,1 Dindorf) lo storico ricorda anche la legislazione giustiniana sulle spese processuali e sui limiti imposti

Ἐν αὐτῷ δὲ τῷ χρόνῳ ἀνακωδίκευσις ἐγένετο τῶν παλαιῶν νόμων καὶ ποιήσας ἰδίους νόμους κατέπεμψεν ἐν πάσαις ταῖς πόλεσι πρὸς τοὺς δικαζομένους μὴ περιπίπτειν θλίψεσι καὶ ζημίαις, ἀλλὰ ταχεῖαν ἔχειν τὴν ἀπαλλαγὴν ...

Le parole dello storico ci fanno pensare che la legislazione a cui egli allude non sia nata per far fronte a qualche richiesta o episodio contingente, ma che costituisca, non meno dell'iniziativa di riunire in un unico Codice la legislazione imperiale, il frutto di una scelta programmatica del nuovo sovrano. Fra l'altro, proprio il nostro autore potrebbe averci conservato notizia del risultato che Giustiniano si proponeva di raggiungere accelerando la conclusione dei processi: evitare cioè ai litiganti affanni e spese. Poiché espressioni simili si trovano anche in alcune novelle giustinianee¹¹, è abbastanza verosimile

alle *sportulae*: Ὁ δὲ αὐτὸς βασιλεὺς κατέπεμψεν ἐν πάσαις ταῖς πόλεσι νόμους ἕνεκεν τῶν δικαζομένων περὶ τῶν παρεχομένων δαπανημάτων ἐν ταῖς διαγνώσεσιν, ὁμοίως δὲ καὶ περὶ τῶν παρεχομένων σποροτύλων, θεσπίσας μηδὲνα τολμᾶν λαμβάνειν περαιτέρω τῆς παρ' αὐτοῦ τυπωθείσης ποσότητος. Ἐν δὲ τῇ Ἀντιοχείῳ πόλει ἐν τίτλοις σανίδων ἐπεγράφη δι' Ἑλληνικῶν γραμμάτων. Si tratta della famosa costituzione giustiniana sui limiti delle *sportulae* (e forse anche sulle spese processuali in genere, dato che il rapporto fra i due aspetti è complesso, come mostra lo studio del Sitzia citato *infra*), purtroppo perduta, ma forse emanata nel giugno 530 (cfr. P. Krüger, *ad C.* 3,2,5; F. SITZIA, *Su una costituzione di Giustiniano in tema di «sportulae»*, in *BIDR* 75, 1972, p. 227 s.) e ricordata in numerose fonti successive: cfr. M. AMELOTTI e L. MIGLIARDI ZINGALE (a cura di), *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*, 2ª ediz., Milano 1985, p. 39 e nt. 2; U. VINCENTI, «*Ante sententiam appellari potest*», cit., p. 105 nt. 5; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, neu bearbeitet von K. HACKL, München 1996, p. 558 nt. 34 (per un'idea del suo possibile contenuto si può ora far riferimento ad un'iscrizione mutila, trovata in Palestina a Caesarea Maritima, che indica il livello di *sportulae* processuali fissato in un editto di Flavio Puseo, prefetto del pretorio d'Oriente negli anni 465-467 all'incirca, o forse nel 473: cfr. L. DI SEGNI, J. PATRICH e K.G. HOLM, *A Schedule for Fees (sportulae) for Official Services from Caesarea Maritima, Israel*, in *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 145, 2003, p. 273 ss.; cfr. inoltre C. 1.3.32.5, del 472; 12.25.4.2, del 474; 12.21.8.3-8, del 484; 12.29.3.1-3, di Zenone; 12.19.12.1, di Anastasio; non è databile C. 10.11.8.4). Malalas fa quindi menzione di alcune misure prese da Giustiniano per eliminare o ridurre due degli inconvenienti lamentati nel passo di Prisco citato sopra (nt. 8), ciò che testimonia sia la sensibilità diffusa per tali problemi, sia la pubblicità che il sovrano aveva voluto attribuire ai provvedimenti presi. Sul fatto che l'autore possa avere utilizzato documentazione diffusa nelle province per dare notizia delle iniziative imperiali, cfr. R. SCOTT, *Malalas and Justinian's Codification*, in E./M. JEFFREYS e A. MOFFATT (edd.), *Byzantine Papers. Proceedings of the First Australian Byzantine Studies Conference Canberra, 17-19 May 1978*, Canberra 1981, p. 12 ss.; la sua tesi può trovare conferma nell'ultimo passo citato del nostro storico, nel quale si afferma che ad Antiochia la legge sulle *sportulae* fu iscritta su tavole.

¹¹ La nov. 17.3 (anno 535) invita il governatore provinciale a liberare i sudditi

che Malalas abbia qui riprodotto fedelmente, se non le precise parole, per lo meno il senso di quanto al proposito stava nel proemio della legge o che comunque veniva proclamato in provincia.

Il dato assume particolare significato perché ci saremmo forse aspettati qualcosa di diverso; conoscendo infatti l'importanza che l'imperatore attribuiva alla realizzazione giudiziaria del diritto e della giustizia¹², si poteva pensare che solo a quest'ultimo risultato fosse funzionale la celerità nei processi e che questa pertanto costituisse in qualche modo un valore subordinato a quello indicato per primo. Le parole di Malalas, invece, ci dicono che essa per il legislatore costituiva un valore autonomo, degno di essere realizzato di per sé, o che per lo meno come tale essa era presentata fin dall'inizio.

Ciò è particolarmente degno di nota, perché non poteva non sottintendere la consapevolezza che essa, in quanto tale, potesse venire a trovarsi in contrasto con altri principii o valori ai quali si ispirava il processo e che quindi potesse essere necessario perseguire diverse linee d'intervento per ottenere un risultato normativo equilibrato. Tale consapevolezza, del resto, traspare anche dal contenuto dei paragrafi della costituzione citata che pure affrontano il problema della rapida conclusione dei processi sotto alcuni profili determinati.

Nel *principium* di essa, come si è visto, l'imperatore ordina ai giudici di pervenire rapidamente alla sentenza e pare voler addebitare ad essi la causa di eventuali ritardi, immaginando che le parti¹³, (forse per liberarsi da affanni e spese, secondo le affermazioni riportate da Malalas) siano desiderose di far procedere la lite e che il giudice non dia loro ascolto. In tal caso, non trova di meglio che invitarle a ri-

dalla reciproca φιλοεικία e a non permettere che siano danneggiati (ζημιούσθαι) a causa delle spese giudiziali, ma a giudicare anche senza costi se non sono in grado di pagarle; la nov. 82.5 (anno 539), disponendo una procedura semplificata per le liti minori che si svolgevano nella capitale, afferma che così sarebbero state giudicate più celermente e le parti sarebbero state liberate dai corsi e ricorsi delle *cognitiones* e dal consumo del tempo; la nov. 86 pr. (anno 539) sottolinea il desiderio dell'imperatore di liberare i sudditi da ogni molestia (δυσχέρεια), danno (βλάβη), abbattimento (συντριβή), in particolare per dover lasciare la patria a causa di contese giudiziarie.

¹² Cfr., ad esempio, nov. 8.12 pr.; 25.2 pr.; 62.1.2; 69 praef.; 86.1-2.

¹³ O anche una sola di esse; però, dato il carattere epitomato del testo a noi pervenuto, mi pare inutile indulgere a supposizioni su quale potesse essere il ruolo del convenuto, che sarà poi precisato dalla nov. 112.3. Le espressioni usate dall'epitomatore sembrano presupporre che la procedura contenziosa abbia già avuto inizio, quanto meno con l'invio del *libellus conventionis*, ma è possibile che la costituzione prevedesse anche il caso di renitenza del giudice a dar corso alla richiesta dell'attore: cfr. F. GORIA, *Ricusazione del giudice e «iudices electi» da Costantino a Giustiniano*, in S. PULIATI e A. SANGUINETTI (a cura di) *Legislazione, cultura giuridica, prassi nell'età giustiniana tra passato e futuro*, Milano 2000, p. 193 nt. 90.

volgersi direttamente al sovrano e ad attendere le sue decisioni (consistenti verosimilmente nella minaccia di sanzioni al magistrato in questione, o nell'affiancamento a lui di un altro giudice, nominato dall'imperatore stesso)¹⁴. Si può discutere se un ricorso del genere avrebbe effettivamente portato alla riduzione dei tempi processuali; certo sarebbero cresciute le spese, ma Giustiniano era evidentemente fiducioso che la sola minaccia di un proprio intervento avrebbe convinto i giudici a procedere con sollecitudine.

3. Vi è motivo di credere che anche gli altri paragrafi della costituzione siano in qualche modo connessi con l'obiettivo di togliere di mezzo possibili ostacoli ad un celere svolgimento dei processi¹⁵. Sempre secondo l'epitome conservata, il loro tenore sarebbe stato il seguente:

1. Εἰ δὲ καὶ παρατεῖται τις τὸν δικαστὴν εὐλόγως πρὸ προκατάρξεως, ἐκ θείας προσελεύσεως ἑτέρου τεύξεται δικαστοῦ ἢ συνδικαστοῦ, ἢ καὶ ἀλόγως παραιτησάμενος ὠθισθήσεται· μετὰ γὰρ προκάταρξιν δικαστῆς ἕτερος ἢ συνδικαστῆς μὴ αἰτείσθω.
2. Παρ' ἐνὶ δὲ δικαστῇ τὸ πᾶν κινεῖσθω τῆς ὑποθέσεως· κἂν ἀπρόσφορος

¹⁴ Nel primo senso si possono addurre le nov. 17.3 e 86.1; nel secondo, la nov. 13.2 (secondo cui nelle cause pecuniarie il sovrano dà spesso un giudice aggiunto) e la nov. 86.2, per il caso in cui il preside sia *suspectus*. Entrambe le eventualità sembrano prospettate dalla nov. 113.2 (precisazioni in Iulian. 106.370; Athan. 4.16). Sanzioni contro il giudice che non avesse dato ascolto ad una parte o ne avesse differito l'udienza erano previste in CTh. 2.1.6 (a. 385, Occid.): *... si quis litigator se vel fastidio vel gratia cognitoris aut non auditum aut dilatatum docuerit, et eius litis quae protracta est aestimationem fisco nostro iudex praestet et in primores officii poena deportationis ilico deprometur*.

In Epit. 14.55 (J. ZEPOS e P. ZEPOS, *Jus Graecoromanum*, Atene 1931, rist. Aalen 1962, IV,362), che cita espressamente la nostra legge, l'ingiustificato ritardo da parte del giudice pare considerato giusta causa di ricasazione, con relativo ricorso all'imperatore:

... σημ. πᾶς δικαστῆς τέμνει τὰς δίκας χωρὶς ὑπερθέσεως· ἐπεὶ παραιτοῦνται αὐτὸν οἱ δικαζόμενοι καὶ περὶ τούτου βασιλεῖ διδάσκουσιν. βι. γ' τι. α' διατ. ιβ'.

L'interprete ha evidentemente pensato a ritardi nell'avvio della lite, perché altrimenti si sarebbe posto in contrasto con il § 1, che vietava la ricasazione dopo la *litis contestatio*; è però vero che l'esito di un ricorso per diniego di giustizia poteva essere analogo a quello che faceva valere una ricasazione.

¹⁵ Ciò viene correntemente ammesso dagli studiosi: cfr. ad es. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, p. 240 s.; G. BASSANELLI, *La legislazione processuale*, cit., p. 211; U. VINCENZI, «*Ante sententiam appellari potest*», cit., p. 110. In C. 3.1.16 (anno 531) infatti, Giustiniano ricorda il divieto di ricasare il giudice dopo la *litis contestatio*, contenuto in C. 3.1.12.1, giustificandolo con lo scopo *ne lites in infinitum extendantur*. Lo stesso fine motiva, in tale costituzione, il divieto di interporre appelli per pronunce interlocutorie anteriori alla sentenza definitiva, contenuto in C. 7.62.36, che probabilmente è da congiungere con C. 3.1.12.

οὗτος ἐπί τινι δόξῃ κεφαλαίῳ ἕξ οἰκείας ψήφου, ἐπὶ τὸν πρόσφορον αὐτὸ παραπεμπέτω· δεύτερον γάρ τις ἢ πλεόν αἰτιασάμενος καὶ τὰς ἐκ τῆς δευτέρας αἰτίας κατὰ τὸ διπλάσιον καταθήσει ζημίας καὶ ἐγγυῶν χωρὶς ἢ ἐξωμοσίας ἐκ τῆς δευτέρας ὑπομνήσεως παρὰ τῷ πρώτῳ κινήσει δικαστῆ¹⁶.

Il primo paragrafo affronta il tema della riconsuazione del giudice competente (quello effettivamente munito di propria *iurisdictio*) e dispone che avvenga con motivato ricorso all'imperatore, da effettuare prima della *litis contestatio*; essa, se accolta, comporterà la nomina di un altro giudice (da intendere come delegato del sovrano?) o di un giudice aggiunto.

Al di là della precisa determinazione, non del tutto agevole, degli aspetti innovativi delle legge¹⁷, e al di là della rinnovata domanda, se il ricorso all'imperatore (prima della *litis contestatio*) fosse effettivamente il mezzo più rapido per una soluzione del problema, va sottolineata l'individuazione del tentativo di riconsuare il giudice nel corso del procedimento come una delle cause di allungamento dei tempi della lite. La questione era delicata, perché coinvolgeva un altro dei valori di fondo del processo, l'esigenza, cioè, che il giudice fosse assolutamente imparziale¹⁸; in effetti, era ben possibile che i dubbi su quest'ultimo requisito insorgessero nel corso stesso del procedimento, qualora, ad esempio venisse negato senza apparente giustificazione un rinvio necessario per la produzione di documenti o per l'assunzione di testimoni¹⁹. L'imperatore adotta una linea equilibrata: la riconsuazione

¹⁶ C. 3.1.12.1-2: *Si quis vero iudicem iusta ex causa ante litem contestatam recusat, imperatore adito alium iudicem aut aliquem qui cum illo iudicet accipiet vel etiam, si sine causa recusavit, repellatur: post litem enim contestatam alius iudex aut collega iudici non petatur. 2. Apud unum autem iudicem tota causa agatur: quod si is ex parte aliqua competens non esse videbitur, sententia sua eam ad competentem remittat. Nam qui iterum vel saepius exigit, et damna quae ex secunda conventionione proveniunt in duplum restituet et sine fideiussoribus vel iuratoria cautione ex secunda commonitione apud priorem iudicem aget.* La traduzione latina, di P. Krüger, riflette nel § 2 l'interpunzione da lui inserita, che è diversa da quella del testo greco, sopra riportato, edito da H.J. Scheltema e N. van der Wal: cfr. anche *infra*, nt. 18.

¹⁷ Per un esame della questione si vedano per tutti, in senso non sempre conforme, W. LITWISKI, *Die Ablehnung (recusatio) des Richters im römischen Recht*, in *TR* 67 (1999), p. 39 ss.; F. GORIA, *Riconsuazione del giudice*, cit., p. 192 ss.

¹⁸ Esso viene esplicitamente proclamato in C. 3.1.16 (anno 531): *...quia sine suspitione omnes lites procedere nobis cordi est...*

¹⁹ Questi ed altri esempi di richieste respinte *impatientia vel iniquitate iudicum* sono contenute in una costituzione di Valentiniano I del 364 o 365 non recepita nel Codice Giustiniano: CTh. 11.36.18. Gli esempi indicati compaiono anche in C. 7.62.36 (che probabilmente faceva parte della nostra costituzione: cfr. l'edizione di P. Krüger *ad h.l.*) come casi tipici di *interlocutiones* contro le quali veniva fatto divieto di

resta possibile prima della *litis contestatio*, cioè sostanzialmente se le ragioni addotte a supporto di essa sono antecedenti l'inizio di quella specifica lite; se invece si sono manifestate nel corso di quest'ultima, viene evidentemente ritenuto più corretto che siano fatte valere come motivi d'impugnazione (salva l'eventualità di un ricorso all'imperatore nel caso di ingiustificati ritardi da parte del giudice).

Il secondo paragrafo enuncia il principio dell'unicità dell'organo giudicante per tutte le questioni di causa, anche per quelle semplicemente connesse e teoricamente separabili; se poi per alcune di esse il giudice adito rilevasse la propria incompetenza, a quanto pare dovrebbe trasmettere gli atti dell'intera lite a quello competente²⁰; non è invece consentito all'attore proporre due volte l'azione (evidentemente per la stessa pretesa e presso differenti giudici), ciò che potrebbe significare il divieto di frazionare questioni in sé connesse o forse anche quello di abbandonare la lite in corso e riproporla in altra sede²¹.

proporre immediatamente appello. Cfr. anche il passo di Epit. 14.55 citato *supra* alla nt. 14.

²⁰ Così mi pare che si debba intendere il passo che, forse a causa di scarsa precisione dell'epitomatore, non è del tutto perspicuo. In particolare, si può discutere se il giudice, constatando (presumibilmente d'ufficio) la propria incompetenza su qualcuna delle questioni proposte (la cui trattazione congiunta era già disposta da C. 3.1.10 dell'anno 325) e individuando il magistrato competente (che questo sia un suo compito risulta dal fatto che il soggetto di *παραπεμπέτω* è sempre οὗτος, cioè il giudice), gli debba automaticamente trasmettere gli atti di causa, o se invece li restituisca all'attore perché provveda ad instaurare le lite nella nuova sede. Il punto possiede una certa rilevanza teorica perché coinvolge un'interpretazione più o meno lata del principio dispositivo (espresso in C. 3.7.1, del 284); la tesi di cui sopra è favorita dall'interpunzione adottata da P. Krüger, che, non ponendo la virgola dopo *ψηφου*, fa oggetto della sentenza anche il rinvio al nuovo giudice; invece, la *recensio* di H.J. Scheltema e N. van der Wal, riportata sopra nel testo, consente di attribuire ad essa anche solo la dichiarazione d'incompetenza e l'individuazione della sede adatta. A parte queste considerazioni testuali, il motivo che m'induce a preferire l'interpretazione di cui al testo è che, adottandone una diversa, occorrerebbe ripetere la citazione, con aggravio di spese e perdita di tempo.

²¹ Nel primo senso si esprime U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, cit., pp. 157 nt. 108; 240 nt. 10, ritenendo che la legge riprendesse qui il principio già affermato in C. 3.1.10 (anno 325), ma questo presuppone una certa elasticità nel valutare il requisito della *eadem res*, che mi pare necessario comunque sottintendere benché la nostra epitome non lo menzioni espressamente; a parte ciò, la sua tesi presuppone che s'intenda il testo nel senso che la seconda citazione (al fondamento della quale alluderebbe il termine *αἰτία*) vada ad aggiungersi alla prima presso lo stesso giudice, ma in modo separato da essa, perché non vi si applicano la *fideiusio iudicio sistendi causa* o la *cautio iuratoria* eventualmente prestate. Anche una seconda ipotesi mi sembra comunque proponibile, giacché il testo potrebbe anche intendersi nel senso che l'interessato agirà comunque presso il primo giudice (s'intende, in base alla prima citazione, che resterebbe salva), mentre cadrebbero le ga-

La riaffermazione di questi principii – certo non nuovi, ma dei quali vengono precisate alcune conseguenze e sanzioni – mostra che si sono individuati punti che potevano facilmente dare luogo a dilazioni e lungaggini, ma che costituivano elementi centrali del sistema processuale: da un lato la pluralità dei criteri di competenza – fra i quali potevano sorgere conflitti, di cui gli estensori si resero conto anche se non li risolsero totalmente²² –, dall'altro la libertà dell'attore nel determinare i confini della domanda.

4. Agli argomenti della costituzione or ora indicati bisogna probabilmente aggiungerne ancora uno, che doveva essere compreso in essa, ma che per ragioni sistematiche nella compilazione del Codice fu separato dagli altri e finì in un diverso titolo e libro del medesimo²³. Sempre secondo l'epitome trasmessa dai Basilici, C. 7.62.36 recita:

Χρή μετὰ πᾶσαν τὴν δίκην τότε τὴν ἔκκλητον ἐπιδοθῆναι (οὐδὲ γὰρ βλάπεται τις, ἐὰν ἐν τῷ μεταξύ ἐγένετο διαλαλιὰ ἀπαρνούμενη αὐτῷ δίκαιον ἀρμόζον αὐτῷ, τουτέστιν ἢ μαρτύρων παραγωγὴν ἢ ἀνάγνωσιν συμβολαίου· δύναται γὰρ ἐν τῷ ἐκκλήτῳ πάντα γυμνάσαι), ἵνα μὴ κατὰ τῆς μήσης διαλαλιᾶς ἐπιδοδομένης ἐκκλήτου μῆκος διδῶται ταῖς ὑπερθέσεσι, πολλάκις ἐν τῇ αὐτῇ ὑποθέσει ἐπιδοδομένης ἐκκλήτου καὶ ἐξεταζομένης, πάλιν ἄλλου κεφαλαίου γυμναζομένου καὶ πάλιν καὶ κατ' αὐτοῦ παρεχομένης ἐκκλήτου. Ἐὰν δὲ διατητής ἐστὶν ὁ ἐν μέσῃ διαλαλιᾷ δικαίον τι αὐτοῖς ἀρνησάμενος, κελεύει ἐγγράφως τούτῳ ἐπισκήπτειν, ὥστε ἐν τῇ ἐκκλήτῳ φυλάττεσθαι αὐτοῖς τὴν περὶ τούτου δικαιολογίαν ἀπρόκριτον. Εἰ δὲ παρὰ ταῦτα γένηται, μήτε δεχέσθω τὴν ἔκκλητον ὁ δικαστής, καὶ αὐτὸς ὁ ἐκκαλεσάμενος ὑπὲρ τῆς παραβάσεως πενήτηντα λίτρας ἀργύρου παρεχέτω²⁴.

ranzie prestate in occasione della seconda (giacché questa perderebbe valore; il vocabolo αἰτία indicherebbe qui semplicemente la condotta descritta come αἰτιᾶσθαι). Non può essere affrontato qui il problema di precisare i rapporti fra il nostro testo e C. 2.2.4 (purtroppo ricostruita anch'essa in base al testo dei Basilici e non databile con qualche precisione, ma probabilmente anteriore al dicembre 528, perché sembra presupposta da C. 7.17.1.3), la quale punisce con l'obbligo di risarcire i danni (*in simplum*, anziché *in duplum*) e con la perdita della lite chi agisca una seconda volta per la stessa pretesa.

²² Infatti, la legge non sembra aver precisato in base a quale criterio, nel conflitto delle competenze, il secondo giudice (al quale dovevano essere inviati gli atti) dovesse prevalere, né se questi fosse considerato come delegato dal primo per le questioni per le quali la competenza spettava (solo?) a costui.

²³ Cfr. la nota di P. Krüger a C. 7.62.36 e G. BASSANELLI, *La legislazione processuale*, cit., p. 201 nt. 180. In effetti, la costituzione è esplicitamente orientata alla riduzione dei tempi processuali, che è l'obiettivo di C. 3.1.12.

²⁴ Trad. Krüger: *Tota lite finita appellationem interponere oportet (neque enim*

L'appello dunque non potrà essere presentato prima della sentenza definitiva; in particolare non potranno essere soggette ad esso le pronunce interlocutorie che negassero l'escussione di testimoni o la produzione di documenti²⁵. Benché la costituzione non lo dica espressamente, si deve intendere che il divieto d'impugnazione valga anche per eventuali *interlocutiones* intervenute prima della *litis contestatio* (e quindi anche per quelle sulla competenza), com'è confermato da C. 7.45.16, che respinge un'interpretazione abnorme, in tema di ricusazione del giudice, suscitata, o quanto meno favorita, dalla nostra legge²⁶. Il secondo periodo conferma che la regola vale anche quando il giudice è stato delegato dal titolare della giurisdizione (nel qual caso, com'è noto, l'appello va al delegante), solo che in questo caso la parte che lamenta il mancato riconoscimento di un proprio diritto deve farne rimostranza scritta, in modo che in sede di impugnazione

damno aliquis afficitur, si interim interlocutio facta est, qua ei ius competens abiudicatur, id est vel testium productio vel instrumenti recitatio: potest enim in appellatione omnia persequi), ne interposita adversus interlocutionem appellatione dilationes extendantur, dum saepe in eadem causa appellatio interponitur et examinatur, deinde alio capite tractato rursus adversus hoc appellatio porrigitur. 1. Quod si arbiter interlocutione eis ius aliquod abiudicaverit, iubet in scriptis ei contradicere, ut sibi in appellatione eius rei defensionem a praeiudicio liberam tueantur. Si vero adversus ea factum fuerit, neque appellationem iudex recipito et appellator ipse pro commisso quinquaginta argenti libras solvito. Il testo riportato di Bas. 9.1.126 (ed. H.J. Scheltema – N. van der Wal) non differisce da quello inserito da P. Krüger nella sua edizione del Codice; l'autore di esso potrebbe nel nostro caso essere Taleleo, cosa che è più difficile ammettere per Bas. 7.6.12 = C. 3.1.12.

²⁵ Appunto queste pronunce – insieme con quelle che *impatientia vel iniquitate iudicum* respingevano l'opposizione di un'eccezione o la richiesta di *ad agendum locus* – erano indicate come appellabili, in deroga al divieto generale, dalla già citata costituzione di Valentiniano I del 365, riportata in CTh. 11.36.18 e non raccolta nel *Codex Iustinianus*. Si noti però che tale costituzione sembra considerare già escluso dal divieto il caso di incompetenza del giudice. Su questa legge si vedano per tutti U. VINCENTI, «Ante sententiam appellari potest», cit. (*supra*, nt. 4), pp. 64 ss.; 99; M. KASER – K. HACKL, *Das röm. Zivilprozessrecht*, cit., p. 618; *ibid.*, nt. 8 la bibliografia essenziale sulla costituzione giustiniana di cui al testo, sulla quale si vedano in particolare U. ZILLETI, *Studi sul proc. civ. giust.*, cit., p. 228 ss.; U. VINCENTI, *op. cit.*, p. 106 ss.

²⁶ C. 7.45.16 (1° 12.530): *Cum solitum est in sententiis iudicum sic interlocutionem proferri, ut non liceat partibus ante definitivam sententiam ad appellationis vel recusationis venire auxilium, quidam putabant non licere ante litem contestatam nec iudicem recusare, quemadmodum nec ab eo appellare. Cum enim simul utrumque vocabulum ponitur tam appellationis quam recusationis, provocatio autem ante litem contestatam non potest porrigi, putabant, quod nec recusare quidem iudicem cuidam conceditur ante litem contestatam. Quod minime vetitum est. Caveant itaque iudices huiusmodi sermonem simul et sine certa distinctione proferre.*

la questione possa essere discussa *ex novo*, senza che la sentenza intervenuta assuma valore pregiudiziale²⁷.

Al di là delle particolarità del procedimento, va notato come, per giustificare l'assolutezza del divieto, la cancelleria compia una valutazione comparativa fra il danno che può derivare alla parte dal non aver potuto subito impugnare ed il risparmio di tempo che in tal modo si realizzerà: a favore di quest'ultimo pesa la constatazione che in un processo le pronunce interlocutorie possono essere numerose; ora, il fatto di poterle concentrare in un unico appello consente una notevole accelerazione del procedimento di primo grado, mentre la parte non perde comunque la facoltà d'impugnazione, nella quale, oltre alla contestazione delle pronunce interlocutorie, può anche inserire ulteriori motivi. Questo tipo di valutazione ha forse il difetto di non considerare che le sentenze interlocutorie non hanno tutte la stessa incidenza sui tempi processuali (ad esempio, un'errata pronuncia sulla competenza renderebbe inutile l'intero processo di primo grado, di modo che ci si potrebbe domandare se non converrebbe correggerla subito²⁸), ma conferma quanto osservato sopra, cioè che la cancelleria imperiale è ben consapevole che il perseguimento della celerità richiede un bilanciamento con altri principii o valori con i quali può venire in conflitto.

Com'è stato correttamente osservato²⁹, le disposizioni ora contenute in C. 7.62.36 avrebbero potuto incentivare il frazionamento più o meno fittizio delle domande, ma se immaginiamo che nel testo completo della legge esse fossero collocate prima del § 2 dell'attuale C. 3.1.12, possiamo pensare che quest'ultimo fosse indirizzato anche a contrastare tale fenomeno; infatti, come si è visto, esso ribadisce l'esigenza che l'intera questione sia portata davanti ad un unico giudice, che abbia la competenza di esaminarne tutti gli aspetti. La perdita dell'originale e la stringatezza dell'epitome non ci consentono di aggiungere altre precisazioni, ma è chiaro che in questo caso la pronuncia di rimessione ad altro giudice sarebbe sentenza definitiva, e quindi immediatamente appellabile³⁰; del resto, è possibile che, almeno

²⁷ Tale atto scritto è necessario per poter addurre la questione come motivo d'impugnazione e inoltre incide verosimilmente sull'onere della prova; il motivo per cui è previsto solo per il caso di un giudice delegato sta forse in ciò, che fra lui e il delegante (che deciderà sull'impugnazione) vi è normalmente un rapporto fiduciario che potrebbe danneggiare l'appellante.

²⁸ In questo senso si esprime, ad esempio G. BASSANELLI, *La legislazione processuale*, cit., p. 210.

²⁹ Cfr. U. ZILLETI, *Studi sul proc. civ.*, cit., p. 231.

³⁰ Ciò non sarebbe avvenuto, per contro, ove il magistrato investito della domanda avesse invece affermato la propria competenza su tutti gli aspetti della questione controversa.

quando la parziale incompetenza derivasse da considerazioni territoriali, la rimessione portasse la lite proprio di fronte al giudice dell'impugnazione. Comunque sia di ciò, la costituzione giustiniana sembra aver previsto possibili conseguenze negative della completa soppressione della possibilità di appellare *ante sententiam* ed avere tentato di porvi rimedio.

5. Non sappiamo se la nostra costituzione contenesse ancora altre misure dirette ad accelerare lo svolgimento dei processi: si potrebbe pensare a C. 4.20.16, scritta in greco forse nel periodo di coreggenza e comunque anteriormente al 1° giugno 528. Essa estende al processo civile l'obbligo di testimoniare già previsto per quello penale e nel § 1 prevede che i testi che abitano fuori della capitale possano essere sentiti nel loro domicilio a cura dei procuratori delle parti. Tuttavia, proprio quest'ultima disposizione sembra prospettarne l'origine come collegata a problemi insorti presso le corti costantinopolitane piuttosto che come provvedimento generale di riforma³¹; d'altro canto essa appare ispirata più dall'esigenza di ricercare la *veritas rei* che da quella di assicurare la rapida conclusione delle liti; pare pertanto preferibile, com'è del resto opinione corrente, non congiungerla con C. 3.1.12.

Considerando dunque i testi che con una certa verosimiglianza dovevano appartenere alla legge che è oggetto del nostro studio, vediamo che l'imperatore ha mostrato la volontà di affrontare con decisione un problema certo avvertito dall'opinione pubblica, ma delicato e complesso per le sue varie sfaccettature. Cercando di cogliere le caratteristiche principali di questo primo intervento, rileviamo anzitutto che esso riguarda unicamente i procedimenti di primo grado³²; inoltre, che esso – sia per desiderio di compiacere i sudditi, sia perché il sovrano ritenesse generalmente diffusa l'aspirazione ad una ra-

³¹ In questo senso argomenta, non senza plausibilità se l'epitome che ci è giunta riproduce correttamente il dettato originale, G. BASSANELLI, *La legislazione processuale*, cit., p. 197 ss.

³² Agli appelli sono dedicate, in questi primi anni di regno, una costituzione del 528 (C. 7.70.1), che vieta di *provocare* più di due volte sugli stessi *capitula* (salvo il ricorso al delegante, effettuato prima della *litis contestatio*, nei confronti del giudice delegato) e due del 529: C. 7.64.10 / 7.62.37, del 6 aprile, che da un lato vieta ad una parte di appellare esclusivamente per il mancato riconoscimento delle spese di lite se la controparte ha già impugnato nel merito, dall'altro snellisce gli appelli *more consultationum* a seconda del valore della lite; C. 7.63.5, del 17 novembre, che, oltre a disciplinare in base alla distanza i tempi di instaurazione dell'appello di fronte al *comitatus* imperiale, a ridurre il tempo di perenzione del giudizio ed a sanzionare l'inattività dell'appellante, conferma il potere di quest'ultimo di ricorrere all'imperatore quando l'inerzia sia dovuta al giudice (§ 4).

vida conclusione delle liti per liberarsi da affanni e spese – sembra attribuire al giudice la responsabilità di un andamento corretto, anche nei tempi, del corso del processo, mentre a carico delle parti ipotizza soltanto l'eventualità di ricusazioni tardive o di impugnazioni troppo frequenti e sollecite, ancorché forse non ingiustificate. Vista da lontano, pare una prospettiva un po' illusoria, ma non possiamo escludere che qualche episodio rilevante abbia convinto il legislatore a concentrare l'attenzione in primo luogo su tali fenomeni.

Un altro aspetto che colpisce è la ritrosia a disciplinare con normativa generale i fenomeni delle inadempienze del magistrato e della ricusazione del medesimo: l'unico rimedio previsto è il ricorso al sovrano stesso. Non siamo in grado di precisare se ciò sia dovuto a lucida percezione della difficoltà di predisporre una regolamentazione generale e astratta su questioni che potevano presentare un'infinità di sfaccettature legate ai casi concreti; sta di fatto che l'intervento diretto dell'imperatore nell'amministrazione della giustizia corrisponde abbastanza bene con la posizione che, fin dai suoi primi anni di regno, Giustiniano si riserva in ordine alla creazione e all'interpretazione del diritto³³.

Entro i limiti indicati, e tenendo altresì presente il rilievo, già esposto, secondo cui la cancelleria mostra la consapevolezza di dover armonizzare differenti principii e valori per ottenere che l'accelerazione dei procedimenti non porti a risultati squilibrati³⁴, si può riconoscere a questo primo intervento giustiniano una certa organicità, non nel senso di una visione completa delle questioni in gioco, ma in quello più limitato di un insieme coordinato di misure dirette allo stesso fine.

È ben vero che alcuni dei punti toccati nella C. 3.1.12 sono successivamente oggetto di precisazioni, integrazioni o riforme, che non

³³ Si pensi, ad esempio, a C. 1.14.12 (del 30 ottobre 529), che attribuisce valore di legge alle sentenze imperiali e alle risposte alle *preces* che esponcano l'interpretazione di una norma; che infine (§§ 2 e 5) assegna al solo imperatore la posizione di *tam conditor quam interpret legum*.

³⁴ La sensibilità dell'opinione pubblica per lo svolgimento equilibrato (oltre che celere) dei processi è testimoniato da alcune critiche rivolte da Procopio all'operato di Giustiniano come giudice: se in *Anektd.* 8.28 il rimprovero di non svolgere indagini e di emettere frettolosamente sentenza riguarda probabilmente i processi penali, a quelli civili si riferisce il passo di *Anektd.* 14.5, che accusa il sovrano di riformare le sentenze dopo avere ascoltato una sola delle parti e in generale di cassarle senza prove. La conclusione che ne trae lo storico di Cesarea (che cioè la causa di tali comportamenti starebbe nell'avidità di denaro: cfr. anche 27.30) non è necessariamente da condividere, ma difficilmente Procopio avrebbe attribuito all'imperatore grande disinvoltura nel rispetto del contraddittorio o nell'accuratezza dell'indagine probatoria se non fosse stato convinto che si trattava di valori generalmente condivisi.

sono sempre esplicitamente legate alla prospettiva della celerità processuale, anche se ovviamente in qualche modo ne tengono conto. Ad esempio, il problema della ricusazione del magistrato viene dapprima completato con la disciplina di quella del giudice delegato (C. 3.1.16 e 18, entrambe del 531) e poi ripreso e parzialmente corretto nelle novelle (nov. 53.3-4; 86.2); quello della necessità di sottoporre ad un unico giudice tutto il complesso della lite nonché quello del divieto d'impugnazione prima della pronuncia conclusiva vengono precisati o corretti consentendo al giudicante di emettere sentenza definitiva su alcuni capi della causa e di riservare i restanti ad un esame successivo (C. 7.45.15, verosimilmente del giugno 530). La necessità poi che il magistrato sia solerte e corretto nell'adempimento dei propri compiti processuali ritorna, oltre che in C. 3.1.13.8 (la famosa legge *Properandum*, del 27 marzo 530)³⁵, anche nelle novelle di riforma dell'amministrazione locale³⁶ e soprattutto nella nov. 86.1, che a tale proposito sottopone il preside alla sorveglianza del vescovo³⁷.

Senza poter procedere ad una valutazione di tutte queste prese di posizioni con riferimento alla celerità della lite, mi pare che la constatazione or ora esposta, anziché togliere valore al riconoscimento di una certa organicità della riforma operata con C. 3.1.12, sveli quello che potrebbe essere un *modus operandi* frequente nella legislazione giustiniana: l'esigenza sentita viene affrontata in prima battuta con riferimento ad alcune sue manifestazioni più evidenti, ed eventualmente riconsiderata con un ulteriore intervento relativamente organico (in questo caso, C. 3.1.13, del 27 marzo 530); i singoli punti di tali provvedimenti possono poi essere oggetto di revisioni ed elaborazioni più o meno numerose a seconda delle esigenze e dei casi presentati. Il disegno generale (o almeno in parte tale) e l'atteggiamento casistico non costituirebbero quindi al tempo di Giustiniano prospettive contrapposte di politica legislativa, ma normalmente si integrerebbero; se il risultato finale sia sempre perfettamente coerente con le prospettive iniziali è un'altra questione, per giudicare della quale non è questo il luogo e per di più spesso non possediamo neppure gli elementi.

³⁵ Su questa legge, cfr. recentemente S. PULIATTI, «*Officium iudicis*», cit. (*supra*, nt. 4), p. 100 ss.

³⁶ Cfr. nov. 8.8; 17.3; 24.2; 25.3; 26.3.1; 29.3; 30.9; inoltre, la nov. 149.1 (di Giustino II, nel 569).

³⁷ Cfr. poi ancora le nov. 113 praef.; 125 praef.; S. PULIATTI, *op. cit.*, p. 109 ss.

Indice delle fonti

FONTI GIURIDICHE

a) *Fonti pregiustinianee*

GAI INSTITUTIONES

1.190	88
2.62-64	18
2.64	19; 25; 26
3.149	92 nt. 17
4.2-4	113

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM

12.7.10	108 nt. 47
---------	------------

CODEX THEodosIANUS

2.1.6	132 nt. 7
11.36.18	137 nt. 19; 140 nt. 25

b) *Corpus Iuris Civilis*

CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS

Const. *Haec, quae necessario*

pr.	133 nt. 9
3	133 nt. 9

Codex

1.3.32.5	134 nt. 10
1.14.12	143 nt. 33
1.14.12.2	143 nt. 33
1.14.12.5	143 nt. 33
1.17	61
1.17.1.4	54
1.17.1.11	62
1.17.2.1	54
1.17.2.17	54

1.53.1	133 nt. 10
2.2.4	139 nt. 21
2.12.16	23
3.1.10	138 nt. 20; nt. 21
3.1.12	129; 131; 136 nt. 15; 139 nt. 23; 140 nt. 24; 142; 143; 144
3.1.12 pr.	132 nt. 7; 135
3.1.12.1	136 nt. 15
3.1.12.1-2	137 nt. 16
3.1.12.2	141
3.1.13	133 nt. 10; 144
3.1.13.8	144
3.1.16	136 nt. 15; 137 nt. 18; 144
3.1.18	144
3.7.1	138 nt. 20
4.20.16	133 nt. 10; 142
4.20.16.1	142
4.35.12	23
5.27.8	133 nt. 10
5.37.16	28 nt. 38
6.28.4.3	62 nt. 25
7.17.1.3	139 nt. 21
7.45.15	144
7.45.16	140 nt. 26
7.62.36	136 nt. 15; 137 nt. 19; 139; 139 nt. 23; 141
7.62.37	142 nt. 32
7.63.5	142 nt. 32
7.63.5.4	142 nt. 32
7.64.10	142 nt. 32
7.70.1	142 nt. 32
8.15.1	21 nt. 17
10.11.8.4	134 nt. 10
12.19.12.1	134 nt. 10
12.21.8.3-8	134 nt. 10
12.25.4.2	134 nt. 10
12.29.3.1-3	134 nt. 10

DIGESTA

Const. *Deo auctore*

4	54
6	54 nt. 11; 62; 63
8	54 nt. 11; 62
11	54 nt. 11
12	54 nt. 11
13	54 nt. 11
14	54 nt. 11

Const. *Ommem*

1	54
4	54
5	54

Const. *Tanta*

epigr.	54
pr.	62
1	54
12 (13)	133 nt. 9
15	54 nt. 11
17	54; 62
21	55
23	54; 54 nt. 11

Const. *Δέδωκεν*

12	133 nt. 9
----	-----------

Digesta

1.1	60
1.1.1 pr.	62 nt. 26; 85 nt. 3
1.1.1.1	85 nt. 4
1.1.1.4	86 nt. 8
1.1.10 pr.	41
1.2.1	60; 63
1.2.2.13	70
1.3.20	125 nt. 16
1.5	32
1.5.2	62
1.9.7.1	88; 90
1.19.1.1	21; 27
2.14.7.14	88; 89
3.3.63	19; 20; 24
3.5.2	92 nt. 17
3.5.20 pr.	52 nt. 4
4.3.1.1-2	87 s.
4.3.1.2	122 nt. 9
4.3.9.3	88 nt. 13
4.4.16.4	122
6.1.13	88 nt. 15
6.1.25	88 nt. 15
6.1.41.1	22 nt. 22
6.2.9.4	88 nt. 15
6.2.14	21; 22; 25
7.7.6.2	120 nt. 5
9.2.33 pr.	119
9.2.51.2	125
13.7.11.7	21 nt. 17

13.7.12	20; 21 nt. 17
13.7.16 pr.	27
15.1.6	108
16.1.32.1	88 nt. 15
17.1.60.4	23
18.1.43.2	123 nt. 13
19.2.22.3	122
20.6.7.1	19; 22 nt. 20
21.3.1.2	25
26.7.12.1	28 nt. 40
26.7.12.3	28 nt. 39
26.7.46.2	27
26.7.46.7	28 nt. 39
26.7.48	28 nt. 38
27.9.5.2	27
27.10.10.1	27
27.10.12	28 nt. 38
27.10.17	28 nt. 39
28.5.11	88 nt. 15
30.63	108 nt. 47
34.2.10	88 nt. 12
34.5.13.(14)	88 nt. 12
34.5.13.(14).3	88 nt. 12
34.7.1 pr.-2	108
35.2.3 pr.	88 nt. 14
35.2.63 pr.	120
37.9	33; 35
37.9.1	33
37.9.5	33
37.9.7	33
39.5.9.2-4	24
39.5.25	24
41.1.9.4	20; 21; 26
41.4.7.3	28 nt. 40
41.4.7.6	23
44.7.25 pr.	113
45.1.1.6	88 s.
50.16	32
50.17	63
50.17.76	87 nt. 11

INSTITUTIONES

Const. *Imperatoriam*

2	62
6	54

Institutiones

1.2.11	87 nt. 10
3.25.2	92 nt. 17
4.6.1	113

NOVELLAE CONSTITUTIONES

8.8	144 nt. 36
8.12 pr.	135 nt. 12
13.2	136 nt. 14
17.3	134 nt. 11; 136 nt. 14; 144 nt. 36
24.2	144 nt. 36
25.2 pr.	135 nt. 12
25.3	144 nt. 36
26.3.1	144 nt. 36
29.3	144 nt. 36
30.9	144 nt. 36
53.3-4	144
62.1.2	135 nt. 12
69 praef.	135 nt. 12
82.5	135 nt. 11
86 pr.	135 nt. 11
86.1	136 nt. 14; 144
86.1-2	135 nt. 12
86.2	136 nt. 14; 144
112.3	135 nt. 13
113 praef.	144 nt. 37
113.2	136 nt. 14
125 praef.	144 nt. 37
149.1	144 nt. 36

c) *Fonti bizantine*

ATHANASIUS EMISENUS

Syntagma Novellarum

(ed. D. Simon - S. Troianos)

4.16	136 nt. 14
------	------------

BASILICORUM LIBRI LX

(ed. H. J. Scheltema-N. van der Wal)

7.6.12	132 nt. 7; 140 nt. 24
7.6.12.1-2	136 s.
9.1.126	140 nt. 24

EPITOME LEGUM

(ed. J. Zepos-P. Zepos, *Jus Graecoromanum*, IV)

14.55	136 nt. 14; 138 nt. 19
-------	------------------------

IULIANUS

Epitome novellarum Iustiniani
(ed. G. Haenel)

106.370 136 nt. 14

d) *Fonti moderne*d1) *Fonti nazionali*

AUSTRIA

ALLGEMEINES BÜRGERLICHES GESETZBUCH
(ABGB, 1811)

7 65; 65 nt. 32
16 68 nt. 47
33 68 nt. 47

BRASILE

CÓDIGO CIVIL (1916)

3 35

CUBA

CÓDIGO CIVIL (1988)

25 34

FRANCIA

CODE CIVIL (1804)

4 53 nt. 7; 63; 67
7 ss. 68 nt. 47
725 33

GERMANIA

ALLGEMEINES LANDRECHT FÜR DIE PREUßISCHEN STAATEN (ALR, 1794)

49 64

ITALIA

a) *Stati preunitari*

REGNO DI SARDEGNA

PROGETTO DI UN CODICE CIVILE (1832)

15 65 nt. 32

CODICE CIVILE PER GLI STATI DI S.M. IL RE DI SARDEGNA (1837)

15 65

STATO PONTIFICIO

REGOLAMENTO LEGISLATIVO PER GLI STATI PONTIFICI (10 novembre 1834)

par. 1 67

b) Stato italiano

b.1) COSTITUZIONE

3 97

6 97

8 97

9 97

111 129

b.2) CODICI

CODICE CIVILE (1865)

1 69 nt. 47

3 53 nt. 7; 67; 68;

69 nt. 47

CODICE CIVILE (1942)

disp. l. g. 12 65

1 32; 33

2059 126; 126 nt. 19

b.3) ALTRE FONTI

L. 19 febbraio 2004 n. 40, *norme in materia di procreazione medicalmente assistita*

1 35

d2) Fonti internazionali

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL'UOMO (1948)

10 129

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO (1950)

6 co.1 129

FONTI LETTERARIE

AUCTOR AD HERENNIIUM

2.13.19 91 nt. 16

2.13.20 91 nt. 16

BOETHIUS ANICIUS MANLIUS SEVERINUS

Liber de diffinitione

(ed. J.P. Migne, *Patrologia latina*, LXIV)

c. 891 ss. 107 nt. 45

CICERO MARCUS TULLIUS

I. *Orationes*

Pro Murena

30 85

II. *Philosophica*

De legibus

1.6.18 62

De republica

3.22.33 86 nt. 7

III. *Rhetorica*

De inventione

2.22.68 93 nt. 18

MALALAS IOANNES

Chronographia

(ed. I. Thurn)

18.20 133 nt. 10

18.38 133 nt. 10

18.67 133 s. nt. 10

PRISCUS PANITA

Fragmenta

(ed. F. Bornmann)

8 132 s. nt. 8; 134 nt. 10

PROCOPIUS CAESARIENSIS

Historia arcana

8.28 143 nt. 34

14.5 143 nt. 34

27.30 143 nt. 34

TESTAMENTUM NOVUM

Evangelium Lucae

18.9-14 118 nt. 3



LA BUONA STAMPA

Questo volume è stato impresso
nel mese di maggio dell'anno 2009
dalla Multimedia s.c.a.r.l. - Giugliano (NA)
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli
Stampato in Italia / Printed in Italy

Per informazioni ed acquisti

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli

Tel. 0817645443 - Fax 0817646477

Internet: www.edizioniesi.it

