

Filippo Gallo

## Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana (\*)

Mi ispiro, nella mia relazione, a due rilievi colti nelle parole del professor Falzea, che presiedeva la seduta, sulla relazione introduttiva per il diritto romano di Feliciano Serrao. Il professor Falzea fece riferimento, da un lato, a ciò che può offrire la storia del diritto (specificatamente il diritto romano) per i problemi attuali e, dall'altro, all'esigenza della riconsiderazione delle nostre attuali categorie per vedere se esse resistano alla mutata situazione.

La mia non sarà quindi una relazione di sintesi, non solo per l'impossibilità di farla in modo adeguato, essendo mancata ieri, nei lavori del gruppo romanistico, la relazione di Letizia Vacca sulla giurisprudenza (avente, come titolo, *La giurisprudenza romana tra casistica e dogmatica*), ma anche per la limitata utilità che presenterebbe, tenuto conto della futura pubblicazione degli atti del Convegno. Più che ai romanisti, mi rivolgo ai giuspositivisti. Rinviano al quadro generale delineato da Serrao e inserendomi in una linea affiorata anche in altre relazioni e comunicazioni romanistiche, cercherò di mettere in luce aspetti qualificanti della produzione in senso ampio del diritto nell'esperienza romana, i quali non trovano riscontro nelle nostre attuali rappresentazioni: aspetti già caduti o stravolti nel sistema giustiniano e non più ripristinati nella tradizione posteriore.

Muovo da un dato al presente spesso rilevato (emerso anche in questo Convegno), ma di cui non si offre una spiegazione appagante: il divario esistente tra la previsione delle fonti del diritto in testi normativi e la produzione dello stesso quale si constata nella realtà. A mio avviso tale divario si collega alla dogmatizzazione (traduzione in dogmi) dell'ideologia accolta in tema di produzione del diritto. Come storico, considero esemplare, al riguardo, il sistema giustiniano, nel quale si operò per la prima volta, su basi teoriche, nella nostra tradizione, tale dogmatizzazione, e che ha influito nel corso dei secoli su dogmatizzazioni successive, delle quali persistono tuttora residui e condizionamenti. Rodolfo Sacco ha proposto per Giustiniano, relativamente alla compilazione del Digesto, l'immagine del notaio, la quale fa pensare a una registrazione, almeno nelle intenzioni fedele, delle opinioni dei giuristi classici<sup>1</sup>. L'immagine riflette l'aspetto esteriore della compilazione, ma non il lavoro effettivamente svolto e lo scopo perseguito. Giustiniano ordinò bensì ai propri commissari di menzionare, per ogni frammento, il giurista e il libro dell'opera da cui era escerpito, ma prescrisse pure di apportare ai testi utilizzati le modifiche occorrenti (tagli, aggiunte, correzioni) per adeguarli ai mutamenti nel frattempo intervenuti (ad esempio, nel Digesto non si parla più della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*, sicuramente menzionate nelle opere dei giuristi classici) e alle innovazioni e scelte da lui stesso operate, vietando nel contempo ogni confronto fra la redazione accolta e la scrittura

---

\*) Relazione conclusiva per il diritto romano nel Convegno del «Dipartimento di diritto privato 'Ugo Natoli'», sul tema «Immagini contemporanee delle fonti del diritto tra memorie storiche e scenari futuri», svoltosi presso l'Università di Pisa nei giorni 1-3 marzo 2001 e di cui non si sono ancora pubblicati gli atti. Le integrazioni (nelle note) alla stesura originaria sono poste tra parentesi quadre.

<sup>1</sup>) Se i miei appunti sono esatti, secondo Sacco, Giustiniano non avrebbe inventato (o creduto di inventare) nulla.

originaria, con l'implicita preclusione di ogni disamina e controllo sul lavoro svolto dai compilatori.

Se pure a fini apprezzabili, furono compiute alterazioni (falsificazioni storiche), ordinate dall'imperatore e – per sua disposizione – sottratte a futura verifica, concretantisi nell'attribuzione a giuristi classici di soluzioni e concezioni ad essi estranee. Secondo i dati di cui disponiamo, non si trattò di operazioni di rilievo marginale. Lo stesso Giustiniano addusse, come giustificazione del divieto di raffronto con i testi originari, la quantità ed entità delle modificazioni apportate: '... *nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt*' (Tant. 10).

I rilievi critici possono allargarsi. Con la compilazione Giustiniano intese operare una cesura completa rispetto al passato; nei suoi propositi essa costituiva ad un tempo il testo legislativo e quello per lo studio del diritto, destinati ad iniziare una nuova vita od era; non si riconosceva l'esistenza non solo di leggi e norme, ma in generale di sapere giuridico, sia nei profili teorici che storici, al di fuori delle Istituzioni, del Digesto, del Codice e delle successive costituzioni emanate dall'imperatore; ogni altro scritto di diritto e storia giuridica (*in primis* quelli utilizzati per la compilazione) era per così dire posto all'indice: nella *Tanta* (§ 19) è comminata la pena del *crimen falsitatis* contro chiunque osi fare citazioni o richiami da testi diversi dalle predette opere compilatorie e costituzioni, nonché al giudice che dia ad esse udienza.

Nel suo disegno, volto ad instaurare una nuova esperienza giuridica, liberata dai difetti del passato, Giustiniano attribuì importanza fondamentale alla produzione, interpretazione e applicazione del diritto. Ho cercato in altri scritti, di ricostruire, nelle linee essenziali, il sistema da lui delineato nella materia<sup>2</sup>. Oggi considero essenzialmente la sottostante ispirazione ideologica e la relativa dogmatizzazione: intendo dire la visione ideale che Giustiniano aveva del diritto e la sua rigida trasposizione in principii dell'ordinamento posto in essere, senza la necessaria attenzione ai dati dell'esperienza e della realtà.

Secondo Giustiniano, la sicurezza dell'impero riposava sulle armi e sulle leggi, nelle quali ultime volle assorbire il diritto. Mediante l'opera compilatoria conclusa nel 529 con la pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis* egli perseguì la semplificazione e la certezza del diritto, intese quali mezzi imprescindibili per la realizzazione degli scopi pratici di buon governo, costituiti, nella sfera giuridica, dalla celerità dei processi e dalla uniformità dei giudicati. Ai suoi occhi era necessario impedire che si riproducessero i difetti dell'esperienza passata, ravvisati soprattutto, per l'epoca classica, nell'*interpretatio* consentita ai giuristi, la quale, dando vita ad opinioni discordi (*ius controversum*), aveva recato confusione in tutto il diritto<sup>3</sup>, e, per l'epoca successiva, nell'andazzo invalso tra i giudici, in assenza di certezza normativa, di dirimere le liti secondo il proprio volere, anziché secondo la legge<sup>4</sup>.

Per quanto schematici, i dati rilevati consentono di percepire le convinzioni profonde maturate da Giustiniano in campo giuridico: quella dell'inerenza dell'*interpretatio* alla produzione del diritto e quella della necessità di concentrare interamente l'una e l'altra nella carica imperiale<sup>5</sup>, in modo da assicurare l'univocità e la certezza del diritto e conseguire così gli scopi indicati di buon governo.

Nella sua relazione Giovanni Negri ha parlato di Giustiniano come unico giurista. Certamente egli non fu tale neppure al suo tempo, ma volle esserlo, cercando di far raccogliere nelle compilazioni ordinate, non solo il diritto, ma anche la scienza giuridica (o meglio il primo inteso come comprensivo della seconda) per il suo tempo e per ogni evo futuro<sup>6</sup>. Egli ebbe a cuore l'educazione al diritto, la formazione giuridica, rinnovando con cura il relativo corso di studi<sup>7</sup>, ma reputò riservata all'imperatore anche l'elaborazione del sapere giuridico.

---

<sup>2</sup>) Si veda, specialmente, F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in «Index», XIV, 1986, p. 33 ss., e *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto (Lezioni di diritto romano)*, edizione completata, Torino, 1993, p. 227 ss.

<sup>3</sup>) *Deo auct.* 12 e *Tant.* 21.

<sup>4</sup>) *Tant.* 17.

<sup>5</sup>) Si veda la teorizzazione (costellata di interrogativi retorici) esposta in C.I. 1.14.12 (a. 529), nonché *Tant.* 21.

<sup>6</sup>) *Tant.* 12 (cfr. pure 20) e *Omn.* 11.

<sup>7</sup>) A questo rinnovo è dedicata, com'è noto, la costituzione *Omnem*.

Era conseguente, nella visione giustiniana, una chiara individuazione, al di sotto del potere imperiale, di compiti funzionali. Nel sistema attuato con la compilazione competeva esclusivamente all'imperatore *'leges et condere et interpretari'*<sup>8</sup>, attività in cui si riteneva compreso lo sviluppo della scienza giuridica; ai giudici era attribuita la fedele applicazione, nei processi, delle leggi emanate dall'imperatore: in caso di dubbio sulla norma da applicare o di inesistenza di una norma specifica, essi dovevano chiedere il rimedio all'imperatore, il quale avrebbe provveduto a dissipare il dubbio con la sua interpretazione o a colmare la lacuna con la posizione di una nuova norma; ai professori di diritto (nei quali tendevano ad essere identificati i giuristi) era affidata la trasmissione del sapere giuridico (ritenuto necessario per la vita e l'amministrazione dell'impero), racchiuso nei testi della compilazione e nelle successive novelle, con l'astensione da ogni apporto ed elaborazione personale: Giustiniano si premurò di specificare le attività ad essi consentite, tutte considerate – se pure a torto – meramente enunciativie<sup>10</sup>.

Sono ancora da ricordare i tratti – per più aspetti fondamentali – dell'ideologia giuridica giustiniana attinenti al potere imperiale. Nella costituzione *Deo auctore* (§ 7), con la quale nel 530 dispose la compilazione del Digesto, Giustiniano autorizzò, come si è ricordato, gli incaricati dell'opera ad emendare, tagliare, integrare gli scritti dei giuristi classici, riconoscendo *a priori* le modifiche che sarebbero state apportate, con la seguente giustificazione espressa in forma di interrogativo retorico: *'cum enim lege antiqua, quae regia nuncupabatur, omne ius omnisque potestas in imperatoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem non dividimus in alias et alias partes, sed totam nostram esse volumus, quid possit antiquitas nostris legibus derogare?'*.

Accanto all'asserzione dell'avvenuto trapasso storico di *'omne ius omnisque potestas'* alla carica imperiale, si trova annunciata la volontà di Giustiniano di non spartire in alcun modo la *sanctio*, la regolamentazione e sanzione di atti e fatti nella realtà terrena, ma di conservarla interamente a detta carica.

Ad ogni occasione Giustiniano ripete inoltre di aver ricevuto il potere da Dio<sup>11</sup>. Nella sua concezione, secondo cui la provvidenza opera tramite gli accadimenti umani, il fondamento divino del potere sovrasta quello umano. In definitiva il potere dipende sempre da Dio: *'omnis potestas a Deo'*. Sono da sottolineare, in questo quadro, due elementi: da un lato il potere imperiale non è arbitrio, ma potere-dovere; dall'altro la valutazione del potere-dovere compete esclusivamente all'imperatore, il quale risponde del suo esercizio solo davanti a Dio. Affiora la visione di una sorta di onnipotenza del potere imperiale nella sfera giuridica (in ordine alle cose umane e terrene): dell'assenza di limiti, in tale sfera (tolti gli accadimenti soprannaturali, quali i miracoli), all'operatività degli interventi imperiali.

Effettivamente, nella riforma operata da Giustiniano non mancano segni di tale creduta onnipotenza. Egli ritenne di avere nella propria disponibilità e poter «correggere» dati storici, attribuendo, come si è visto, ai giuristi classici opinioni e soluzioni ad esse estranee e ricollegando alla *lex de imperio*, che veniva emessa per ogni successivo imperatore<sup>12</sup>, il trapasso storico della totalità del potere (della sovranità) del popolo alla carica imperiale. Analogamente egli ritenne di poter disporre a proprio piacimento della scienza giuridica, come della produzione, interpretazione e applicazione del diritto: specificamente ebbe la presunzione di racchiudere nei testi legislativi tutto il sapere giuridico occorrente per il suo tempo e ogni evo futuro; di impedire l'autonoma elaborazione scientifica da parte dei giuristi (in pratica di fare a meno del loro apporto, valutato negativamente<sup>13</sup>); di ri-

<sup>8</sup>) La citazione è tratta da *Tant.* 21, dove si parla dell'autorità imperiale, *'cui soli concessum est leges et condere et interpretari'*.

<sup>9</sup>) *Tant.* 18 e 21.

<sup>10</sup>) *Deo auct.* 12 e 13; *Tant.* 21.

<sup>11</sup>) Si vedano, a titolo esemplificativo, *Deo auct. pr.*, *Nov.* 69.4.3, *Nov.* 77 *praef.*, *Nov.* 86 *praef.*, *Nov.* 113.3 e *Nov.* 152 *praef.*

<sup>12</sup>) Cfr. fonti e loro esame in GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in «SDHI», LXVIII, 1982, p. 413 ss. [*Adde* «*Princeps*» e «*ius praetorium*», in «RDR», I, 2001, p. 306 ss.].

<sup>13</sup>) La valutazione negativa riguarda tutte le attività ritenute non meramente enunciativie (tra cui spicca il *'commentarios legibus adnectere'*) e, come tali, proibite ai giuristi. *Tant.* 21 offre, in proposito, dati perspicui. La violazione del divieto di svolgere tali attività, specificamente stabilito per il Digesto, è colpita da gravi sanzioni: *'si quid ... tale facere ausi fuerint, ipsi quidam falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur'*. Il divieto indicato è disposto sia per

servare unicamente all'imperatore l'attività produttiva e interpretativa del diritto; di precludere la formazione consuetudinaria al di fuori della previsione legislativa; di provvedere tempestivamente – all'occorrenza su impulso dei giudici – alla predisposizione di norme generali ed astratte per tutti i casi che si sarebbero verificati; di rendere i giudici applicatori per così dire meccanici di norme preesistenti.

Nell'impatto con la realtà risultò peraltro perdente, in vario senso, l'ideologia. Giustiniano non raggiunse compiutamente gli effetti immediati (nel suo disegno strumentali) voluti. Sicuramente egli ebbe successo nel togliere le condizioni per il formarsi di una classe e tradizione di giuristi paragonabili a quelle del tempo classico. Mancarono trattazioni giuridiche autonome anche di carattere casistico. Mancarono i *responsa* e, con essi, una guida scientifica dell'interpretazione. Non vi furono dispute aperte tra i giuristi (essenzialmente, come si è detto, i professori di diritto) e non si formò, a livello interpretativo, il *ius controversum*. Agli studiosi del diritto restò precluso il contributo ad essi proprio nell'elaborazione e nello sviluppo dello stesso. In una parola l'*ars iuris*, che nell'epoca classica era stata creazione e appannaggio dei giuristi, venne riservata all'imperatore e al suo apparato. L'entità della perdita derivata da tutto ciò è difficilmente misurabile<sup>14</sup>.

Nella stessa sfera in considerazione degli effetti immediati, i divieti imperiali non impedirono il formarsi di consuetudini al di fuori della previsione legislativa; del pari non impedirono che i professori di diritto, nelle attività loro consentite (nella stessa traduzione in greco), recassero correzioni alle norme ad esse sottoposte<sup>15</sup>. Pur in assenza di attestazioni nelle fonti a noi pervenute, si presenta inoltre verosimile l'ipotesi che non sempre i giudici, nel vastissimo impero, siano ricorsi al lume imperiale nei casi di incertezza o di lacune ravvisate nelle norme in vigore.

Le carenze della riforma, in ordine agli scopi pratici con essa perseguiti, furono rilevanti agli stessi occhi di Giustiniano, che, per porre ad esse rimedio, rimosse uno dei cardini del sistema instaurato: la riserva dell'interpretazione al solo imperatore. Mi riferisco in specie al propositio di *'prolixitatem litium amputare'*, per il quale aveva avviato l'opera codificatoria<sup>16</sup>. Le breccie accennate, aperte nelle linee del sistema, sul piano della consuetudine e delle attività dei professori di diritto, risultavano inadeguate rispetto alle esigenze della realtà. Giustiniano, dopo un primo intervento rivelatosi insufficiente<sup>17</sup>, nella novella 125 del 543 attribuì l'*interpretatio* ai giudici in ordine ai casi ad essi sottoposti. D'ora in avanti – egli stabilì – tutti i giudici dovranno astenersi, per le cause di cui sono investiti, dal riferire, in qualsiasi modo e tempo, alla nostra serenità, esaminandole invece essi stessi in tutti gli aspetti e decidendo ciò che riterranno giusto e legittimo (è possibile che «legittimo» concernesse la sfera della previsione legislativa e «giusto» quella della sua mancata previsione e del diritto incerto)<sup>18</sup>. La norma assume significato dall'abrogazione, da essa operata, del preesistente dovere dei giudici di ricorrere al lume imperiale nei casi di incertezza e lacune della legge.

La novella recò innovazioni profonde al sistema posto in essere con le compilazioni di *leges* e di *iura*. I giudici non sono più solo la bocca che enuncia le parole della legge, ma risultano inseriti, relativamente alla decisione dei casi concreti, nel circuito produttivo del diritto. Continua a spettare esclusivamente all'imperatore l'emanazione di norme generali ed astratte, ma i giudici sono chiamati a concorrere con lui, nel decidere i casi, al *certius statuere* e alla colmatatura delle lacune della legge<sup>19</sup>.

Al valore dell'uniformità dei giudicati (al rispetto dell'uguaglianza), a cui era rivolta la concentrazione dell'*interpretatio* nell'imperatore, venne anteposto quello della celerità dei processi, persegui-

---

coloro, *'qui in praesenti iuris peritiam habent'*, che per coloro, *'qui postea fuerint'*. Le attività interpretative vietate, in quanto poste in essere dai giuristi, sono qualificate *'perversiones'*. Chiaramente, secondo Giustiniano, si trattava di usurpazioni dell'*interpretatio* (in generale dell'*ars iuris*) riservata, nel sistema della compilazione, al potere imperiale.

<sup>14</sup> Mancano tuttora in argomento, a quanto mi risulta, analisi adeguate.

<sup>15</sup> Cfr. GALLO, *Interpretazione*, cit., p. 176 e nt. 3.

<sup>16</sup> *Haec quae necess. pr.*

<sup>17</sup> *Nov. 113 (a. 541)*.

<sup>18</sup> Sembra più incisivo, rispetto alla versione esposta, il testo latino: *'iubemus igitur nullum iudicantium quolibet modo vel tempore pro causis apud se propositis nuntiare ad nostram tranquillitatem, sed examinare perfecte causam et quod eis iustum legitimumque videtur decernere'*.

<sup>19</sup> L'espressione *'certius statuere'* è tratta da Giuliano, D. 1.3.11.

ta con la recisione della dilatazione dei tempi processuali dovuta al ricorso all'interpretazione imperiale nei casi in cui (ogniqualevolta), come si dice ancora nella novella 113, '*aliqua dubitatio iudici de aliqua fiat lege*'. La prescrizione ai giudici di stabilire in ogni caso ciò che ad essi appariva giusto e legittimo non poteva non aprire il varco, anche per le diverse culture presenti nelle due parti e nelle diverse regioni dell'impero, a sentenze difformi. Non mi consta l'esistenza, né nella novella 125 né in quelle posteriormente emanate da Giustiniano, di elementi volti alla coordinazione e bilanciamento dei due valori indicati.

Concludo i rilievi sul profilo considerato della dogmatizzazione giustiniana, dilatatisi al di là della previsione, ma ciononostante non esaustivi, cercando di dissipare un possibile dubbio. Non intendo sostenere il bando dell'ideologia dal diritto, bensì la sua commisurazione alle esigenze della realtà. Esempifico in punto della divisione dei poteri tra legislatore e giudici, ispirata all'ideologia giustiniana trasfusa nella compilazione<sup>20</sup>. Non è possibile tradurre la divisione in una netta ripartizione dei compiti: la produzione del diritto (compito del legislatore) e la sua applicazione (compito dei giudici). Quest'ultima implica l'interpretazione, alla quale, come mostra l'esperienza, è inerente un concorso nel processo produttivo del diritto.

La chiara percezione dei limiti, che incontra la trasposizione dell'ideologia nel sistema, indirizza a una costruzione realistica di quest'ultimo, la quale ne assicuri, con gli opportuni accorgimenti e bilanciamenti, il corretto funzionamento.

La dogmatizzazione dell'ideologia, ravvisata, in tema di produzione, interpretazione e applicazione del diritto, nell'opera compilatoria giustiniana, risulta assente nel sistema che si era sviluppato in età repubblicana e imperiale. Conformemente al disegno propostomi, richiamo alcuni elementi significativi di tale sistema, in vario modo distanti (non intendo riferirmi al profilo temporale) dalla nostra attuale esperienza: i *mores*, il *ius honorarium* e l'*ars iuris*.

Considero i *mores* nell'assetto raggiunto dal sistema repubblicano con la legislazione decemvirale e l'elaborazione del principio, in essa stabilito, della sovranità popolare (Tab. XII.5: '*ut quodcumque potestremum populus iussisset, id ius ratumque esset*')<sup>21</sup>.

La produzione del diritto, ricondotta alla sovranità popolare, si esplicava in due modi: mediante la *lex* e mediante i *mores*. Nella prima il popolo esprimeva la propria volontà col voto (*suffragium*) nelle assemblee popolari; nei secondi la manifestava col proprio comportamento (*rebus ipsis et factis* secondo la nota rappresentazione di Giuliano<sup>22</sup>, già richiamata dal Cerami).

Il modo normale di produzione del diritto era rappresentato dai *mores*. Il numero di *leges publicae* emanate durante l'intero periodo repubblicano è inferiore a quello delle leggi prodotte nel nostro tempo in un solo anno dal parlamento italiano. Si ricorreva alla *lex* per incidere con effetto immediato sull'ordinamento: per introdurre un nuovo principio o modificare un principio esistente. Nella grande maggioranza dei casi essa ebbe ad oggetto il diritto pubblico: le magistrature, i *crimina*, il processo, etc.; solo rare volte fu avvertita l'esigenza di intervenire con la legge nel diritto privato: ricordo, quali esempi, la *Lex Poetelia Papiria de nexis* e la *lex Aquilia de damno dato*, le quali introdussero il principio della responsabilità patrimoniale nella sfera negoziale e, rispettivamente, in quella extraneoziale.

L'assimilazione, prospettata specialmente in passato, dei *mores* alla consuetudine è fuorviante. Anche i *mores* rientrano nella formazione consuetudinaria, ma presentano connotati che ne fanno una figura diversa rispetto alla consuetudine. Quest'ultima si ritiene nettamente separata dall'interpretazione, la quale viceversa ineriva ai *mores*. Era l'*interpretatio* dei giuristi che individuava la direttiva e il comportamento che, attraverso la ripetuta applicazione, diventavano diritto. Essa si

<sup>20</sup> Per il sistema giustiniano, nel quale tutti i poteri ('*omne ius omnisque potestas*', come si legge in *Inst.* 1.2.6; cfr. pure *Deo auct.* 7) sono conferiti alla carica imperiale, non si può parlare di divisione degli stessi tra l'imperatore e i giudici: si aveva, secondo la formulazione usata sopra nel testo, l'attribuzione a questi ultimi di compiti funzionali.

<sup>21</sup> Liv., *urb. cond.* 7.17.12.

<sup>22</sup> D. 1.3.32.1.

traduceva in una sorta di proposta ai cittadini, recante punti di contatto con la *rogatio* sottoposta dai magistrati al voto delle assemblee popolari. Nella legge l'elemento decisivo era ravvisato nel *iussum populi*, accanto al quale, nella definizione di Capitone<sup>23</sup>, è richiamata la *rogatio* del magistrato. Più tardi, nella definizione elaborata da Gaio<sup>24</sup> per i propri studenti, si menziona solo più la volontà popolare. Analogamente nelle locuzioni correnti '*introducere*' e '*recipere moribus*' è sottinteso l'apporto dei giuristi, consistente, come ho detto, in una sorta di proposta interpretativa. Quello che conta è sempre la volontà popolare, la quale, nei *mores*, si estrinsecava nella *receptio*, nell'accettazione, da parte del popolo (dei *cives*), della proposta interpretativa *rebus ipsis et factis* (col comportamento concreto).

La connessione tra *interpretatio* e *mores* venne spezzata dall'attribuzione, ad opera dell'imperatore Adriano, di valore normativo (del '*legis vicem optinere*') all'*interpretatio* dei giuristi muniti di *ius respondendi* ('*quibus – come dice Gaio – permissum est iura condere*')<sup>25</sup>. Nella rappresentazione delle fonti del diritto i *mores* furono allora sostituiti dai *responsa prudentium*, ampliati nel senso delle *sententiae et opiniones* da essi espresse<sup>26</sup>. La connessione indicata non venne più ricostituita, a livello teorico, neppure dopo l'emersione della *consuetudo*, dapprima nell'ambito dei rapporti tra romani e peregrini e nei diritti ancora esistenti dei secondi assoggettati al dominio di Roma e, quindi, dopo la concessione della cittadinanza romana ai *peregrini*, nel *ius populi romani*<sup>27</sup>.

Ulpiano, il quale incluse tra le fonti del diritto romano la *consuetudo*, sotto la veste del *ius sine scripto*, continuava, per quanto è dato capire, ad annoverare tra esse i *responsa prudentium*<sup>28</sup>.

Sottolineo un'altra differenza tra i *mores* e la *consuetudo*, attinente ai rispettivi rapporti con la legge. La consuetudine, riconosciuta nell'esperienza romana come fonte subordinata alla legge, conservò per lo più questo carattere (nelle distinte configurazioni della *consuetudo secundum legem* e della *consuetudo praeter legem*), che presenta tuttora nel sistema italiano vigente. Si può discutere se «gli usi» (sostituiti nel codice civile del 1942 alla consuetudine) siano ammessi solo se richiamati dalla legge o anche *praeter legem*. E' peraltro certa l'esclusione degli usi *contra legem*, stante il principio posto nell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, secondo cui «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori ...». Viceversa nel diritto romano i *mores* avevano lo stesso rango della legge. Giuliano in particolare teorizzò l'irrelevanza del fatto che il popolo, nella produzione del diritto, manifestasse la sua volontà col voto (legge) o col comportamento (*mores*)<sup>29</sup>, aggiungendo che perciò *rectissime* era stato anche recepito *moribus* che la legge venisse abrogata non solo *suffragio* (col voto nelle assemblee popolari), ma altresì *tacito consensu omnium per desuetudinem*. E non mancano attestazioni di abrogazione di norme poste dalla legge, compresa quella delle XII tavole<sup>30</sup>.

Sia la produzione del diritto *moribus* che quella *legibus* recavano in se stesse limiti. La produzione *moribus* era vincolata all'esistente, se pure è da mettere in conto l'abilità combinatoria dei giuristi che la promuovevano; inoltre operava in tempi lunghi, non era idonea, come ho detto, a porre in essere modifiche immediate. Gaio<sup>31</sup>, a proposito dell'*usus* nei confronti della donna, così descrive la relativa abrogazione: '*hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est*'. L'espressione '*ipsa desuetudine oblitteratum est*' rappresenta bene la progressiva e lenta caduta nel dimenticatoio attraverso la disapplicazione. Alla produzione *legibus* erano inerenti le limitazioni proprie delle votazioni nelle grandi assemblee popolari. Essa risultava inidonea ad assicurare gli svilup-

---

<sup>23</sup> In Gellio, *noct. Att.* 10.20.2.

<sup>24</sup> *Inst.* 1.3.

<sup>25</sup> Gai, *inst.* 1.7.

<sup>26</sup> Tale sostituzione, per quanto spesso trascurata dagli studiosi, emerge con chiarezza dalle fonti.

<sup>27</sup> Cfr. GALLO, *Le consuetudini locali nell'esperienza romana prima e dopo la concessione della 'civitas romana' ai peregrini*, in «Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto (Torino, 19-21.11.1998)», Roma, 2001, p. 303 ss.

<sup>28</sup> D. 1.1.6.1; cfr. *Inst. Inst.* 1.2.3-10.

<sup>29</sup> Il giurista (D. 1.3.32.1) si esprime efficacemente, sul punto, con questo interrogativo retorico: '*nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?*'.

<sup>30</sup> Si vedano Gell., *noct. Att.* 12.13.5, 20.1.10, 20.10.9, e Gai, *inst.* 1.111 e 3.17.

<sup>31</sup> *Inst.* 1.111.

pi, nelle applicazioni concrete, dei principi da essa stessa posti: lasciava scoperto il momento produttivo connesso alla soluzione dei casi.

Peraltro i due modi di produzione del diritto si integravano reciprocamente. La legge serviva per i mutamenti immediati, i salti qualitativi; i *mores*, nei quali concorrevano l'*interpretatio*, senza delimitazioni precostituite, e la formazione consuetudinaria, soccorrevano – in assenza di mutamenti profondi nell'assetto economico sociale – per il restante sviluppo del diritto, sia per quanto attiene alla posizione di norme ed istituti, sia in relazione alle esigenze (novità e peculiarità) dei casi che si presentavano.

L'elemento dell'esperienza giuridica romana più estraneo alla mentalità attuale, nel campo della produzione e applicazione del diritto, è il *ius praetorium* od *honorarium* (secondo Papiniano, D. 1.1.7.1: '*quod praetores – e gli altri magistrati investiti della iurisdictio – introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam*'). Tale estraneità ne ha reso difficile la comprensione agli stessi romanisti.

Io tocco qui solo la questione, ai miei occhi centrale, che esprimo con la domanda: come mai il pretore, nell'esercizio della sua funzione (la *iurisdictio*), poteva legittimamente disattendere (*rectius*: aveva il potere-dovere di disattendere), nei modi indicati, il *ius* posto da *leges* e *mores*, al quale, come organo della repubblica, era soggetto?

Le spiegazioni tentate sulla base delle attuali concezioni non reggono. Non regge la tesi, sostenuta in particolare nella scuola a cui mi onoro di appartenere, della duplicità di ordinamenti. Anzi che eliminare, aumenta la difficoltà il chiarimento che forniva il Pugliese<sup>32</sup>: «Allorché il pretore si regola nel caso concreto diversamente da quello che avrebbe prescritto il *ius civile*, egli non abroga il *ius civile*, né lo modifica, e nemmeno si può dire che lo violi: la norma del *ius civile* persiste assolutamente efficace, soltanto il pretore non la applica, prendendo un provvedimento che rientra nell'ambito del *ius honorarium*». I pretori, prima di applicare il *ius honorarium*, lo avevano introdotto e continuavano ad introdurlo nell'esercizio della loro funzione. Essi, non solo individuavano il *ius* da applicare nei casi concreti, ma ponevano norme generali ed astratte con l'inserzione nell'editto di nuove clausole e la modificazione di clausole esistenti<sup>33</sup>. Appare stupefacente che persistesse «assolutamente efficace» la norma del *ius civile* sistematicamente disapplicata nell'esercizio della *iurisdictio*<sup>34</sup>. Secondo Gaio<sup>35</sup> e Pomponio<sup>36</sup>, gli *edicta* dei magistrati giurisdicenti concorrevano a formare il diritto del popolo romano. E Papiniano, come si è visto, nella definizione del *ius praetorium* dice che esso integrava, rafforzava e correggeva (il terzo verbo usato è appunto '*corrigere*') il *ius civile*: anzi, che esso venne introdotto per conseguire i fini indicati '*propter utilitatem publicam*'.

Appaiono del pari inconciliabili con le fonti richiamate (come pure col fatto che, in una stessa formula, potevano coesistere una pretesa basata sul *ius civile* e una difesa – *exceptio, praescriptio* – di origine pretoria) le più recenti prospettive dell'incommunicabilità e dell'alternatività tra il *ius civile* e il *ius honorarium*<sup>37</sup>.

La questione sopra posta non è risolvibile con le idee oggi dominanti di diritto e di norma, non assimilabili a quelle, attestate dalle fonti, di '*ius*' e di '*regula*'. Intendo dire, usando un'immagine, che per la comprensione del *ius honorarium* non risulta sufficiente rimescolare le carte; occorre cam-

<sup>32</sup> *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 112 s. Sull'argomentazione svolta dallo studioso a sostegno della propria tesi, cfr. più ampiamente F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto (Corso di diritto romano)*, Torino, 1997, p. 53 ss.

<sup>33</sup> In forza della *lex Cornelia de iurisdictione* (67 a.C.), i pretori (in generale i magistrati giurisdicenti) dovevano '*ex edictis suis perpetuis ius dicere*'.

<sup>34</sup> Sistematica disapplicazione della quale non poteva non tener conto la prassi negoziale.

<sup>35</sup> *Inst.* 1.2.

<sup>36</sup> D. 1.2.2.12.

<sup>37</sup> Dovute rispettivamente al Talamanca e al Guarino. Cfr., su di esse, GALLO, *L'officium*, cit., p. 65 s. e nt. 25. Correttamente F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, p. 473, attenendosi alla testimonianza papiniana (D. 1.1.7) asserisce che l'unico ordinamento esistente era il *ius civile*, applicato, integrato e corretto dal pretore.

biarle, occorre cioè inquadralo nel suo contesto, costituito dalle concezioni romane del *ius*, riverberantisi sulla relativa produzione e applicazione. L'esigenza accennata era già stata avvertita nella dottrina. Lo Schultze<sup>38</sup>, prendendo spunto da un'opinione del Windscheid, aveva ricondotto lo *ius civile* alla nozione di «Rechtsinhalt», privo di per sé di forza vincolante, ed individuato l'atto formalmente creativo di diritto, il «Rechtsbefehl» (che dava efficacia al «Rechtsinhalt»), nel rilascio della formula da parte del magistrato giudicante; donde la conclusione che, nel periodo della fioritura della produzione pretoria del diritto, si sarebbe avuto un solo diritto attuale, vale a dire quello stabilito dal magistrato.

La ricostruzione dello Schultze è stata giustamente rifiutata. A parte altri rilievi, essa sembra ignorare il diritto pubblico e non tener conto, per il diritto privato, che, nella stragrande maggioranza dei casi, il *ius* prodotto dalle *leges* e dai *mores* nei vari settori (*mancipatio*, *stipulatio*, testamento, legati, etc.) trovava applicazione senza il processo, in cui, nella fase *in iure*, interveniva il magistrato giudicante. Al rifiuto della ricostruzione non si sarebbe peraltro dovuta accompagnare la rimozione della premessa, da cui, come ho detto, occorre ripartire.

Se il diritto tende ad assicurare la convivenza sociale, il suo scopo ultimo ha ad oggetto i casi concreti: la soluzione in merito ai fatti, atti e rapporti in cui ciascuno è coinvolto. Gli uomini, nella loro vita, più che alle enunciazioni teoriche e alle prescrizioni generali ed astratte, sono interessati alle specifiche soluzioni a cui essi e la loro attività (il negozio concluso, il fatto posto in essere) sono sottoposti. In questa visione, aderente ai dati della realtà, tanto le teorizzazioni quanto le norme si presentano strumentali rispetto al trattamento applicato nei casi concreti.

L'accennata visione del diritto era dominante presso i romani, i quali, in aderenza ad essa, tendevano a risolvere il *ius* (ad identificarlo) nelle soluzioni dei casi, dai quali si doveva trarre e ai quali si adeguava la *regula*<sup>39</sup>. In aderenza alla stessa visione essi (da Catone<sup>40</sup> a Giuliano<sup>41</sup>) si mostravano consapevoli dell'incompletezza del loro ordinamento, come di ogni altro. Già Catone rilevava incisivamente al riguardo che anche tutti gli ingegni esistenti in una data età, riuniti insieme, non sono in grado di prevedere e regolare tutto. Oltre a ciò i romani individuavano nell'*aequum* (poi specificato nel *bonum et aequum*) il supremo criterio ispiratore del *ius*, al quale dovevano essere ricondotte le soluzioni dei casi.

Nella loro combinazione le concezioni esposte avevano in particolare queste implicazioni: se un caso concreto non rientrava nella previsione normativa, si doveva apprestare per esso una soluzione rispondente all'*aequum*; se, per un caso concreto, la previsione normativa portava a una soluzione difforme dall'*aequum*, si doveva cercare ed applicare, in suo luogo, una soluzione ad esso consona.

I compiti indicati rientravano e risaltavano nella *iurisdictio* del pretore, magistrato munito di *imperium*, *collega minor* dei consoli. Nella prima fase del processo tra privati, egli enunciava, così come si è detto, il *ius* (il principio o i principii giuridici nella forma dei mezzi processuali) da applicare nel caso concreto. Nella fase successiva il *iudex* (di norma un privato) provvedeva all'istruzione della causa e alla pronuncia della sentenza, secondo il *ius* espresso dal magistrato. Si può dire, sintetizzando, che la funzione di '*ius dicere*' nel processo privato imponeva al pretore di colmare le deficienze ed eliminare le deviazioni riscontrate nelle norme esistenti, in relazione ai casi concreti, rispetto al fine, ravvisato nel *ius*, di assicurare la realizzazione dell'*aequum* nei rapporti umani non astrattamente configurati, ma quali si ponevano nella realtà.

Non sempre la *iurisdictio* venne esercitata senza manchevolezze; non mancarono neppure abusi, talvolta eclatanti. Tuttavia nell'insieme i magistrati giudicanti, nell'assolvimento del loro *officium* (col *dicere* il *ius* da applicare nei casi concreti e con l'inserzione nell'editto dei mezzi processuali rivelatisi idonei all'appagamento di esigenze stabili), contribuirono in misura determinante, per vari secoli, all'adeguamento del diritto ai mutamenti – com'è noto, profondi – che si produssero

---

<sup>38</sup>) *Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*, I, Freiburg i.B. - Tübingen, 1883, *passim*, e in particolare p. 87 ss., 236 ss. e 383 ss.

<sup>39</sup>) Cfr. Paul. D. 50.17.1.

<sup>40</sup>) In Cic., *de rep.* 2.1.2-3.

<sup>41</sup>) D. 1.3.10, D. 1.3.11 e D. 1.3.12. Cfr. inoltre D. 1.3.32.pr.

nell'economia, nella società, nel costume e nel modo di pensare.

Anche il tema dell'*ars iuris*, come quelli dei *mores* e del *ius praetorium*, richiederebbe un'ampia trattazione. Come ho fatto per gli altri due temi, potrò soltanto offrire una sintesi, cercando di evitare la banalizzazione e di essere il più possibile chiaro.

Nel tema dell'*ars iuris* sono coinvolte la concezione del diritto e quella connessa dei compiti o mestiere del giurista.

Ulpiano insegnava, nelle sue Istituzioni<sup>42</sup>, che chi si accinge allo studio del diritto deve anzitutto sapere da dove derivi il *nomen iuris*, aggiungendo che il diritto ('*ius*' nella lingua latina) '*est ... a iustitia appellatum*'. Segue la giustificazione: infatti, secondo l'elegante definizione celsina, il diritto ('*ius*') '*est ars boni et aequi*'. Ulpiano continua affermando che meritatamente qualcuno può chiamare noi giuristi – come membro della categoria egli dice appunto '*nos*' – sacerdoti del diritto, dal momento che coltiviamo la giustizia e professiamo l'annuncio del buono e dell'equo, sceverando l'equo dall'iniquo, discernendo il lecito dall'illecito, cercando di rendere gli uomini onesti non solo col timore delle pene, ma altresì con l'incoraggiamento dei premi, perseguendo (il giureconsulto inserisce l'inciso '*nisi fallor*') la vera filosofia, non quella finta.

Ulpiano, dicendo che il diritto ('*ius*') '*est ... a iustitia appellatum*', non intese enunciare la derivazione etimologica, almeno secondo le vedute attuali, di '*ius*' da '*iustitia*' (come mostra la sequenza '*ius*', '*iustus*', '*iustitia*', è viceversa il segno '*iustitia*' che è derivato da '*ius*'), bensì volle rappresentare il legame sostanziale, avente valore generale, tra le due entità, la dipendenza, nella sua concezione, del diritto dalla giustizia anche nelle esperienze in cui le due entità sono espresse con segni – quali appunto, nella nostra, «diritto» e «giustizia» – derivati da radici diverse<sup>43</sup>.

Tali legame e dipendenza si colgono nelle definizioni, riferite da Ulpiano, di '*ius*'<sup>44</sup> e di '*iustitia*'<sup>45</sup> (la prima mutuata, come si è visto, da Celso e la seconda rielaborata, con ogni verosimiglianza, dal giurista severiano in dissenso rispetto a definizioni circolanti nel sapere filosofico)<sup>46</sup>: '*ius est ars boni et aequi; iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*'.

Il pregiudizio positivistico preclude la percezione delle due definizioni. La prima, nella prospettiva positivistica, si presenta aberrante. Com'è noto, al suo fraintendimento concorsero anche settori della scienza romanistica, in varia misura partecipi di tale prospettiva. Nella formulazione celsina il diritto viene definito senza assumere come genere (anzi senza neppure richiamare) i due aspetti, ritenuti in esso fondamentali, della norma e dell'ordinamento. Il che appare improponibile nella visione del diritto positivo, del diritto cioè posto esclusivamente dal legislatore, al quale giudici e dottrina sono sottoposti senza possibilità di disconoscimento.

Celso e Ulpiano erano esenti da implicazioni positivistiche. Essi non consideravano il diritto staticamente, ma in divenire, così come si presenta nella storia e nella realtà, nelle quali viene via via posto, modificato, interpretato e applicato. In questa visuale emergono: il fatto che il diritto è posto, modificato, interpretato e applicato dall'uomo; il fatto che, per lo svolgimento di queste attività (come di ogni altra attività umana), occorre un'apposita tecnica ('*ars*'); il fatto che la tecnica giuridica ('*ars iuris*') è vivificata dai due supremi criteri, tra loro intimamente connessi, del *bonum et aequum*, e per-

<sup>42</sup> Da cui è tratto il frammento con cui si aprono i *Digesta* (D. 1.1.1).

<sup>43</sup> In merito all'etimologia di '*ius*' è da segnalare che G. SEMERANO, *Le origini della cultura europea*, II. *Dizionari etimologici. Basi semitiche delle lingue indoeuropee*, 2. *Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994, sv. '*ius, iuris*', p. 441, ha rifiutato, nel quadro dell'ampia ricerca condotta, le derivazioni in precedenza proposte, ravvisando la base del vocabolo in segni del medio babilonese («wussû», «wûsu»), esprimenti il discernimento del bene e del male. Senza prendere posizione sulla nuova etimologia sostenuta, rilevo che essa si coordina coi dati che Ulpiano era oriundo di Tiro, che questa città era stata sotto il dominio babilonese e che all'esperienza babilonese risale il Codice di Hammurabi, in cui viene esaltata la connessione fra la legge (il diritto) e la giustizia.

<sup>44</sup> D. 1.1.1.pr.

<sup>45</sup> D. 1.1.10.pr.

<sup>46</sup> Cfr F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in «SDHL», LIV, 1988, in particolare p. 15 ss. [Adde *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»?*, in «RDR», III, 2003, p. 39 ss. *estr.*].

segue in coerenza, ai vari livelli, la soluzione ottimale nel rispetto dell'eguaglianza proporzionale.

Tutto ciò è condensato nella sintetica definizione celsina dello *'ius'*. Il giurista antoniniano – come Ulpiano, che ne riferì la definizione – era consapevole dell'immanenza nel diritto dei profili normativo ed ordinamentale. Egli tuttavia, nella sua definizione, superò l'aspetto esteriore, privilegiando quello più profondo e (non solo dal suo punto di vista) più fecondo: il coinvolgimento e la responsabilità dell'uomo nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto. Forse anche questo ha influito sull'apprezzamento espresso da Ulpiano (*'elegantèr definit'*) nell'utilizzare la definizione celsina.

Come si è visto, il profilo dell'*ars* mette in gioco l'attività umana, nella quale è coinvolta, insieme alla coscienza, la volontà. Non si può, senza volerlo, reperire, ai vari livelli, la soluzione ritenuta ottimale; non si può, senza volerlo, eliminare dall'ordinamento le *iniquitates* in esso riscontrate. E a sua volta la giustizia, nella relativa definizione, viene ricondotta al genere «volontà», rafforzata con gli aggettivi ferma e duratura. Questa riconduzione rappresenta probabilmente uno dei punti nei quali la rielaborazione ulpiana si discostò dalle definizioni dei filosofi, o almeno da parte di esse. Balza agli occhi che il genere assunto da Ulpiano non corrisponde a quello della definizione, che era stata enunciata, in età giovanile da Cicerone<sup>47</sup>, nella linea stoica: *'iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem'*. In luogo del genere *'habitus animi'*, il giureconsulto scelse, come si è visto, il genere *'voluntas'*, con la duplice qualificazione *'constans et perpetua'*. Appare chiara la connessione con la raffigurazione dei giuristi quali sacerdoti del diritto (ad esso consacrati), dediti a coltivare la giustizia, intesa soggettivamente nel senso di *'constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi'*, acquisendo in se stessi e promovendo nei consociati tale ferma e duratura volontà.

La rielaborazione, da parte di Ulpiano, è più sicura (per quanto scarsamente percepita) per il *'ius suum cuique tribuere'*, rispetto al generico *'suum cuique tribuere'*, ancora oggi conclamato da filosofi e contro cui si esercitò verosimilmente la critica del giureconsulto. Il suo di ciascuno dei consociati è forse più concreto della *'dignitas'* di ciascuno degli stessi indicata nella definizione ciceroniana. Tuttavia ciò che spetta a ciascuno, non calato nel *'ius'* (nelle scelte in questo operate), rimane, o può rimanere, indeterminato.

Ad esempio, la *res furtiva* acquistata in buona fede appartiene al derubato o all'acquirente? La cosa posseduta per uno o due anni, in buona o mala fede, in presenza o assenza di *iusta causa*, è stata o non è stata acquistata dal possessore?

Il *'suum'* dei filosofi appare sospeso, demandato come tale all'apprezzamento personale caso per caso, con apertura per lo meno a disparità di trattamento. Il *'ius suum'*, ad esso sostituito da Ulpiano, è viceversa ciò che spetta a ciascuno in un determinato diritto (sistema giuridico), costruito, aggiornato e applicato sulla base del *'bonum et aequum'*: con rappresentazione attualizzata sulla base del duplice criterio della ragionevolezza e uguaglianza.

Appare chiaro adesso il rapporto intercorrente, secondo Ulpiano, tra il *'ius'*, inteso come *'ars boni et aequi'*, e la *'iustitia'*, concepita come *'constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi'*. Si può dire, in sintesi, che la seconda concerne il profilo morale (la volontà, ferma e costante, di fare avere a ciascuno il *'suum ius'*, alla stregua del *'bonum et aequum'*, nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto)<sup>48</sup>; il primo, il profilo tecnico (l'*'ars'* occorrente per mettere in atto l'attribuzione a ciascuno del proprio diritto nelle attività menzionate).

I due profili appaiono strettamente intrecciati nella già citata giustificazione, data da Ulpiano nel descrivere i compiti dei giuristi, dell'attribuzione agli stessi della qualità di sacerdoti del diritto. Nella veduta ulpiana la volontà, in cui è sussunta, nel senso precisato, la *'iustitia'*, è il motore di tutta l'attività del giurista, il quale deve pure avere padronanza dell'*'ars iuris'* (= *'ars boni et aequi'*). I due elementi concorrono in generale nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto. Ai giu-

---

<sup>47</sup> *Inv.* 2.53.160.

<sup>48</sup> Parlando di «profilo morale» non intendo evocare in termini generali la morale e la sua difesa da parte del diritto, ma indicare, secondo l'insegnamento ulpiano, il ruolo – oggi trascurato – che ha la volontà umana, insieme a quello della tecnica, nel fenomeno giuridico.

risti compete specificamente la promozione, in se stessi e negli altri, dell'elemento morale (*'iustitia'*) e l'elaborazione di quello tecnico (*'ars boni et aequi'*). Non è contestabile che tanto è migliore la produzione, interpretazione e applicazione del diritto quanto più coesiste con l'*'ars iuris'*, in coloro che le pongono in essere, la volontà di attribuire a ciascuno il *'suum ius'*, e che tanto più la vigenza del diritto ha riscontro fattuale quanto più la stessa volontà è diffusa tra i consociati.

Nella sua relazione Paolo Grossi ha vivacemente illustrato il pensiero di Tommaso d'Aquino, secondo cui il diritto è nel reale, è un qualcosa di antico che va letto, è là nelle cose e situazioni, è in sintesi un qualcosa da leggere<sup>49</sup>. Non è dubbia l'eminente autorità di Tommaso d'Aquino, che è anche un santo, nella teologia e filosofia. Tuttavia l'opinione menzionata non è giuridicamente accettabile, pur dando spazio al significato metaforico dell'enunciazione: essa non trova riscontro nella realtà. Il diritto non si ricava direttamente dalle cose e situazioni<sup>50</sup>.

Altra cosa è l'esigenza della loro compiuta conoscenza per un'adeguata regolamentazione. Tra la realtà e il diritto si interpone l'*ars iuris*, la valutazione compiuta dall'uomo col suo ausilio. L'opinione criticata omette il momento delle scelte, che sono invece imprescindibili nella regolamentazione giuridica, che possono risultare rispondenti o non rispondenti al *'bonum et aequum'* e che vanno corrette quando si riveli in tutto o in parte la loro incongruenza con esso.

Occorre bandire ogni semplicismo. L'*ars iuris* è una specifica disciplina, il cui apprendimento non si presenta agevole. E' illusorio che quest'ultimo sia reso superfluo da conoscenze generiche o dalla padronanza di altra disciplina. E sono palesi le implicazioni negative dipendenti dalla rimozione dell'elemento morale<sup>51</sup> (della non certo facile fedeltà ferma e duratura ad esso) nella produzione, interpretazione e applicazione del diritto.

Gli insegnamenti considerati di Celso e Ulpiano rientrano, insieme a molti altri, nel deposito sapienziale lasciato dal diritto romano, costituente tuttora il fondamento nell'insieme più significativo della tradizione giuridica dei Paesi dell'Unione Europea. Nella sfida che questi Paesi, fra i quali il nostro, hanno di fronte per la costruzione di un diritto europeo, tali insegnamenti offrono prospettive e stimoli per il superamento delle persistenti implicazioni, in parte accennate, delle concezioni positivistiche. In primo piano indirizzano i giuristi a riappropriarsi, per quanto loro compete, dell'*ars iuris*, ad essi tolta tanti secoli fa da Giustiniano ed in larga parte preclusa, nell'esperienza più vicina, dalle suddette concezioni. Mi riferisco all'*'ars iuris'* nel senso celsino di *'ars boni et aequi'*, estesa a tutte le esplicazioni (produzione, interpretazione e applicazione) del fenomeno giuridico. Nella fase attuale – prescindendo dal concorso, non considerato in questa relazione, nella produzione e applicazione del diritto – compete specificamente ai giuristi l'elaborazione, in modo continuativo, della tecnica occorrente per la varie esplicazioni giuridiche, come pure l'individuazione e la critica, nelle medesime, delle deviazioni dal *bonum et aequum*<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> L'Aquinate, come emerge anche dall'asserita derivazione di *'lex'* da *'legere'*, pure richiamata da Grossi, è ancora legato alla prospettiva giustiniana dell'assorbimento del diritto nella legge. L'invocata derivazione non rispecchia un effettivo dato etimologico, ma il pensiero del teologo e filosofo sulla legge, nella linea dell'impostazione giustiniana.

<sup>50</sup> Ad esempio, la cosa (sia mobile come il cane da caccia, sia immobile come la casa), oggetto di possesso, non reca l'indicazione del periodo di tempo occorrente per la sua usucapione.

<sup>51</sup> Nel significato precisato *supra*, nt. 48.

<sup>52</sup> [Sottolinea opportunamente, da ultimo, la «responsabilità del giurista» per la formazione del diritto europeo A. MANTELLO, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, in «Fondamenti del diritto europeo (Atti del Convegno. Ferrara, 27.2.2004)», Torino, 2005, p. 106 ss. Cfr. Pomponio (*Ls. ench.*), D. 1.1.2.13: *'post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cottidie in melius produci'*. Segnalo anche le enunciazioni finali dello studioso (p. 112), in merito all'insegnamento (e prima ancora, aggiungo io, allo studio) dei fondamenti del diritto europeo; insegnamento che dovrebbe «privilegiare un discorso *tout court* storico: volto insomma a verificare *per exempla* che cosa abbia potuto significare l'esperienza giuridica romana nel suo complesso e nelle sue scansioni diacroniche, in quanto esperienza ormai finita e morta, per l'*avvio* o il *non avvio* delle vicende «tecniche» ed «ideologiche» dell'uno o dell'altro concetto, enunciato, problema giuridico oggi rilevante». Con «l'avvio o il non avvio» si sono perlomeno intersecate, nella vicenda storica, «continuità», «rottture» e «ripreses». In sintesi le divergenze tra le posizioni indicate del Mantello e le mie si ricollegano al disconoscimento, da parte sua, del fattore tradizionale, da me invece ritenuto rilevante. Cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della*

---

*categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano), I, Torino, 1992, p. 5 ss., e Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo, in «Fondamenti», cit., p. 11 ss.]*

---