

## Il «ius controversum» fra razionalità e giustizia

1. Finalità dell'intervento - 2. Gli spazi della giurisprudenza - 3. L'impianto del discorso giurisprudenziale - 4. Gli schemi del pensiero - 5. La dimensione linguistica dell'esperienza ed il suo assetto grammaticale - 6. I percorsi conoscitivi - 7. Il giudizio - 8. Le regole - 9. Un caso di *ius controversum* - 10. Conclusioni.

### 1. Finalità dell'intervento

La finalità del mio intervento è di mostrare, anche alla luce di qualche esempio, che il *ius controversum* (cioè la presenza di regole discordanti negli scritti dei giuristi) non è un'evenienza occasionale, dovuta alla pura e semplice presenza di opinioni diverse, ma sottintende un impianto di lavoro di cui il giurista deve farsi carico in modo preciso, per dare un assetto razionale alle questioni portate in giudizio<sup>1</sup>. Anticipando in funzione orientativa la conclusione della mia analisi, direi che le opinioni dei giuristi, quand'anche discordi, non sono opzioni personali, ma ambiscono a proporsi come regole di contesto, attraverso operazioni selettive sui «dati» d'esperienza<sup>2</sup>, per coordinarli fra loro secondo un disegno coerente, con percorsi conoscitivi non dissimili da quelli coi quali in via generale le nostre conoscenze si strutturano portando in luce quegli schemi di pensiero che vanno sotto il nome di generi e specie.

In questo senso il mio intervento vuole essere un contributo alla comprensione del *ius contro-*

---

<sup>1</sup>) Questo articolo riprende l'intervento da me tenuto nel convegno organizzato dall'Istituto Italiano di Scienze Umane a Firenze nei giorni 21-23 ottobre 2010 sul tema « Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi ». Ho approfittato della versione scritta per sviluppare in modo un po' più ampio talune considerazioni di ordine teoretico che nella relazione orale erano state solo accennate, ma tengo a precisare che sono ancora del tutto provvisorie, giustificate più che altro dal proposito di richiamare l'attenzione su talune modalità operative che traspaiono dal discorso dei giuristi romani. Siccome i §§ 4-8 hanno solo la funzione di mettere a fuoco in chiave teoretica la trattazione svolta al § 9, che invece vuole avere un significato pratico, invertendo l'ordine si potrebbe anche assumerla questo come premessa del discorso (così come in effetti è accaduto), invece che come conclusione esemplificativa.

<sup>2</sup>) Uso l'espressione «dato d'esperienza» per indicare quei riferimenti fattuali che vengono assunti come sicuri, o perché condivisi, o perché non contestati (e quindi validi fino a che non vengono messi in discussione), o anche soltanto perché necessari per impostare sul piano operativo un ragionamento, che avrà quindi valore nei limiti in cui non saranno contestati. Questo comporta che all'esito dei giudizi si può riconoscere un valore soltanto presuntivo sul piano pragmatico, ed un valore soltanto relativo sul piano logico, non potendosi escludere che le cose siano da affrontare in modo diverso da quel che si è assunto. Ma se il giudizio viene svolto in modo trasparente, la sua forza viene proprio dal fatto che per contraddirne l'esito occorre portare elementi capaci di mettere in discussione in modo attendibile i risultati a cui si era pervenuti. In tal caso il superamento della presunzione è un momento strutturale nella vita del diritto giurisprudenziale, proprio perché esso viene elaborato in chiave argomentativa, ed a questo riguardo non posso fare a meno di richiamare ancora una volta l'attenzione su un passo tratto dall'*enchiridion* di Pomponio (D. 1.2.13), che ritengo fondamentale per capire il lavoro dei giuristi romani: '*constare non potest ius* (il diritto non può sussistere come tale), *nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci*' (se non c'è qualche giurista che si prende carico quotidianamente di perfezionarlo), dove il perfezionare coincide col fatto che nella sua applicazione possono sempre venire in luce problemi nuovi.

*versum*<sup>3</sup>, più che alla sua ricostruzione storica, anche se confido che il discorso possa essere utile anche per essa. Del resto non ho difficoltà a dare atto che il mio interesse per il diritto romano è sempre stato quello di risalire alle radici della nostra tradizione giuridica con finalità operative, ed attualmente è rivolto a difendere l'esperienza codicistica, che considero lo stadio più progredito a cui si è potuti arrivare muovendo dall'impostazione romana. Ovviamente, come ogni esperienza giuridica, anche la codificazione ha i suoi inconvenienti, che però potrebbero essere in parte evitati, se fossero rimosse talune sovrastrutture ideologiche che alterano la percezione del fenomeno giuridico<sup>4</sup>. Mi limito qui ad osservare che, paradossalmente, anche se il codice ha avuto come finalità principale quella di rimuovere il *ius controversum*, le logiche operative di cui questo si alimenta sarebbero utili proprio per salvaguardare il sistema su cui esso si fonda.

## 2. Gli spazi della giurisprudenza

Il modo di procedere dei giuristi romani era incentrato sulla ricerca, nel campo dei rapporti interpersonali, di assetti proponibili come direttive in funzione giudiziaria, ed ha la sua premessa nel ben noto impianto processuale che divideva la trattazione delle cause in due fasi: la fase iniziale *in iure*, in cui veniva impostata la controversia (*iurisdictio*), e quella successiva (*iudicium*), in cui la controversia veniva discussa e decisa.

L'impostazione della controversia aveva la precipua finalità di stabilire in via preventiva in quali limiti ed a quali effetti la contesa fra le parti poteva essere presa in considerazione, ed aveva luogo attraverso schemi (*formulae*) che sotto forma di quesito, cioè di approfondimento da svolgere, definiva il contenuto del rapporto ed il possibile esito della lite. In questo modo la contesa fra le parti assumeva i caratteri della controversia, cioè profili molto precisi, che costringevano le parti a sostenere le loro pretese con argomenti che dovevano rispondere in modo coerente al quesito proposto, ma al tempo stesso antagonista rispetto agli assunti avversari (*contra vertere*). Ciò consentiva di valutarli non già per la loro più o meno generica plausibilità, ma per la specifica rilevanza che potevano assumere nel contrastare quelli avversari, e rendeva effettivamente possibile prender posizione in termini di ragione e di torto con percorsi stringenti. Questa è stata fin dall'età arcaica la grande risorsa che ha consentito alla giurisprudenza romana di declinare il diritto in termini di una razionalità al tempo stesso sostanziale, perché ispirata ai contesti di vita, e formale, perché sviluppata attraverso schemi logici<sup>5</sup>.

Questo impianto del giudizio, che costringeva le parti ad un confronto in cui la prevalenza

---

<sup>3</sup>) Comprensione nel senso di indagare per quanto possibile le ragioni di ordine sistematico che stanno a fondamento del *ius controversum*.

<sup>4</sup>) Alludo non tanto ai condizionamenti indotti dall'istanza positivista, ormai notevolmente ridimensionati dalla forza stessa dei fatti, ma al suo retroterra ideologico, secondo cui il diritto consiste di prescrizioni munite di sanzione, perché impedisce la percezione del fenomeno giurisprudenziale. Il codice, e così tutte le codificazioni dalle XII Tavole in poi, sono elaborazioni di una realtà sociale che le precede, dalla quale traggono spunto e nella quale le singole regole devono necessariamente reinserirsi. Far rispettare le leggi è un problema che riguarda l'attività di governo ed attiene quindi alla politica, più che al diritto, che invece ha il suo spazio nel portare in luce le condizioni per una loro corretta applicazione.

<sup>5</sup>) In questa sede il termine «logico» viene utilizzato per indicare i percorsi di pensiero che si svolgono in termini linguistici, cioè attraverso schemi mentali convenzionali, ma sulla premessa che i loro contenuti, nel campo del diritto, devono essere attinti direttamente nel campo della prassi, cioè delle esperienze operative, tanto da non poter essere facilmente gestiti coi canoni della logica classica. A sua volta il termine «logos» qui viene utilizzato per alludere alle sole strutture linguistiche elementari, cioè alle singole parole, assunte come strumenti per attingere alla realtà, a fianco della esperienza operativa; questo perché la componente linguistica condiziona in modo determinante l'approccio stesso alla realtà, e non soltanto i discorsi che vi si vogliono poi far sopra. Quale che sia l'interpretazione che si voglia dare sul piano filosofico a questa situazione, la contrapposizione linguaggio - realtà (inteso il primo come risorsa conoscitiva offerta dalle parole e la seconda come risorsa conoscitiva offerta dall'esperienza) è imprescindibile per affrontare i contenuti del diritto, stante la necessità di non perdere di vista la componente pragmatica che sorregge le azioni e la componente comunicativa offerta dal linguaggio.

dell'una toglieva necessariamente di mezzo l'altra, indipendentemente dal fatto che non fosse del tutto priva di ragioni, risulta particolarmente evidente nella *legis actio sacramenti in rem*, preordinata all'accertamento della proprietà, dove il giudizio era ammesso costringendo ognuna delle due parti ad indicare il titolo, cioè la ragione, con cui si opponeva all'altra. Ma anche nel processo formulare, nonostante la maggior elasticità degli schemi in chiave equitativa, la funzione del pretore era rimasta fondamentalmente quella di fissare preventivamente l'assetto del rapporto controverso per costringere le parti a confrontarsi in termini rigorosamente alternativi. Per inciso, ancora in età classica erano previste pesanti sanzioni a carico di coloro che promuovevano il giudizio o resistevano in modo ingannevole, allegando fatti non veritieri.

In questo contesto è un dato di fatto che la giurisprudenza si è sviluppata fondamentalmente nello spazio interposto fra *iurisdictio* e *iudicium*, come elaborazione di direttive di giudizio suggerite dalla logica della controversia<sup>6</sup>.

In quanto direttiva di giudizio, l'enunciato giurisprudenziale non è propriamente né prescrizione né decisione, ma semplicemente una proposta che porta in luce condizioni di correttezza a cui il giudizio dovrebbe attenersi. E' chiaro che il contenuto della proposta è già esso stesso esito di un giudizio, così come lo è quello della legge o dell'editto, ma occorre non perdere di vista che il suo impianto operativo è diverso da quelli. Tralasciando per ora altre importanti differenze, si può senza difficoltà constatare che mentre la legge introduce direttive generali ritenute importanti per la comunità (quindi effettivamente può essere assunta come prescrizione), e mentre l'editto pone a sua volta le condizioni operative per l'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>7</sup>, l'enunciato giurisprudenziale si colloca al livello concreto delle controversie, di cui sorveglia sia l'impostazione, con riferimento alle *formulae*, sia lo sviluppo, con riferimento ai problemi che ne derivano.

Più esattamente, il segmento di giudizio coperto dalla giurisprudenza era quello che, muovendo da premesse date (che potevano essere una prescrizione legislativa o una clausola edittale o una formula o anche una clausola contrattuale), si faceva carico di quelle circostanze che, avendo una significativa ricorrenza nelle vicende ordinarie della vita, dovevano assumere rilevanza a livello normativo, nel senso di trovar loro un'esatta collocazione. Le altre, quelle puramente occasionali o comunque condizionate in modo troppo particolare dagli intrecci del caso in discussione, restavano demandate alla fase finale del giudizio, affidata ad un *iudex* o *arbiter*, i quali avevano solo il compito di pronunciare il verdetto finale, secondo quel che a loro pareva più attendibile, avuto riguardo alle risultanze istruttorie, quindi al di fuori di qualunque canone normativo (nel senso che, se invece se ne fosse presentato lo spazio, avrebbe generato giurisprudenza). La loro pronuncia doveva infatti tener conto anche dei fattori più contingenti (compresa, al limite, la credibilità dei testi), tali da non poter assumere rilevanza in termini di *ius*<sup>8</sup>. Si può dire dunque che nell'esperienza giudiziaria roma-

<sup>6</sup> Per '*iurisdictio*' è da intendere in senso molto stretto la funzione esercitata dal pretore, di stabilire in linea di principio se e in che termini un rapporto controverso meriti di essere preso in considerazione, convertendo le pretese delle parti in un assetto di rapporto compatibile con gli assetti della *civitas*. Il '*iudicium*' invece comporta di decidere se le condizioni poste dal pretore sussistono o meno. A questi effetti è importante tenere distinto il puro e semplice accertamento dei fatti (*an verum sit*) dalla valutazione della loro rilevanza rispetto all'*actio* (*an rectum sit*), perché è solo questo il segmento di giudizio a cui, fin dall'età pontificale, si sono applicati i giuristi, e non a caso; esso infatti richiede, prima di decidere, che sia portata in chiaro (e cioè sia giustificata) la rilevanza da assegnare alle situazioni ed ai comportamenti allegati dalle parti a sostegno delle loro pretese. Oggi non è facile percepire questo segmento del giudizio, perché assorbito in modo indistinto nella funzione giudiziaria, anche se riaffiora a tratti in quella sfuggente distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris* che ricorre sovente nelle pronunce della Cassazione; ma se ci si colloca nell'ottica delle ricorrenze, non è difficile capire che il *ius* consiste proprio nel dare al caso concreto una corretta collocazione di contesto, che possa valere anche in via generale.

<sup>7</sup> Questa distinzione si potrebbe oggi ricondurre al potere regolamentare, se invece di intenderlo come un potere legislativo minore gli si potesse restituire il carattere originario, di limite all'esercizio della funzione.

<sup>8</sup> Anche i *dicta* dei giuristi possono essere presentati come opinioni personali, alla stregua delle sentenze, ma in questo modo si va a perdere di vista la loro vera valenza, che è logico-giuridica; essi infatti, a differenza del verdetto giudiziale, si mantengono nell'alveo del discutibile, come espressione di un pensiero formulato a livello razionale, cioè controllabile, che fonda la sua autorevolezza sul fatto di risultare condivisibile. A questi effetti la personalità dei giu-

na emergevano tre funzioni distinte, alle quali corrispondevano percorsi di pensiero diversi: il pretore dispone, il giurista propone, il giudice decide<sup>9</sup>.

In questo contesto la funzione del giurista, attuativa di quanto disposto dal pretore (o dalla legge), ed al medesimo tempo orientativa in ordine alla decisione che il giudice doveva prendere, era percepita e presentata da Ulpiano (D. 1.1.10, *libro primo regularum*) come assidua ricerca (*'constans et perpetua voluntas ...'*) di un assetto capace di dar conto delle ragioni vantate dall'una e dall'altra parte (*'... ius suum cuique tribuendi'*). E' appena il caso di precisare che in questa prospettiva il *ius suum* ha ben poco in comune con l'odierna concezione dei diritti soggettivi; esso infatti esprime soltanto una condizione obiettiva del rapporto, che si rifrange in modo positivo o negativo sulle due parti in conflitto, secondo la posizione da loro occupata. Il *ius* del debitore è in linea di principio quello di pagare, e solo in circostanze marginali quello di esserne esonerato<sup>10</sup>.

### 3. L'impianto del discorso giurisprudenziale

Il procedimento di pensiero adottato dai giuristi romani viene a volte presentato come «astrazione», ma in questo modo lo si travisa gravemente, perché esso si fa carico di affrontare, e non semplicemente di rimuovere le particolarità presenti nel caso considerato. Altri parlano di «isolamento», ed in effetti è vero che il giurista nell'affrontare un rapporto lo ripulisce dal magma delle questioni correlate; ma quel termine evoca soltanto il risultato, non fa luce sul procedimento con cui vi si perviene. Nemmeno giova parlare di «analisi» (nel senso tecnico di «scomposizione»), perché si richiede qualcosa di più, e cioè di portare in luce non brandelli di esperienza, ma al contrario assetti che abbiano senso compiuto nell'ambito entro cui la contesa si svolge. Nel lavoro del giurista l'analisi, che pur non può mancare, deve necessariamente sfociare in una sintesi, che coordini fra loro gli elementi raccolti e li ricollochi nel contesto sulla base di un assetto coerente. In questo senso, proprio per sottolineare che il discorso giurisprudenziale deve concludersi con delle proposte capaci di dare al rapporto controverso una coerenza interna plausibile, sembra più appropriato il termine «individuazione», salvo chiarirne meglio la portata<sup>11</sup>.

---

risti resta del tutto irrilevante, anche se può essere interessante sul piano sociologico, in quanto i contenuti del *dic-tum* devono comunque essere affrontati in una prospettiva strettamente funzionale all'impianto della controversia.

<sup>9)</sup> Si potrebbe anche dire che il magistrato aveva la funzione di impostare il giudizio, il giurista quello di indicare i passaggi necessari per il suo corretto svolgimento, il *index* quella di dargli attuazione. La configurazione unitaria della funzione giudiziaria, affermatasi con la *cognitio*, ha messo in ombra queste differenze, ma resta in ogni caso da sottolineare che nel campo del giudizio vi è sempre almeno un segmento che esige di essere affrontato in chiave normativa ed altri che inevitabilmente devono essere affrontati in chiave arbitraria (cioè non normativa), perché in ogni controversia è possibile spingere il contraddittorio fino ai dettagli più minuti ed alle interferenze più occasionali, dove l'intreccio degli elementi in gioco solleva questioni che non sarebbe possibile affrontare con parametri precostituiti. E' in ogni caso da riconoscere che ancora oggi quella concorrenza di funzioni non è del tutto perduta, ed affiora come obbligo di motivare la sentenza.

<sup>10)</sup> Con questo non è a dire che manchi la possibilità di assumere sotto la categoria moderna del diritto soggettivo anche gli enunciati dei giuristi romani, ma quando ciò avviene (ed indubbiamente la compilazione del Digesto è già un passo in questa direzione) si è ormai fuori dall'impianto giurisprudenziale vero e proprio, ed il senso degli enunciati viene per così dire capovolto: da esiti di un giudizio dotato di un retroterra concreto si convertono in premesse di giudizio da far valere attraverso la loro formulazione linguistica: «Ulpiano ha detto ..., quindi ho diritto». Il risultato è che, man mano che si perde la consapevolezza dell'impianto originario, si rischia di pervenire anche a gravi fraintendimenti del *ius*.

<sup>11)</sup> La semantica di questo termine è piuttosto tortuosa. Il latino classico conosceva soltanto l'aggettivo, *'individuus'*, introdotto dal greco per indicare ciò che non è divisibile, ad esempio un uomo. Nel medioevo, nel tentativo di trovare il fondamento razionale di questa realtà intuitiva, l'attenzione si era spostata dal mero dato di fatto alla ragione che lo giustificava (il *principium individuationis*), poi da lì, in età moderna, sull'operazione logica sottostante, e questo è ancora oggi il significato del termine «individuare», come operazione che conferisce ad una realtà il carattere che la distingue. Solo che, mentre nell'uso corrente si continua a dare all'operazione un carattere fondamentalmente analitico, cioè ricognitivo sulla base di riferimenti precostituiti, già presenti nella mente quanto meno a livello intuitivo, se si vuole entrare nello spirito della giurisprudenza romana occorre riconoscere al processo di individuazione una funzione fondamentalmente creativa.

Nel linguaggio corrente l'individuazione è intesa quasi sempre come «riconoscimento», cioè come rilevazione di qualcosa sulla base di caratteristiche già note, o al più come «inquadramento», cioè riduzione dei dati disponibili entro schemi dotati di specifica rilevanza (ad esempio lo schema della *mancipatio*, ottenuto coordinando gesti e parole, o quello della *traditio*, ottenuto in termini di puro ragionamento sui fatti). Ma parlando di «inquadramento» avremmo dato atto bensì di una operazione unificativa, e non puramente ricognitiva, ancora una volta però in termini sostanzialmente «passivi», che evocano lo schema, ma non lo governano. Per cogliere i percorsi razionali nella loro attitudine creativa (quella per intendersi che consente di costruire i contenuti di pensiero secondo le necessità), occorre collocarsi in una prospettiva opposta a quella dell'astrazione, e non saprei trovare al momento termine più appropriato del verbo «sviluppare». E' un dato di fatto che il discorso giurisprudenziale, muovendo dalla impostazione abbastanza semplice delle formule, poteva arrivare a costruzioni anche molto complesse, e valga per tutti l'esempio della *traditio*: a quali condizioni merita di essere assunta come atto costitutivo della proprietà in capo all'*accipiens*?

Si tratta di una figura interamente costruita col ragionamento, attraverso la valutazione delle circostanze che potevano giustificare come risultato il trasferimento della proprietà, che dimostra in modo evidente la presenza di un percorso che è conoscitivo e costruttivo al medesimo tempo (esattamente come lo è la costruzione di un qualunque attrezzo, anche di un chiodo o di una vite), nel quale l'interesse perseguito (trasferimento della proprietà) genera un assetto capace di assolvere in via generale ad una funzione: assetto, perché è la risultante di più elementi (o fattori); coerente, perché si propone come un segmento di realtà dotato di una propria specifica rilevanza, quello che Aristotele, con espressione molto appropriata, designava come *synolon* («tutt'uno»), anche se poi si è trovato più comodo assumerlo come entità non divisibile (*individuum*, appunto), nel senso di non poterla scomporre senza perderne la presenza; funzione, infine, perché porta con sé un risultato, che si consegue nel momento stesso in cui l'assetto viene messo in opera.

#### 4. *Gli schemi del pensiero*

Nella tradizione linguistica i richiami ai contenuti di pensiero evocati attraverso le parole vanno sotto il nome di «idee», ma questo termine può sollevare riserve, per la sua vaghezza, ed anche per il fatto di avere al tempo stesso valenze troppo specifiche in alcune dottrine filosofiche. Qui, in relazione ai problemi che si devono affrontare, proporrei di sostituire al termine «idee» l'espressione «punto di vista», per sottolineare che i contenuti di pensiero evocati dalle parole non sono altro che dei rinvii selettivi, attraverso il dato linguistico, a contesti di esperienza<sup>12</sup> che occorre recuperare direttamente dal contesto concreto, senza fermarsi alla sola dimensione linguistica. Che valore può avere un nostro ragionamento, se non muove da adeguati riscontri nella realtà?

Ad esempio, la parola «compravendita» evoca un'esperienza nota a tutti. Tuttavia, sul piano operativo, per stabilire se un rapporto intercorso fra le parti si può davvero affrontare in termini di compravendita, il suggerimento intuitivo che viene dalla parola non basta, così come da soli non bastano i fatti di cui ci si sta occupando, ma occorre avere padronanza dello schema che fa essere la compravendita quello che è, e in base ad esso valutare se ed in che limiti quei fatti sono davvero compatibili con la funzione svolta dalla compravendita. D'altra parte una stessa vicenda può facilmente assumere contemporaneamente configurazioni diverse, a seconda del punto di vista adottato. Valga per tutti il famoso aneddoto ricordato da Cicerone (*de off.* 3.14.60), in cui il banchiere siracusano, facendo credere con un artificio che il mare davanti alla sua proprietà fosse particolarmente adatto alla pesca, riesce a farla comprare dal suo ospite, per di più ad un prezzo esorbitante: c'è la

---

<sup>12</sup> Col termine esperienza si allude qui, in via del tutto generale, al rapporto del soggetto col contesto entro cui vive. Il contesto, in quanto tale, può venire in considerazione sotto il profilo pragmatico, come vita vissuta, oppure sotto il profilo teoretico, come oggetto di riflessione. Il divario è notevole, perché la riflessione teoretica, per quanto ci si sforzi di evitarla, soffre sempre di unilateralità.

vendita e c'è la truffa, a seconda del modo di coordinare gli elementi disponibili, e addirittura c'era stata l'annotazione delle somme dovute (*nomina*), che la rendeva un'assunzione di debito esigibile indipendentemente da tutta la vicenda intercorsa<sup>13</sup>.

In sostanza, mentre col termine «*idea*» si allude, come nel lessico greco, a schemi di pensiero che rievocano l'esperienza in modo statico, come se ne fossero l'immagine, con l'espressione «punto di vista» si assegna al dato linguistico una dimensione dinamica, quella di orientare il pensiero sul modo di muoversi all'interno del contesto fattuale di cui ci si sta occupando, per portare in luce, se ed in quanto possibile, quel che interessa.

Tornando alla *traditio*, è facile constatare che la parola di per sé richiama un'esperienza della vita ordinaria assai semplice, la consegna di una cosa, assunta però in una funzione tutt'altro che elementare (trasferimento della proprietà), che si traduce in una sequenza di relazioni molto complessa. Proviamo a partire dalla dimensione assolutamente minima necessaria, strettamente fattuale, rappresentata dalla presenza di due soggetti (*A*, *B*), che indichiamo come relazione *a-b*, su cui si inserisce la relazione che essi hanno con la cosa (*C*). Ne deriverebbe una coppia di relazioni, *a-c*, *b-c*, che però, dovendo essere affrontata in prospettiva dinamica, comporterebbe di scomporre ciascuna delle due relazioni quanto meno in due momenti, l'antefatto ed il postfatto. Arriveremmo così a due coppie simmetriche e fra loro alternative: la relazione 1 (*A* possiede *C*) e la relazione 1 bis (*A* non possiede *C*) come pure la relazione 2 (*B* non possiede *C*) e la relazione 2 bis (*B* possiede *C*). Con tutto questo però saremmo ancora ben lontani dalla struttura della *traditio*, perché mancano del tutto gli elementi più importanti: le ragioni del mutamento e le conseguenze che ne derivano.

Il fatto è che la *traditio* si configura come «operazione», cioè come iniziativa preordinata ad un risultato, per cui ognuna delle tre relazioni che sono state portate in luce deve contribuire ad esso assolvendo ad una propria specifica funzione, come ad esempio «lasciare» (la coppia di relazioni *a-c*), come «prendere» (la coppia di relazioni *b-c*) e come «trasferire» (l'intera relazione *a-b*). D'altra parte le tre relazioni non coesistono sullo stesso piano, perché la terza, «trasferire», svolge indubbiamente un ruolo dominante, in quanto esprime il risultato a cui è preordinata l'intera operazione, ma non può sussistere senza il concorso delle altre, le quali peraltro solo se ed in quanto sono rese partecipi della medesima finalità assumono a loro volta quella specifica rilevanza che le rende importanti, anzi, necessarie. Il fatto più notevole quindi è che la relazione *a-b*, colta come intenzionalità di trasferire, non si limita a collegare fra loro le altre due, ma le condiziona, imprimendo ad esse una rilevanza specifica che di per sé non avrebbero, senza la quale la figura *traditio* non può venire in essere. Questo esempio dovrebbe mostrare in modo sufficientemente chiaro che nel campo del diritto conoscere e costruire sono una medesima cosa.

A questo punto è evidente che se pensassimo di formalizzare con dei simboli le interferenze che vengono in gioco, come si è fatto con le relazioni iniziali, cadremmo in un ginepraio inestricabile, in quanto alla funzione logica ordinaria delle relazioni, di incorporare delle variabili all'interno di uno schema costante (*a-b*), si aggiunge quella di adattare le variabili al risultato, esattamente come succede nella vita ordinaria: se devo piantare un chiodo e non ho il martello, posso ricorrere ad un sasso o a qualunque altro oggetto mi riesca di usare in modo di raggiungere il risultato; e se poi mi

---

<sup>13</sup>) I giuristi romani in realtà, grazie alle *actiones*, che affrontavano i profili patologici del rapporto, si spingevano anche più in là, e tenevano distinta ad esempio l'*actio venditi* dall'*actio empti*, e non avevano difficoltà ad ammettere che nell'ambito di un medesimo rapporto si potessero promuovere azioni diverse a seconda dell'interesse in gioco, ad esempio *actio pro socio* (se si pretendeva il rendiconto), *actio mandati* (se si pretendeva la consegna), *actio furti*, se si lamentava l'appropriazione, *actio legis Aquiliae*, se si lamentava il danneggiamento, e via dicendo. Va da sé, e risulterà più chiaro nel prossimo paragrafo, che con questa impostazione il rapporto poteva tranquillamente finire sotto nomi diversi, e non perché se ne prendessero in considerazione porzioni distinte (esso restava quello che era), ma solo perché lo si affrontava da prospettive diverse. Questa impostazione non era priva di inconvenienti, soprattutto in termini di responsabilità, perché ogni *actio* aveva le sue regole, e non v'è dubbio che fosse compito del pretore farne carico nel momento in cui concedeva l'azione, mentre restava compito della giurisprudenza sviluppare le conseguenze che ne derivavano, coordinando fra loro gli elementi disponibili. Un quadro suggestivo di questi problemi è offerto in tema di deposito da Ulpiano, in D. 16.3.1.9-14, con richiami a Pomponio.

trovassi nella necessità di usare un chiodo senza averlo, potrei arrangiarmi cercando qualcosa di equivalente: cambierebbe il mezzo, ma non la funzione.

L'importante è rendersi conto che questa estrema flessibilità, gestita a livello linguistico, può dar luogo a grossi inconvenienti, perché il linguaggio consente di assumere interi blocchi di esperienze in modo «virtuale», e di proporli come se si avessero sottomano nella loro effettività, mentre sono pure evocazioni. Il rischio è di affrontare i problemi che interessano perdendo di vista la realtà che li riguarda. La parola infatti consente di evocare esperienze già acquisite per affrontare esperienze nuove; ma se sono state acquisite solo in chiave linguistica, magari per sentito dire, e non si presta attenzione, è facile che vadano ad inserire nel campo che si intende affrontare fattori derivati da contesti estranei, creando rapporti inattendibili con la realtà.

Da notare che una delle funzioni delle *actiones* era stata proprio quella di utilizzare parole fisse, nella persuasione che vi corrispondessero dei significati univoci, il che si era ben presto ritorto in danno del diritto, perché le esperienze della vita erano in realtà estremamente variegate. Come Gaio ricorda, siccome le XII Tavole parlavano di *'arbores'*, si rischiava di perdere la lite se si fosse parlato di *'vites'*<sup>14</sup>. Evidentemente la parola *'arbores'* era stata assunta come idonea ad esprimere figure diverse, comprese le viti, il che significa, sul piano logico, che la parola esprimeva qualcosa che non coincideva con le singole realtà materiali che potevano venire in considerazione. Ancora oggi, se parliamo di «alberi», abbiamo esattamente lo stesso problema, di capire cosa si cela dietro alla parola.

La proposta di assumere le parole come punti di vista ha dunque una duplice finalità. Anzitutto è un invito ad evitare che il ragionamento rimanga a livello puramente linguistico, e si vada invece a recuperare per quanto possibile in modo diretto ed operativo i settori d'esperienza evocati dalle parole; in secondo luogo, ed è la cosa più delicata, richiama l'attenzione sulla intenzionalità che in modo più o meno evidente è implicita nelle parole; esse infatti raramente sono richiami neutri alla realtà, ma al contrario incorporano quasi sempre (o forse sempre) delle prese di posizione, di cui occorre tener conto. Qui sopra si era richiamata l'attenzione sul contenuto comunicativo sotteso da parole come «prendere», «lasciare», «trasferire»; nel prossimo paragrafo si cercherà di affrontare un po' meglio il problema, facendo vedere come la struttura del linguaggio ordinario sia espressione di relazioni selettive, che non si limitano ad evocare segmenti di realtà, ma li costruiscono assecondando intendimenti più o meno espliciti.

Tornando alla *traditio*, occorre prendere atto che essa, nata dalla necessità di stabilire in quali circostanze la consegna della cosa può essere intesa come trasferimento definitivo di un bene, ed a quali condizioni può comportare acquisto della proprietà, non solo ha effettivamente «individuato» una esperienza specifica, abbastanza importante da meritare un nome che consenta di rievocarla nella sua globalità, ma ci fa anche capire che essa merita di essere rievocata perché coincide con la risoluzione di un problema importante, l'accertamento della proprietà. Nel medesimo tempo si deve dare atto che il nome di per sé suggerisce, ma non fornisce la soluzione, che, al contrario, deve essere di volta in volta cercata e costruita affrontando il contesto in cui si opera, attraverso gli elementi

---

<sup>14</sup> Il richiamo alle relazioni è importante perché esse costituiscono il tessuto dell'esperienza e sono lo strumento ordinario con cui si prende posizione sulla realtà. Nel prossimo paragrafo ci si occuperà brevemente della loro dimensione logica, ma è bene sottolineare che qui si vuole semplicemente sollecitare a recuperarle sul piano strettamente pragmatico, come rapporti fra le cose e con le cose, cioè come esperienze dirette di vita. Con una forzatura che mi accontenterei di giustificare per l'utilità che presenta, direi che la relazione rappresenta la vera struttura operativa del pensiero, ed a rigore anche la più elementare, benché le sia sempre necessario completarsi con la presenza dei termini di riferimento, che la fanno apparire una struttura complessa. In realtà i termini di riferimento, anche se devono presentarsi come entità a sé stanti, che possono sembrare delle realtà semplici, a ben guardare non sono altro che assetti costruiti attraverso relazioni, come risulterà più chiaro nel prossimo paragrafo. Queste considerazioni hanno un riscontro nell'assunto tradizionale, secondo cui l'unità elementare del discorso è rappresentata dalla proposizione, che per sua natura è sempre espressione di una relazione (più o meno complesso che sia l'enunciato), e la differenza sta in questo, che la proposizione propriamente esprime l'esito di un giudizio, mentre la relazione qui interessa assumerla come percorso, cioè come semplice possibilità. Questo potrebbe aiutare a valorizzare l'ambigua valenza del verbo essere, che viene utilizzato sia per dichiarare il risultato del giudizio conoscitivo (uso predicativo), sia per assumerlo come realtà definita e quindi esistente (uso assoluto).

disponibili, valorizzando il suggerimento che viene dalla parola (per noi, in italiano, «trasferire»).

A questo punto però non è nemmeno più corretto parlare di esperienze «virtuali», come si diceva poc'anzi alludendo alle operazioni puramente mentali. L'assetto di relazioni che corrisponde allo schema della *traditio* deriva da esperienze effettive e corrisponde alla risoluzione di un problema reale, tal che sarebbe più corretto assumerla come «realtà potenziale», e cioè esistente anche se non ancora attuale (in sostanza, suscettibile di riproporsi); essa infatti, non meno della compravendita, risponde ad una precisa esperienza di vita, indipendentemente dal fatto che venga effettivamente praticata, vuoi come operazione negoziale da parte degli interessati, vuoi come schema conoscitivo di cui il giurista deve (sul piano pragmatico) o vuole (sul piano dottrinario) farsi carico.

### ***5. La dimensione linguistica dell'esperienza ed il suo assetto grammaticale***

Si tratta ora di fare attenzione all'impianto evocativo presente nelle parole, per evitare che schemi puramente verbali o mentali si sostituiscano alla realtà e compromettano il giudizio: il che accade facilmente perché le operazioni richieste per trasferire il contenuto semantico del dato linguistico nel contesto di esperienza in cui si opera, e viceversa, non sono elementari, salvo che ci si affidi all'intuizione. In particolare, nel campo del diritto, è necessario affrontare tutte le possibili relazioni che il contrasto fra le parti mette in gioco: quelle che già di per sé emergono dal contesto, quelle indotte dall'intervento degli interessati, quelle da prendere in considerazione come possibili conseguenze.

Alcuni vocaboli, come le congiunzioni e le preposizioni, esprimono relazioni che corrispondono a richiami d'esperienza così elementari, da apparire quasi privi di contenuto. In realtà la congiunzione «e» ad esempio, o le preposizioni «di», «a», «da», sono portatrici di un proprio contenuto, in quanto evocano pur sempre esperienze fra loro diverse (concomitanza, appartenenza, destinazione, derivazione), anche se collocate ad un livello ancora così privo di riferimenti, che in alcune lingue, fra cui il latino, possono addirittura restare assorbite dal nome, attraverso semplici flessioni vocali che le convertono in un modo d'essere delle cose (genitivo, dativo, etc.).

Il contrario avviene per i verbi. Anch'essi sono preordinati ad esprimere relazioni, ma il loro contenuto evocativo è molto più complesso, già per il fatto che sono preordinati a cogliere il momento dinamico della realtà, e per di più sotto il profilo dell'azione, cioè come «iniziativa» con cui qualcosa interferisce su qualcos'altro<sup>15</sup>.

Che sul piano conoscitivo questo modo di affrontare la realtà sia un condizionamento unilaterale, che rispecchia l'esperienza che l'uomo ha di se stesso, come protagonista della propria vita, si direbbe abbastanza evidente; ma nel campo del diritto, che è preordinato a valutare i comportamenti umani, questa impostazione non disturba, ed anzi aiuta a capire l'incidenza che l'uomo esercita sulla realtà anche quando se ne occupa a livello conoscitivo, sia come portatore di condizionamenti esistenziali, inerenti alla condizione in cui si trova, sia come portatore di interessi operativi, che lo inducono ad agire con determinati mezzi e con propri intendimenti.

Attraverso i verbi dunque, accanto a quello che si potrebbe definire come «significato linguistico», cioè il dato d'esperienza che la parola evoca di per sé (ad esempio, «respira»), è possibile esprimere anche la specifica rilevanza che l'azione assume nel contesto entro cui si svolge, che potremmo definire come «significato reale, o di contesto» (quando ad esempio la parola «respira» sta ad indicare che c'è vita), e così pure il significato che potremmo definire «direttivo o intenzionale», ad esempio in un particolare esercizio respiratorio<sup>16</sup>. Tutto questo nel campo del diritto assume una

---

<sup>15</sup>) Anche la parola «dorme», ad esempio, che sotto il profilo linguistico non si presenta come relazione, la è sul piano pragmatico, in quanto esprime la condizione di una persona o di un animale entro un contesto in cui dormire ha una rilevanza abbastanza precisa e al tempo stesso non elementare, come sarebbe assai facile constatare nel momento in cui si volesse provare a descriverla con una definizione.

<sup>16</sup>) In via del tutto generale si potrebbe definire il significato come la rilevanza che qualcosa ha o può assumere nel contesto in cui si trova. Per chiarezza però sarebbe meglio, almeno nel campo del diritto, riservare il ter-

rilevanza assai rimarchevole, e non è un caso che quando si deve stabilire ad esempio cosa intendeva il testatore, si vadano ad instaurare collegamenti fra le più varie circostanze, preordinati ad evidenziare le possibili concordanze o discordanze, ad esempio fra ciò che era solito fare e ciò che ha scritto, in modo che sulla base di quelle si possa concludere sul significato delle clausole testamentarie. Il *topos* retorico che contrappone i *verba* alla *voluntas* è veramente paradigmatico per capire l'impiego delle relazioni, e dimostra come i loro contenuti possono essere rintracciati utilmente solo attraverso operazioni condotte all'interno di contesti reali (o comunque assunti come reali, ad esempio attraverso le testimonianze).

Resta da prender posizione sui sostantivi, ma se quel che si è detto fin qui è abbastanza chiaro, non è il caso di dilungarsi a dimostrare che essi sono soltanto strumentali all'uso delle relazioni: infatti, dal punto di vista logico, i sostantivi non sono altro che il mezzo per assegnare alle relazioni i termini di riferimento, assunti (o postulati) come realtà ricorrenti e stabili. Sarebbe quindi una questione malposta domandarsi se sia da riconoscere maggior importanza ai verbi o ai sostantivi, in quanto sono fra loro complementari, anche se è innegabile che tradizionalmente ai sostantivi è stata sempre riconosciuta una precedenza, forse proprio perché evocano le «cose», cioè quei segmenti distinti di realtà che assumiamo come punti di riferimento già noti, in vista della nostra azione, o della nostra riflessione. Tuttavia occorre mettere molta attenzione a questa precedenza, che spesso è pericolosa, perché l'uso del sostantivo sovente è solo un modo del tutto approssimativo di richiamarsi alla realtà, disimpegnandosi dai problemi che essa solleva.

Su questo punto si dovrà ritornare. Qui ci si può limitare ad osservare che i sostantivi con cui si contrassegnano specifiche esperienze giuridiche, come ad esempio «furto», «locazione», «compravendita», evocano in realtà esperienze complesse, che assumono carattere unitario solo per la ragione che vengono affrontate attraverso operazioni conoscitive svolte in funzione selettiva<sup>17</sup>. La loro dimensione reale corrisponde di regola a vicende molto articolate, che si possono riconoscere come comportamenti qualificati, caratterizzati cioè da una precisa rilevanza rispetto al contesto, solo per la presenza (effettiva o indotta) di una relazione dominante, riconoscibile in termini di intenzionalità (come appunto «comprare», «locare», «rubare»), intorno alla quale i diversi elementi si coordinano e danno luogo ad una unità. Da lì deriva la possibilità di evocarle come operazioni dotate di senso compiuto, anche se, fin che sono parole, non hanno ancora contenuti effettivi, come s'è visto a proposito della *traditio*. La funzione di questi sostantivi è di consentire il ragionamento come se i contenuti ci fossero, ed è proprio qui che si cela il grosso rischio che i ragionamenti sviluppati con operazioni puramente linguistiche portino a risultati fuorvianti.

Si può dunque concludere questa digressione sull'importanza delle relazioni, quali strumenti lo-

---

mine «significato» al solo dato linguistico, per designare il richiamo alla realtà contenuto nella singola parola, ed adottare termini diversi quando invece si vuol fare riferimento diretto ai contenuti d'esperienza: ad esempio il termine «rilevanza» per indicare l'interferenza di qualcosa sul contesto, «incidenza» con riferimento alla interferenza che una cosa esercita sull'altra, «funzione» per indicare l'attitudine ad interferire secondo una direttiva costante, «finalità» per indicare invece una interferenza occasionalmente perseguita. Considerato che la rilevanza dipende inevitabilmente dal modo in cui ci si rapporta alla realtà, è sempre necessario, all'interno di qualunque discorso, evidenziare (o ricercare) la relazione fondamentale intorno a cui esso si svolge, in modo che, fra i possibili significati delle parole, vengano in luce quelli più appropriati (fermo restando che la realtà, di volta in volta, non manca mai di esercitare il peso della sua presenza). Senza la scelta consapevole di una relazione dominante è difficile sottrarsi al fatto che le singole parole possono introdurre surrettiziamente valenze discordanti, come la sofistica ai suoi tempi aveva ampiamente dimostrato.

<sup>17</sup> Sarebbe da approfondire la ragione che consente di dare carattere unitario all'esperienza evocata dai sostantivi (a me pare che le considerazioni più attendibili siano tuttora quelle messe a fuoco da Aristotele), ma qui, richiamato quel che si è detto nella nota precedente, ci si può limitare a dire che esso dipende dal fatto che nella catena delle relazioni possibili ve ne è sempre e necessariamente una primaria, su cui si concentra l'operazione, pragmatica o conoscitiva che sia; tutte le altre relazioni che concorrono a determinare l'oggetto vi si adeguano, secondo le circostanze e le necessità. Nel diritto romano questo traspare in modo abbastanza evidente nella struttura delle *formulae*, ad esempio nell'*actio pro socio*: noi oggi non riusciamo a parlare di socio o di società se non sul presupposto di un atto costitutivo; per i romani '*socius*' era chiunque operasse insieme ad un altro e '*societas*' era qualunque rapporto in cui fosse riconoscibile un'operazione svolta insieme.

gici a disposizione del giurista, con una constatazione, e cioè la pericolosità delle argomentazioni costruite sull'apparente univocità suggerita dai sostantivi. A differenza dei verbi, che evocando un'azione costringono ad entrare nel contesto, i sostantivi, per il fatto di proporre contenuti d'esperienza strutturati, fanno credere di averli a disposizione come entità effettive, col rischio di nascondere o travisare la realtà<sup>18</sup>.

Purtroppo l'analisi delle relazioni non procede affatto verso unità più semplici, come è possibile fare scomponendo nei loro «elementi costitutivi» le realtà evocate dai sostantivi; al contrario comporta articolazioni sempre più complesse, perché ogni elemento preso in considerazione lascia via via con sé tutte le potenziali relazioni in cui potrebbe essere coinvolto, come del resto si constata quotidianamente nelle vicende giudiziarie. Da qui l'importanza della sintesi (e quindi dei sostantivi cosiddetti «astratti», come appunto compravendita o *traditio*), come condizione imprescindibile del ragionamento giurisprudenziale, e al tempo stesso la necessità di una logica di sistema, tendenzialmente aperta, come condizione imprescindibile per la loro applicazione, se ci si preoccupa di perseguire un *ius* aderente alla realtà.

Riassumendo, direi che le relazioni corrispondono propriamente al contenuto pragmatico dell'esperienza, a cui fanno bensì riscontro configurazioni logiche, cioè linguistiche, ma in termini non elementari, tanto che qui, assecondando quello che è lo statuto ed anche l'effettiva esperienza della controversia giudiziaria, esse vengono proposte soltanto come suggerimento per uscire dal dato puramente mentale e recuperare in modo diretto e più ampio possibile il rapporto con la realtà.

## 6. I percorsi conoscitivi

Alla luce delle considerazioni svolte, dovrebbe risultare abbastanza chiaro che nel rapporto fra parola e realtà la parola fornisce indicazioni che condizionano l'approccio con la realtà, ma che non possono surrogarla sul piano conoscitivo; al tempo stesso la realtà, per il fatto stesso di venir ricondotta alla parola, si incorpora in essa e ne condiziona il contenuto significativo.

Il doppio percorso che sta a fondamento dei processi conoscitivi fondati sul linguaggio (dai fatti alle parole, e dalle parole ai fatti) era rappresentato in modo molto incisivo da Zenone, fondatore della scuola stoica, col gesto delle mani<sup>19</sup>. Dapprima stendeva la mano con le dita aperte, come ad indicare che tutto si doveva cercare e prendere in considerazione, così come si presentava; poi a poco a poco la stringeva, per indicare che non tutto si teneva per buono, fino a chiudere il pugno, dove quel che era rimasto era tenuto insieme. Infine con l'altra mano avvolgeva il pugno e lo teneva saldamente stretto, come ad esprimere il consenso dato all'operazione attraverso la definizione, che rendeva stabile il risultato. Questo era lo stadio della dialettica, cioè della discussione a livello linguistico. Il percorso inverso lo rappresentava muovendo dal pugno chiuso e riaprendo la mano, come a riprendere il rapporto con la realtà, e definiva questo come il momento della retorica<sup>20</sup>.

Immaginando che le dita corrispondano ai percorsi generati dalle relazioni, avremmo nella

---

<sup>18</sup>) Le relazioni, attinte direttamente dal vivo dell'esperienza, possono generare dei grovigli inestricabili, perché alla intrinseca complessità del reale si sovrappongono le intenzionalità più disparate. E' da ribadire che qui la sollecitazione a dar spazio alle relazioni vuole essere solo un invito a svolgere il giudizio con richiami il più possibile diretti alla realtà, col solo limite di non perdere di vista l'impostazione del problema, che ovviamente non è interamente riducibile alla realtà. Anche di questo abbiamo conferma attraverso l'esperienza romana delle *actiones*, dove la formula del giudizio aveva proprio lo scopo di definire preventivamente la relazione fondamentale, come assetto da portare in luce, lasciando al contraddittorio fra le parti di mettere in discussione tutti gli elementi da cui poteva dipendere la sua esistenza.

<sup>19</sup>) Cicero, *acad. pr.* 2.145 e Sextus, *adv. math.* 2.7 (in R. RADICE, *Stoici antichi*, Milano, 2006, p. 35 e 39).

<sup>20</sup>) Ascrivere alla retorica il secondo percorso mi sembra attendibile, perché essa indubbiamente si differenzia dalla dialettica in quanto utilizza le parole per acquisire i fatti, anche se, per la finalità persuasiva che persegue, sfrutta anche la dialettica. Naturalmente il richiamo ai fatti, cioè ai dati d'esperienza, ricorre in tutte le discipline, e può assumere di volta in volta valenze diverse a seconda delle finalità perseguite. Nel caso nostro è proprio sulla diversa finalità che si gioca la differenza fra giurisprudenza e retorica.

prima fase l'utilizzazione delle relazioni per costruire figure attendibili e riconoscibili (fattispecie), poi, nella seconda fase, la loro utilizzazione: o come concetti, cioè nozioni assunte come corrispondenti alla realtà (dialettica), o come punti di vista, capaci di orientare l'approccio alla realtà e recuperarla selettivamente (retorica).

Quanto si attinga di verità ragionando col pugno chiuso, cioè ragionando sulle parole, è impossibile dire, perché la realtà è fuori dal pugno, e tutto dipende dal modo di ritornare ad essa. D'altra parte non è facile dire cosa si ottenga in termini di verità ritornando ad essa: infatti nel riaprire il pugno è inevitabile che la parola porti con sé le direttive con cui era stata acquisita, quelle con cui la si vuole utilizzare, e non ultimo il fatto che non si ritroverà mai una situazione identica a quella che l'aveva generata.

Ma occorre fare anche un'altra considerazione. Ascrivere alla retorica il passaggio dal *logos* alla realtà<sup>21</sup> può essere esatto, nel senso che il discorso retorico è effettivamente aperto a tutte le possibilità suggerite dall'esperienza; allo stesso tempo però non è un'apertura neutra, anzi, proprio per statuto non cade nell'abisso del tutto perché la sua incondizionata apertura asseconda di volta in volta solo interessi ben precisi, in nome dei quali sfrutta le potenzialità insite nella parola. Allora però occorre dare atto che l'esempio di Zenone non aiuta ad affrontare un problema importante, quello di un rapporto non occasionale fra realtà e *logos*. Può essere che Zenone considerasse il primo percorso non già come momento iniziale<sup>22</sup>, ma come semplice fase del reciproco condizionamento fra parola e realtà, assumendo il *logos* come principio universale della conoscenza comunicativa. In ogni caso è da ribadire che la proposta di assumere le parole come strumenti per affacciarsi alla realtà, piuttosto che come contrassegni per richiamarla, deve avere nel campo del diritto degli spazi ben delimitati, quelli che vengono dalla logica dalla controversia, cioè del '*contra vertere*', volgere in senso contrario (ognuno, potremmo dire, nel proprio interesse, ma, secondo l'insegnamento che viene dall'esperienza giurisdizionale romana, nell'alveo di premesse che devono essere comuni). A questo riguardo le parti possono anche tentare di giostrare nella realtà con le parole, ma il *ius* impone che si sia in grado di assegnare dei contenuti attendibili.

E' qui che si apre lo spazio per la giurisprudenza, come operazione conoscitiva che non è dialettica, non è retorica, anche se utilizza i percorsi dell'una e dell'altra, ma è utilizzazione consapevole delle esperienze vissute: «fronesis» direi, nel senso utilizzato da Aristotele ad esempio in *et. Nic.* 6.5-7 (1140.a-24-1141.b.23), che consente ancora una volta di cogliere l'originalità e l'efficacia dell'impostazione giuridica romana, rappresentata dalle *actiones*.

Non sto a ripetere quello che spero di aver dimostrato con sufficiente chiarezza in un mio precedente lavoro<sup>23</sup>, circa la conversione della contesa fra le parti, alimentata da tutte le possibili ragioni di conflitto (fomentate magari da componenti psicologiche), in controversia, cioè in un confronto rigoroso circoscritto intorno ad un problema rilevante anche per la *civitas*, e non di solo interesse personale. Mi limito a richiamarlo con questa precisazione, che l'accortezza dei Romani è consistita proprio nell'aver colto la necessità che, per non disperdere in disquisizioni inutili e fuorvianti il principio conoscitivo insito nel *logos*, era necessario circoscrivergli lo spazio operativo, da loro fissato nelle formule delle *actiones*<sup>24</sup>. In sostanza le formule, costringendo le parti a far valere le loro ragioni in riferimento ad un assetto predefinito, enunciato bensì in termini linguistici ('*meum esse*', '*dare oportere*', '*stipulatus esse*', '*pro socio*', '*ex fide bona*', etc.), ma per trovare preciso riscontro nei fatti, lasciavano a

---

<sup>21</sup> La contrapposizione fra *logos* e realtà, difendibile o meno che sia sul piano filosofico, non è rinunciabile sul piano operativo.

<sup>22</sup> Il momento iniziale è tolto di mezzo dalla storia, come continuità dell'esperienza, nel senso che non è possibile prescindere dal linguaggio che si è ereditato e si ha a disposizione. Anche se nella quotidianità della vita non è raro che l'esperienza generi nuovi mezzi linguistici, non si è mai in presenza di un'operazione veramente iniziale.

<sup>23</sup> C. BEDUSCHI, *I profili giudiziari della fides*, in «Fides, Fiducia, Fidelitas» (cur. L. Peppe), Padova, 2008, p.16 ss.

<sup>24</sup> Fra le *formulae* romane e le norme del codice si può realisticamente riconoscere un rapporto di genere a specie, nel senso che moltissime norme del codice rispecchiano il risultato a cui erano arrivati i giuristi romani facendo applicazione delle formule.

loro disposizione tutte le risorse offerte dalla dialettica e dalla retorica, ma solo come mezzi per un confronto sull'assetto che era già stato assegnato come possibile esito della controversia<sup>25</sup>.

## 7. Il giudizio

Se, alla resa dei conti, riconosciamo alla retorica il compito di tradurre le esperienze di vita in parole e le parole in esperienze di vita, diventa necessario chiarire in che rapporto la possiamo collocare rispetto alla giurisprudenza, che innegabilmente si trova a svolgere la medesima operazione.

La retorica per suo statuto, pur nelle diverse modalità messe in evidenza dal pensiero classico (celebrativa, deliberativa, giudiziaria) si arrogava come compito primario quello di suscitare adesione ad una tesi. Questo si otteneva costruendo attraverso il discorso contesti opportunamente modulati a sostegno dell'interesse perseguito, e nel campo giudiziario si traduceva nel saper volgere gli elementi attinenti al caso controverso a favore della propria parte o a danno dell'altra, secondo l'opportunità. Discorsi unilaterali, dunque, ma utili per portare in luce le ragioni delle parti.

Per la giurisprudenza invece il discorso, pur svolgendosi con gli stessi mezzi, doveva per statuto mantenersi *super partes*, e quindi doveva essere ancorato a premesse che in linea di principio potessero valere per entrambe<sup>26</sup>. E' qui che si può cogliere davvero il *proprium* che distingue l'attività giurisprudenziale e che rappresenta l'aspetto più delicato del suo compito, la *prudentia*: saper trovare e valorizzare, nel contesto di vita da cui è sorto il contrasto fra le parti, le premesse che esse hanno in comune (ad esempio, nel rapporto contrattuale, la causa rispetto ai motivi), in nome delle quali diventa possibile valutare le pretese e decidere quali meritino di essere accolte ed a quali condizioni, perché risultano più coerenti con le premesse adottate. E' per questa via che, attraverso una considerazione attenta delle implicazioni, venivano portati in luce assetti coerenti di vita da proporre come *ius*<sup>27</sup>.

A questo punto il discorso si sposta sui percorsi operativi, e si apre il tema del giudizio, purtroppo irto di insidie, già a partire dal fatto che col medesimo termine si evoca un'operazione complessa, che si snoda come percorso in cui si possono distinguere stadi diversi, a cui fanno riscontro compiti diversi fra loro<sup>28</sup>. In prima approssimazione (ma avendo cura di tralasciare in questa sede

---

<sup>25</sup> Nell'ottica della controversia, e soprattutto nella prospettiva costruttiva adottata della giurisprudenza romana, occorre che le operazioni logiche siano solo di segno positivo, per la necessità che alle scelte corrispondano assetti di esperienza precisi. Questo si riverbera anche nel contraddittorio, dove il '*contra dicere*' (diverso dal '*contra vertere*') deve anch'esso tradursi in assunti che, quand'anche proposti in funzione antagonista, devono corrispondere ad allegazioni precise e concrete, idonee ad essere proposte come alternative. La conclusione negativa del giudizio ('*non paret*') ha solo una valenza pragmatica, nel senso di escludere l'assunto proposto in mancanza di prove o di argomenti attendibili. Quanto alla differenza fra '*contra dicere*' e '*contra vertere*', si può pensare di configurarla come un diverso impianto del giudizio, quello di verità (vero - falso) e quello di convenienza (buono - cattivo), tenendo presente che quest'ultimo, nella prospettiva delle *actiones*, assume una valenza particolare, quella della congruenza, cioè della compatibilità con le premesse adottate, che consente di presentarlo anche come giudizio di correttezza: l'opzione con cui si conclude il giudizio risulta corretta in ragione della sua congruenza.

<sup>26</sup> Questo è da dire non solo per il '*respondere*', che in sostanza anticipava la motivazione della sentenza, ma anche per l'*'agere*' ed il '*cavere*', perché pur essendo preordinati ad assecondare l'interesse di una parte, dovevano pur sempre collocarsi su un piano difendibile a fronte delle ragioni contrarie, soprattutto dopo che, superata la fase arcaica, era venuto in chiaro che il *ius* non poteva più essere ottenuto soltanto attraverso un assetto formale dei rapporti (*mancipatio*, *stipulatio*, etc.), ma andava cercato nell'assetto funzionale.

<sup>27</sup> E' da ribadire che l'impostazione preventiva della controversia, prefigurando il possibile esito in termini rigorosamente alternativi, rappresenta il tratto più caratteristico dell'esperienza giudiziaria romana, che rendeva possibile svolgere il giudizio instaurando delle precedenze stringenti e controllabili. Oggi non se ne tiene più conto, nella persuasione che le regole abbiano già di per sé la forza di governare le controversie, il che è abbastanza illusorio, proprio perché si sottovaluta la difficoltà del raccordo fra le parole e la realtà.

<sup>28</sup> Il problema linguistico, rappresentato dal fatto che sotto al medesimo termine si raccolgono (soprattutto quando viene in considerazione un sostantivo) i diversi stadi dell'operazione conoscitiva sottostante, comprese le finalità che l'ispirano, è fra i più delicati. Lo si può constatare facilmente con riferimento a termini di uso assai corrente, come ad esempio quello di «prova»: esso infatti allude indifferentemente alla necessità di avere un riscontro, allo strumento per conseguirlo (mezzo di prova), alla sua assunzione, all'esito dell'operazione (c'è o non c'è la prova) e perfino al suo impiego come assunto in funzione argomentativa (questo dà la

proprio quel segmento a cui i Romani avevano dato il nome di *'iudicium'*) si potrebbe assumere il giudizio come un percorso di pensiero che muovendo da talune premesse perviene ad un risultato. Se non che, l'assunzione delle premesse implica già dei giudizi, e in ogni caso certamente li comporta la loro utilizzazione nel contesto della controversia, proprio per la necessità di far fronte all'intreccio di relazioni di cui qualunque esperienza si alimenta. Da questo punto di vista il giudizio sussiste come esperienza integrale solo nel contesto della controversia in cui si svolge. E' vero che anche le riflessioni che ciascuno può fare fra sé e sé hanno l'impianto del giudizio, ma senza controversia non c'è verifica circa l'attendibilità dei contenuti. Anche la conclusione naturalmente fa parte del giudizio (ed anzi ne porta il nome, come per antonomasia), ma fuori dalla vicenda concreta attraverso cui vi si perviene, essa si riduce ad un semplice enunciato, e sul piano razionale vale solo come una proposta che si può accettare o rifiutare o verificare, avviando in questo caso un nuovo giudizio.

Di qui l'importanza di non perdere di vista, almeno a livello evocativo, il richiamo all'impianto operativo del giudizio, che si ottiene prospettandolo in una forma linguistica semplificata, come relazione di interdipendenza fra due enunciati collegati in termini di consequenzialità: quello che evoca le premesse e quello che propone il risultato. Questa rappresentazione schematica, a cui si dà il nome di argomentazione, può manifestarsi in due modalità, a seconda che si dia conto o meno del criterio di collegamento. La prima modalità consta di due soli elementi: «dal momento che ..., ne consegue che ...», con implicito rinvio al contesto d'esperienza dal cui ambito la giustificazione dovrebbe emergere; l'altra invece consta di tre elementi: «dal momento che ..., considerato che ..., ne consegue che ...», con specifico rinvio al criterio di collegamento adottato. In entrambi i casi siamo di fronte ad una rappresentazione semplificata del giudizio (potremmo dire, alla configurazione linguistica essenziale del percorso), perché il giudizio vero e proprio ha necessità di svilupparsi nel labirinto delle relazioni retrostanti, delle esperienze disponibili e delle opzioni di volta in volta adottate per coordinarle fra loro <sup>29</sup>.

Delle due modalità, la prima è quella che di solito fa riscontro alle prescrizioni legali, dove propriamente non v'è spazio per sindacarne le ragioni, al punto che per i puristi del positivismo solo la statuizione avrebbe senso. L'altra modalità invece è quella che sarebbe propria del percorso giurisprudenziale, in quanto porta in luce l'elemento che sorregge e giustifica l'opzione adottata. Di fatto però la gran parte dei testi giurisprudenziali a noi pervenuti pretermette la giustificazione <sup>30</sup>, con la conseguenza che il discorso può venir facilmente travisato, riducendolo ad una valenza sostanzialmente prescrittiva, del tutto simile a quella della legge, e questo del resto era stato il proposito che aveva ispirato la compilazione del Digesto.

In realtà la doverosità dell'assunto giurisprudenziale ha necessariamente il proprio fondamento in premesse condivisibili, anche quando esse non traspaiono in modo esplicito, tanto più che la giurisprudenza, a differenza della legge, ha come statuto il rispetto, non il governo della realtà, e non

---

prova che ...). Questa polisemia è al contempo un pregio ed un limite del linguaggio naturale, perché è sicuramente un mezzo per assecondare il punto di vista adottato, ma può diventare anche un ostacolo alla comprensione della realtà, se si perde di vista la relatività degli assunti e si utilizza il linguaggio in modo rigido o superficiale; non sempre infatti l'ampiezza del discorso è sufficiente a suggerire intuitivamente i risvolti dell'impiego che se ne sta facendo, mentre è più facile coglierli se si recupera nel concreto il contesto dell'operazione evocata dalla parola.

<sup>29</sup>) La portata reale delle argomentazioni va molto al di là di quel che traspare dallo schema, ma è chiaro che esso vuole avere solo una funzione evocativa. In questo senso l'argomentazione è solo la struttura logica che sta a fondamento di singoli segmenti di giudizio, mentre l'inquadramento complessivo della realtà, che tenga conto della sua variegata complessità, compete al discorso compiutamente svolto. A questo riguardo le lingue classiche, ed il greco in particolare, sono dotate di tali e tanti accorgimenti, da risultare perfettamente idonee a recepire tutte le sfumature che possono venire in considerazione, salvo che, quanto più la lingua si adegua alla complessità del reale (ivi incluse ovviamente le istanze dei singoli operatori), tanto più diventa complessa essa stessa e difficile da praticare, irta di insidie.

<sup>30</sup>) A questo non corrisponde necessariamente un'alterazione dei testi, perché gli scritti dei giuristi si svolgevano per buona parte in una sorta di dialogo a distanza che si tramandava attraverso le generazioni, tal che non era necessario che le premesse fossero contestuali rispetto alle conclusioni.

può introdurre in modo arbitrario elementi nuovi o comunque estranei al contesto in cui la controversia è sorta<sup>31</sup>. Contrariamente alla cosiddetta legge di Hume, secondo cui dall'essere non si passa al dover essere, le relazioni comportano che là dove esse si instaurano, i termini diventano reciprocamente dipendenti, e senza tale dipendenza è l'esistenza stessa della relazione che viene negata, quanto meno nei termini in cui interessa che esista. Questo è il vero significato della doverosità giuridica nel senso della giurisprudenza romana: per assicurare al rapporto un assetto corretto, occorre (*oportet*) che le cose stiano in un certo modo, e non diversamente<sup>32</sup>.

## 8. Le regole

Assunte le relazioni come assetti di esperienza selettivi, sorretti nel campo del diritto da precise intenzionalità, nel senso che s'è detto sopra, non dovrebbe esservi difficoltà ad intendere le regole come relazioni, e cioè come enunciati che suggeriscono assetti di vita preferenziali, da prendere a riferimento sul piano operativo. Naturalmente la riduzione di tutte le regole al denominatore comune delle relazioni non deve far perdere di vista il diverso impianto che possono assumere, e far perdere di vista ad esempio la differenza profonda che distingue la legge, come espressione della funzione di governo, dalla giurisprudenza, come espressione della funzione giurisdizionale, ed il giudizio (*iudicium*) come funzione decisoria, in chiave risolutiva di una controversia o più in generale di un problema (inteso qui come difficoltà proposta col fine di trovare una soluzione). Qui ovviamente interessa soltanto l'impianto delle regole giurisprudenziali, come espressione di giudizio impostato secondo la logica della controversia, con la finalità di pervenire ad una risoluzione corretta.

D'altra parte può essere utile non perdere di vista che, così come le relazioni assumono un grado maggiore di complessità, man mano che ci si addentra nella realtà, anche le regole presentano gradi diversi di complessità, in relazione al loro sviluppo, tanto che è possibile prospettare vere e proprie specie diverse di regole: i principi, le regole (in senso stretto) e le norme<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup>) La regola giurisprudenziale, avendo il suo punto di forza non in un risultato da perseguire (che sarebbe scelta di governo, e quindi politica), ma in assetti da assecondare in quanto risultano plausibili (resistono cioè alla forza corrosiva della controversia), si colloca necessariamente sul piano delle semplici direttive, con la conseguenza che, se emergono incongruenze, è sempre possibile o sostituirla con una regola diversa o affiancarla con una nuova regola che apra al giudizio spazi diversi; quando invece vengono in considerazione regole prescrittive, siccome la loro funzione è di conseguire un certo risultato, i contenuti di esperienza incoerenti con l'assetto che esse comportano a rigore devono essere rimossi. Soltanto se si dispone di principi sufficientemente solidi da consentire di articolare la regola in sottoregole può aprirsi qualche spazio, ma con questo già saremmo ritornati al diritto giurisprudenziale. Nell'ottica giurisprudenziale infatti la legge è nient'altro che un elemento del contesto, che ha bensì una sua specifica rilevanza, nel senso di introdurre opzioni vincolanti ai fini della controversia, ma non ha mai un ruolo esclusivo.

<sup>32</sup>) Questo è importante anche ai fini del *ius controversum*, nel senso che alla giurisprudenza romana deve essere effettivamente riconosciuto un impianto fondamentalmente conoscitivo e non prescrittivo (*'iusti atque iniusti scientia'*, come dice Ulpiano in D. 1.1.10), sia pure in funzione costruttiva e non puramente ricognitiva, esattamente allo stesso modo in cui nella progettazione di una macchina essere e dover essere si combinano fra loro. La conseguenza è che la verità, se intesa come riscontro, non fa parte dei percorsi operativi che generano diritto: non a caso il suo accertamento era demandato al *index* e configurato come *sententia*. Il fatto che i giuristi romani utilizzassero sovente il termine *'verum'* per indicare una impostazione attendibile è solo espressione del loro pragmatismo, per il quale *veritas* non esprime la corrispondenza, ma l'aderenza alla realtà. Non è privo d'importanza sottolineare che dal punto di vista giurisprudenziale, e cioè conoscitivo, non fa differenza che si verta nel campo civile, penale o amministrativo, perché quello che la giurisprudenza persegue è l'approccio corretto alla realtà, che richiede lo stesso impianto di giudizio sia che venga in considerazione una compravendita, un omicidio o una espropriazione (questo è il senso che darei al passo di Ulpiano riportato in apertura del Digesto, D. 1.1.1, che ha la sua sintesi nel famoso detto di Celso ivi ricordato, *'ius est ars boni et aequi'*). E' chiaro peraltro che se il giudizio deve concentrarsi (come in campo penale) sulla situazione individuale complessiva, invece che sui rapporti interpersonali, si riduce lo spazio delle ricorrenze, e l'intervento della legge diventa auspicabile come limite alla deriva interpretativa. E' pure chiaro che quanto più il giudizio verte su interessi pubblici tanto più si riduce lo spazio della reciprocità.

<sup>33</sup>) E' interessante notare come questi tre nomi traggano origine da precise esperienze, richiamate nel campo del diritto per la loro attitudine suggestiva: «principio», pur nella grande varietà di accezioni, allude in ogni caso alla preminenza; «regola» (riga) era, come ancora oggi, lo strumento per tracciare linee diritte, usato come sinonimo di

I principii sono relazioni del tutto primordiali, che esprimono in sostanza l'approccio con cui ci si rivolge al contesto, nel suo insieme; in altre parole, il punto di vista, o meglio ancora l'interesse fondamentale che si deve tener presente come criterio di prevalenza (ovviamente nei limiti della *prudencia*): tale ad esempio il principio della *'bona fides'* in materia contrattuale o del *'neminem laedere'* in campo extracontrattuale o dell' *'arbitrium boni viri'* in materia di diritti reali, tutti quanti espressione di una medesima direttiva: salvaguardare l'affidamento necessario per consentire il normale svolgimento dei rapporti di vita quotidiani<sup>34</sup>. Le norme, al contrario, si caratterizzano per il fatto che il loro contenuto è già così preciso, da coincidere con la soluzione di un problema (ad esempio si configura come norma di vicinato il taglio dei rami che si protendono oltre il confine)<sup>35</sup>. Quanto alle regole (in senso stretto), che si trovano a mezza via fra i principii e le norme, possono presentarsi sia come articolazioni dei principii, quindi ancora in funzione orientativa, sia come direttive vere e proprie di giudizio, là dove hanno già assunto dei contenuti abbastanza definiti. E' chiaro che non si può pensare di procedere a delle classificazioni rigide, perché le differenze dipendono dalla maggiore o minore precisione dei contenuti. Come esempio di regola si potrebbe ricordare quella per cui nel deposito si richiedeva la *diligentia quam suis*<sup>36</sup>.

Riassumendo, si può dire che le regole (intese qui in senso generale, come relazioni) possono venire in considerazione ai fini del giudizio con tre funzioni diverse: orientativa, direttiva, decisoria: quest'ultima ovviamente nel senso che risolve la *quaestio*, cioè il problema che sta a fondamento della lite, non necessariamente la lite, che facilmente include anche elementi da affrontare in chiave arbitraria, in dipendenza di fattori del tutto occasionali. Non c'è spazio invece per la funzione prescrittiva, che in effetti è incompatibile con quella conoscitiva, e che può tuttavia entrare a far parte del diritto attraverso lo strumento della legge; ma come già s'è detto più volte, essa attiene all'attività di governo<sup>37</sup>.

Un genere del tutto spurio di regole è rappresentato dai brocardi, che esprimono delle semplificazioni per cui la regola (che sussiste se ed in quanto ne sussistono i presupposti) viene convertita in principio, assegnandole così degli spazi vuoti che in realtà non è in grado di governare<sup>38</sup>. Un esempio vistoso viene proprio dalla regola della *'diligentia quam suis'*, che introdotta come correttivo della presunzione di dolo, nella prassi veniva intesa come una direttiva generale di esonero rappor-

---

direttiva; «norma» era la squadra, cioè lo strumento che dà l'ortogonalità.

<sup>34</sup>) E' il caso di sottolineare che i principii, presentati in questo modo, sembrerebbero una scelta discrezionale, mentre in realtà rispecchiano una necessità, che deriva dalla struttura stessa del giudizio di correttezza. Essi vengono in luce per così dire dal basso, attraverso approfondimenti successivi della controversia, che poco alla volta ne porta in luce la presenza o ne fa sentire la necessità, in un processo storico che poco a poco ne consolida la consapevolezza, come ho cercato di dimostrare nello scritto sulla *bona fides* che ho richiamato sopra.

<sup>35</sup>) Consentire il taglio dei rami protesi oltre il confine richiama dati d'esperienza così precisi, da risultare una regola direttamente operativa al verificarsi della condizione. E' qui che la regola di giudizio va a confondersi con le regole di condotta, perché l'assunto, al livello in cui è proposto, non lascia margini d'incertezza.

<sup>36</sup>) E' una regola che nella tradizione del diritto comune viene ricordata come *'lex quod Nerva'* (D. 16.3.32), il cui retroterra argomentativo è così complesso, che sovente si è finito per travisarne il vero significato. Siccome nell'azione di deposito la formula ordinaria presupponeva il dolo, Nerva aveva proposto di interpretare come dolo il fatto che la condotta fosse risultata di eccessiva trascuratezza. Questa interpretazione estensiva del dolo era condivisa da Celso, che però la limitava, nel senso che la presunzione di dolo doveva venir meno, se il depositario dava la prova di aver riservato ai beni ricevuti in deposito lo stesso trattamento dei suoi.

<sup>37</sup>) Come già in precedenza accennato, nella prospettiva giurisprudenziale anche la legge si declassa ad elemento del contesto, sia pure dotato di precedenza, come del resto si può constatare nell'esperienza quotidiana. A nessuno sfugge che l'applicazione della legge da parte del giudice è diversa da quella che ne può fare il funzionario, proprio perché è sottoposta al vaglio della controversia.

<sup>38</sup>) Dovrebbe essere chiaro, al punto che il dirlo suona come una tautologia, che tutto ciò che viene inserito o deriva da una relazione è per ciò stesso relativo, e non può essere portato fuori dal suo ambito senza rischiare fraintendimenti. Con questo non è che trovino giustificazione lo scetticismo od il nichilismo, perché in realtà è proprio la necessità delle scelte che dà il senso della vita, ed è la presenza dei contesti in cui l'operatore deve muoversi, con le conseguenze che ne derivano, che impedisce la discrezionalità indiscriminata. Vero è purtroppo, al contrario, che il più delle volte gli assoluti (ed anche le regolamentazioni a priori) vengono invocati per esonerarsi dalla responsabilità delle scelte.

tata all'indole della persona, sollevando problemi così difficili da governare che nel codice del 1942 si era ritenuto prudente sopprimerla.

Altra questione che occorre tenere presente, anche se non è semplice da mettere a fuoco, è la distinzione fra giudizio di convenienza e giudizio di correttezza. Il giudizio di convenienza è un giudizio relativamente semplice, che attinge liberamente all'esperienza, in funzione dell'interesse perseguito. Non così il giudizio di correttezza, che richiede di rimuovere man mano le possibilità alternative, fino ad arrivare ad una conclusione, che risulterà così stringente da poter essere rimossa soltanto introducendo fattori nuovi o diversi: è quindi un giudizio vincolato.

Sul piano pratico il giudizio di correttezza può svolgersi o in modalità analitica o in modalità sintetica. La prima, che è quella privilegiata dalle codificazioni e dalla dottrina moderna, richiede un paradigma preciso, e la correttezza è acquisita attraverso la conformità; l'altra, che è quella privilegiata dalla giurisprudenza romana, si ottiene impostando la controversia secondo una direttiva prestabilita, in termini strettamente alternativi. In questo caso la correttezza è generata dalla coerenza rispetto alla direttiva, e coincide col fatto che la decisione è saldamente sorretta da tutto il retroterra. In questo caso è la direttiva che eleva automaticamente a norma il risultato del giudizio, sempre che ne sia stato affrontato seriamente ed adeguatamente il contenuto; il che comporta che questo genere di correttezza si collauda e si consolida solo nel tempo. La sua solidità infatti non dipende dalla presenza di un'autorità (che al più può incidere nella scelta dei principii), ma solo dalla aderenza alla realtà. Se non che essa facilmente genera dei percorsi molto complessi, e quindi la tendenza a ripiegare sui risultati già conseguiti e ad applicarli in modalità analitica. La vicenda del diritto postclassico ed in particolare la legislazione sulla *recitatio dei iura*, cioè degli enunciati giurisprudenziali, è al riguardo emblematica.

E' chiaro in ogni caso che là dove la controversia tiene il posto del paradigma, deve venire in gioco una controversia seria, autentica verrebbe da dire, non di puro tornaconto, e soprattutto una controversia impostata in modo preciso. Su questa premessa non è difficile da capire tutto quanto l'impianto del diritto: la controversia (nel senso stretto del «*contra vertere*») impone il confronto («*contra dicere*»), ed il confronto impone la scelta, e la scelta esige una giustificazione che sia opponibile (cioè valida) rispetto ad entrambe le parti; questa a sua volta inevitabilmente rinvia a ciò che esse hanno in comune per la situazione in cui si trovano (a partire dall'appartenenza alla *civitas*, e dalla consequenziale condivisione dei suoi equilibri). E' l'impianto del giudizio dunque che tiene il posto del paradigma, e consente di perseguire un risultato in termini di correttezza, cioè come valore relativo ma non controvertibile (se davvero ha esaurito la controversia).

Da questo punto di vista la pronuncia giurisprudenziale vale dunque come regola in due sensi: sia perché, avuto riguardo agli elementi di cui si alimenta la controversia, porta in luce profili ricorrenti, ma soprattutto perché propone assetti di esperienza che meritano di essere rispettati: essi infatti, proprio perché fanno riferimento a fattori ricorrenti, esprimono condizioni non occasionali di equilibrio nel rapporto preso a riferimento. Non è un dato casuale che la gran parte delle regole giurisprudenziali romane, per questo loro impianto, abbiano conseguito una solidità che le ha tramandate nei secoli, fino alla recezione nelle codificazioni moderne.

Accantonato il profilo prescrittivo, e riservata alla giurisprudenza la mera funzione di giudizio, diventa possibile chiarire in che cosa consiste il valore della regola giurisprudenziale. Mentre con la legge si possono introdurre delle direttive che modificano arbitrariamente l'incidenza dei fattori presenti nel contesto, il discorso giurisprudenziale si sviluppa fundamentalmente come percorso conoscitivo, preordinato a portare in luce l'assetto ottimale del rapporto controverso, espressione del sentire comune presente nella *civitas*. Sarebbe dunque un fraintendimento affrontare il *ius controversum* come semplice manifestazione di preferenza per una o per l'altra tesi. Nel diritto romano non è e non può essere così, almeno in linea di principio, già per la presenza delle *actiones*, che imponendo di ridurre il contrasto ad unità, impongono anche una logica di sistema.

### 9. Un caso di *ius controversum*

Per verificare con esempi concreti la portata logico-sistematica del *ius controversum* mi è sembrato opportuno prendere a riferimento il rapporto fra proprietario ed usufruttuario, perché, a differenza di quanto accade nei rapporti contrattuali, l'assenza di una finalità comune rende più rigorosa la ricerca dei criteri di precedenza ed esclude che fra i criteri direttivi vi siano degli interessi comuni diversi dagli assetti di vita correnti su cui si fonda la *civitas*.

Il punto di riferimento primario è rappresentato dalla proprietà, assunta come relazione di appartenenza di un bene ad una persona, le cui indefinite potenzialità sono rese bene dall'espressione romana *'meum esse'*. Da questa relazione deriva un corollario, secondo cui ciò che un bene produce conserva la condizione del bene da cui deriva, e quindi appartiene *ipso iure* al proprietario. Siamo dunque di fronte ad una relazione (derivazione di un bene da un altro) assunta come criterio di giudizio nel campo delle controversie aventi ad oggetto l'appartenenza dei beni, e precisamente come criterio ordinario di assegnazione del bene, salvo che intervengano fattori contrari.

Quando interviene l'*usufrutto*, il godimento del bene viene temporaneamente tolto al proprietario ed assegnato ad un'altra persona, con la conseguenza che si creano tre relazioni in concorrenza fra loro, quella del proprietario col bene, quella dell'usufruttuario col bene, e quella fra proprietario ed usufruttuario. Nel sistema romano delle *actiones* la relazione dell'usufruttuario col bene è stata configurata anch'essa come relazione di appartenenza, sia pure del solo godimento (*'ius mihi esse utendi fruendi'*) e da qui è derivata la struttura dell'usufrutto come diritto reale.

Senza entrare nella vicenda storica che può aver dato origine all'usufrutto, ed assumendolo come una realtà ormai consolidata, al punto di aver meritato di essere designata come sostantivo (*'usufructus'*), occorre prendere atto che essa ha creato una frattura nella regola base, che assegnava al proprietario i beni prodotti dalla cosa, aprendo all'usufruttuario lo spazio per rivendicarli a sé. Siamo dunque di fronte ad una circostanza che crea una frattura nel principio di base (ciò che un bene produce conserva la condizione di quello da cui deriva) e gli affianca un altro percorso, un po' come in uno scambio ferroviario. Il nuovo percorso però non si è sviluppato in modo elementare, perché sono sorti ben presto numerosi problemi connessi allo sfruttamento del bene, a fronte dei quali è stato possibile enucleare una direttiva (che si presenta proprio con le caratteristiche della regola nel senso stretto che si diceva sopra), secondo cui appartiene all'usufruttuario tutto ciò che si può percepire dal bene senza intaccarne la sostanza: *'quidquid [in fundo] nascitur, quidquid percipi potest, salva rerum substantia'*.

Questa nuova direttiva, adottata per governare il rapporto fra proprietario ed usufruttuario, proprio perché sorta in deroga a quella ovvia e fondamentale derivata dal *dominium*, non ha avuto un percorso lineare, per la necessità di stabilire le condizioni di coesistenza fra i contrapposti interessi del proprietario e dell'usufruttuario in relazione alle diverse evenienze; ne sono precisa testimonianza le questioni insorte ad esempio in tema di *perceptio* o di *summissio*. Qui se ne può trarre spunto per due considerazioni di ordine sistematico. Anzitutto per ribadire che questa nuova direttiva propriamente non sarebbe da designare come principio, essendo derivata, ma come regola, in quanto la proprietà è stata scissa nei suoi contenuti, in presenza di fattori particolari<sup>39</sup>. In secondo luogo per ribadire che le regole giurisprudenziali, proprio perché sorrette da un impianto argomentativo, hanno necessariamente carattere relativo, nel senso che il loro esito è esposto a variare in dipendenza dalle situazioni intervenute. Con terminologia non del tutto appropriata, ma efficace, a queste regole si potrebbe assegnare la natura delle presunzioni, nel senso che meritano di valere come direttive di giudizio fin che non intervengono fattori che ne mettono in gioco l'attendibilità.

Lascio ora da parte il *'percipi'*, che ha dato luogo a manifestazioni molto significative di *ius controversum* (ad esempio in materia di cave), ma che preferisco non affrontare, perché le informazioni disponibili rendono difficile ricostruire in modo attendibile il retroterra argomentativo; mi limiterò

<sup>39</sup>) In realtà è possibile assumerla correttamente anche come principio, se la si prende a riferimento per i suoi sviluppi.

dunque al '*nascitur*', e lo affronterò con riferimento al parto della schiava.

Il regime dell'usufrutto sugli schiavi era molto complesso, e credo non del tutto accessibile a noi, che siamo estranei a quell'esperienza. Risulta ad esempio, in relazione agli affari conclusi dallo schiavo, che si considerava appartenere all'usufruttuario solo ciò che lo schiavo acquistava con beni di lui o come provento della sua attività lavorativa (*ex re fructuarii vel ex operis suis*), mentre ogni altro acquisto andava tendenzialmente al proprietario, ad esempio donativi o lasciti ereditari: questo per dire quanto fosse delicata la materia, ma anche per dimostrare che il nudo proprietario aveva pur sempre una presenza attiva sullo schiavo.

Il problema che si dibatte in ordine al parto della schiava nasce proprio dalla difficoltà di stabilire a chi debba appartenere<sup>40</sup>. Mentre Manilio, seguito ancora da Scevola, in ossequio alla regola generale (*quidquid nascitur*) riteneva che il parto appartenesse all'usufruttuario (lo ricorda Cicerone, *de fin.* 1.4.12), Bruto si era espresso in senso contrario, e la sua opinione, come ricordano diversi testi, era prevalsa.

Le ragioni addotte da Bruto non risultano, ma non è difficile immaginare quantomeno le ragioni che in quel contesto sociale potevano aver indotto il proprietario ad opporsi. Egli, pur essendo proprietario, alla morte della schiava restava senza nulla, laddove l'usufruttuario, a cui propriamente spettavano i servizi prestati dalla schiava, si trovava arricchito di un bene nuovo, che prendeva il posto dell'altro. Fin qui però si è ancora di fronte alla semplice allegazione di un interesse di parte, ed il problema giuridico, di vedere se merita di essere elevato a *ratio decidendi*, cioè a criterio giustificativo *super partes*, è ancora tutto da impostare.

In prima approssimazione la pretesa del nudo proprietario sarebbe stata da respingere, proprio perché la destinazione all'usufruttuario dei beni derivati dalla cosa principale era in certo senso già implicita nella relazione fondamentale che governava il suo rapporto col proprietario. Ma gli spazi per allegare ragioni contrarie indubbiamente non mancavano.

Anzitutto è da osservare, in via del tutto generale, che la regola del *quidquid nascitur* non era un vero *principium*, ma era una conseguenza della relazione che assegnava all'usufruttuario il godimento del bene; una conseguenza condizionata *ab origine* dalle esperienze che avevano portato in luce la figura dell'usufrutto, in particolare quella relativa ai fondi rustici, dove la percezione dei frutti era effettivamente il risultato primario a cui era preordinato il godimento del bene; era dunque inevitabile che, venendo in considerazione esperienze diverse, la regola derivata potesse essere messa in gioco. In secondo luogo già il semplice fatto di uscire dal sostantivo '*fructus*' per portarsi sul verbo ('*frui*') introduceva un punto di vista diverso, imperniato sul godimento (ad esempio abbiamo il '*frui*' anche per le vesti, che non producono frutto). In terzo luogo, se la questione fosse stata sollevata in relazione ad un usufrutto acquisito per lascito testamentario (che doveva essere l'ipotesi più frequente), sarebbe stato del tutto normale mettere in discussione la finalità (*animus*) per cui lo schiavo era stato assegnato, e facilmente sarebbero venuti in considerazione i servizi che esso rendeva (non per niente nell'usufrutto dello schiavo il referente primario era quello delle *operae*, che coincideva con la ragione stessa della schiavitù).

Tutto questo va detto non per complicare inutilmente il problema, ma solo per mettere in evidenza come qualunque fatto (nel caso nostro ad esempio l'intenzione del testatore) vada ad incidere sulle premesse che stanno a fondamento della regola, ne mette in discussione l'esito. Soprattutto va detto per ribadire che ai fini del giudizio l'importanza di un fatto non deriva dal fatto in sé, ma dalla

---

<sup>40</sup> E' il caso di richiamare l'attenzione sul fatto che nonostante in diritto classico la *rei vindicatio* si svolga ormai secondo lo schema semplificato della *formula petitoria*, e quindi come semplice accertamento che il titolo vantato dall'attore effettivamente sussiste, la disputa giurisprudenziale sull'appartenenza dei frutti conserva l'impostazione delle *legis actiones*, fondata sulla precedenza da accordare all'una o all'altra delle parti in contesa, in relazione alle ragioni allegate. Del resto solo questo è l'impianto che può generare diritto giurisprudenziale, proprio perché richiede una precedenza non occasionale fra assunti diversi; quando invece, nella logica del contraddittorio, viene in considerazione la pura e semplice negazione di un assunto, il giudizio assume la forma del semplice accertamento. E' qui, come già accennavo, che si annida l'ambigua distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris*.

rilevanza che esso può assumere nel contesto, e cioè dalle relazioni che è possibile portare in luce intorno ad esso.

Anche se le ragioni di Bruto non risultano, vi sono due testi che si fanno carico di portare una motivazione, D. 7.1.68.pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*) e D. 22.1.28.1 (Gai. 2 *rer. cott.*), che in sostanza dicono la stessa cosa: l'uomo non può essere considerato come frutto dell'uomo (*'neque enim in fructu hominis homo esse potest'*). Ma è davvero una ragione? Viene in mente quella canzone che coglieva con cruda lucidità l'insormontabile forza del niente: «Vengo anch'io! No, tu no. Ma perché? Perché no»<sup>41</sup>.

In realtà potremmo anche non essere di fronte ad una semplice petizione di principio; tutto dipende da ciò che può nascondersi dietro a quel *'non potest'*, che potrebbe essere tanto l'esito di un giudizio ben argomentato, quanto una direttiva puramente suggestiva, di impianto retorico (una sorta di principio); sta di fatto che la frase non lo dice e nemmeno lo suggerisce, tanto che, così come è formulato, il *dictum* dovrebbe essere ascritto a quel genere spurio di regole che vanno sotto il nome di brocardi, del tutto sterili, e assai spesso fuorvianti, perché cancellano gli spazi del ragionamento giuridico e propongono una soluzione semplificata dei problemi, derivata dal *dictum*, senza riguardo al reale contenuto della controversia.

Una vera motivazione invece, e di straordinaria profondità, si trova in un altro passo di Ulpiano, D. 5.3.27.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*): *'Quia non temere ancillae eius rei causa comparantur, ut pariant'*. Una motivazione che coglie in modo perfetto la funzione del diritto in ottica giurisprudenziale, e che ancora oggi a mio avviso potrebbe e dovrebbe rappresentare il principio direttivo da adottare nel campo della bioetica: sarebbe temerario (e mi accontenterei di assumere il vocabolo nel significato più tenue, «sarebbe da temere», per le implicazioni che comporta) assumere, anche solo per ipotesi, che la schiava venga adibita alla procreazione, più di quanto non sia nell'andamento naturale delle cose. Qui la regola del *fructus* deve fermarsi, perché non ci sono più le condizioni per parlare di un *'frui'*, e d'altra parte non c'è bisogno di far spazio a regole diverse, perché non c'è nulla in gioco che giustifichi una deroga al principio di base che assegna al proprietario ciò che il bene produce.

Solo qui il *'non potest'* ha trovato un senso, ma lo ha trovato nei fatti, non nel vocabolario! E lo ha trovato nei fatti non come episodi, ma come contesti di vita, come assetti in cui, per qualunque cosa accada, deve essere possibile prender posizione e decidere la rilevanza. Questo segna anche il limite del diritto giurisprudenziale (ma vorrei dire del Diritto, con la dignità della maiuscola): se ad esempio fosse stato il proprietario a destinare la schiava alla procreazione di altri schiavi, il giurista, pur avendo per così dire già a disposizione il principio, non essendo in gioco una controversia, non avrebbe avuto spazio: né per impedirlo, che sarebbe stata operazione di governo, riservata quindi alla politica, ma nemmeno per giudicare; senza la controversia l'opinione del giurista, per splendida che sia, rimane un'opinione personale, e quello che secondo me sarebbe da evitare, è di indulgere troppo a questo profilo.

## 10. Conclusioni

Concludo con un rinvio alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti. *'Fructus'* è un termine che, alla luce del dibattito intercorso fra i giuristi, ci ha consentito di mettere in chiaro cosa si cela

---

<sup>41</sup>) E' interessante notare che in D. 7.1.68.pr. alla regola *'neque enim in fructu hominis homo esse potest'* segue un commento, forse dello stesso Ulpiano, in cui si dice testualmente *'hac ratione nec usum fructum in eo fructuarius habebit'*. Così come è formulata, l'opinione non è del tutto chiara, ma si può intendere così, che se intendiamo il parto come un bene autonomo, l'usufrutto non ha titolo per espandersi. Restano problemi importanti su cui però non abbiamo titolo per prender posizione, perché quell'esperienza ci è del tutto estranea: ci sarà stato un tempo in cui il bambino poteva o doveva restare presso la madre? Qualcosa del genere si può facilmente argomentare da D.33.7.12.7. Ci sarà stato regresso per il mantenimento? Probabilmente si instauravano rapporti misti, del genere ricordato da Ulpiano in D. 16.3.1.9 e 14, già richiamato sopra, che venivano affrontati adottando di volta in volta l'*actio* più appropriata in relazione allo specifico problema che veniva in considerazione. E' da ritenere che in questa materia non si fosse arrivati a definire un assetto unitario (fattispecie), ma ogni volta si adottasse l'assetto più appropriato.

dietro ai nomi: si celano dei giudizi, dietro ai giudizi delle relazioni, dietro alle relazioni dei punti di vista e degli interessi, ma alla fine, dietro a tutto questo, la vita nella sua concretezza. Ha senso che per affrontare il problema dell'appartenenza del parto della schiava si vada a discutere a livello linguistico se è frutto o non è frutto<sup>42</sup>? Se accettiamo di discutere in quei termini, la parola ci condiziona, perché il suo valore significativo è stato messo a fuoco in una prospettiva strettamente economica, irta fra l'altro di conflitti abbastanza gretti. La parola frutto, che si voglia o no, continua a suggerire esperienze polarizzate sull'idea del «produrre», e certo non può essere idonea per affrontare problemi di più grave rilevanza, proprio perché sorretta da un punto di vista molto particolare. Ma basta uscire dal puro dato linguistico (il sostantivo '*fructus*'), e recuperare nel concreto la relazione primaria che lo sorregge, il '*frui*', per capire che essa, per sua natura aperta a tutte le possibili esperienze, già di per sé ci eviterebbe un condizionamento ingiustificato e lascierebbe spazio alla ricerca di una soluzione attendibile.

Resta da fare una precisazione importante, per evitare che venga frainteso il senso di questo mio intervento. Esso è tutto dedicato a mettere in luce gli strumenti tecnici con cui i giuristi hanno lavorato, e le condizioni che hanno consentito il loro lavoro, segnatamente la logica della controversia, così magistralmente governata attraverso le *actiones*, già a partire dalle XII Tavole, dal tempo cioè in cui al diritto è stato dato lo statuto linguistico (le nostre fonti dichiarano, e tutti concordano, che in precedenza il diritto avesse lo statuto dei *mores*, cioè della vita vissuta). Tengo a sottolineare però che l'argomento affrontato, quello del parto della schiava, è stato prescelto proprio per mettere in chiaro che, se l'uso tecnico del linguaggio consente di fissare in modo eccellente i contenuti del diritto, è perché lascia spazio per operare in modo consapevole e controllabile su valori condivisi, meritevoli di assurgere al rango di diritto.

L'assimilazione del parto della schiava ai frutti delle cose non può essere accettata come *ius*, e cioè né come assetto plausibile di vita, né men che meno come criterio direttivo ('*ius*' come regola), perché non può essere elevato a diritto ciò che, per le sue possibili implicazioni, mette in gioco le condizioni di sussistenza del contesto in cui si opera. Sarei addirittura incline a dire che la vera risorsa offerta dalle tecniche giudiziarie romane è stata di impedire che fossero elevati a diritto assunti troppo rischiosi, o superficiali o futili. Con questo non si può negare alla legge, come strumento di governo, di introdurre direttive di cui essa stessa si fa garante (alludo al campo della bioetica); ma nel momento in cui fosse in gioco l'affidabilità del controllo legislativo, non è certo la legge che può farsi garante di se stessa, e si dovrebbe ritornare al Diritto, a quello con la «D» maiuscola, a quella sua condizione essenziale ed esistenziale di essere garante della sussistenza del contesto entro cui si vive e si opera. Che questo modo di praticare il diritto, per la sua importanza, abbia meritato un nome, è abbastanza scontato; che il nome, '*prudentia (iuris)*', sia il più appropriato che si possa pensare, spero di averlo dimostrato.

---

<sup>42</sup> Con questo non è certo da negare che nel diritto, con la dovuta attenzione, vi sia spazio anche per un approccio dialettico, fondato cioè sui concetti, purché affrontati con la dovuta padronanza del sistema e purché non si rinunci ai canoni del lavoro giurisprudenziale. In tal caso la definizione concettuale assurge a regola, e ne condivide la sorte, nel senso che deve comunque trovare svolgimento nel concreto dell'esperienza. Assumendo ad esempio come premessa del giudizio un '*frui*' definito come «godimento», e inteso questo come attività plausibile e compatibile con la «natura» della *res* (da cui ad esempio derivava la regola del '*salva rerum substantia*'), il *fructus* dovrebbe essere prospettato come «provento», cioè come lucro invece che come «prodotto», e si arriverebbe al medesimo risultato a cui si era arrivati negando che il parto della schiava fosse frutto. Tutto questo perché, pur con diversi percorsi, identico sarebbe l'impegno a rispettare la realtà di cui ci si sta occupando.