

L'ESIGENZA GIURISPRUDENZIALE DELLA SINTESI E LA SUA STORIA GENERALE

1. – I miei ascoltatori (e lettori) sanno sin troppo bene quanto io sia restio dal filosofeggiare che va tanto di moda in certi ambienti raffinati della giusromanistica contemporanea. Perciò niente Kelsen o Kantorowicz o Hart o Romano dietro il velame delle mie parole. Nel parlarvi di una «sintesi» che costituisce l'esigenza fondamentale della giurisprudenza (e in particolare, per quanto ne so, di quella romana), non mi riferirò ad Aristotele, a Cartesio, a Pascal e ad altri valentuomini del sapere. O forse mi vi riferirò, ma del tutto inconsapevolmente.

La sintesi di cui intendo parlarvi non è una (kantiana) sintesi «a priori», ma è solo una volgare, elementarissima sintesi «a posteriori». È quell'opera di riflessione sulla propria (spesso frettolosa e convulsa) attività pregressa alla quale i giuristi (anche i giuristi) di tanto in tanto avvertono l'esigenza di procedere, se non vogliono dar fuori di testa per la troppa confusione. Quel riordinamento, più o meno radicale, dei materiali e dei trucioli man mano sparsi alla rinfusa nelle loro botteghe. Quel tentativo, più o meno felicemente riuscito, di gettar via ciò che non serve e di spartire il resto in mucchi, in insiemi, in sistemi, ciascuno riconoscibile per le sue caratteristiche approssimativamente unitarie. Quello sforzo di «comporre» (dal latino *componere*) le *species in genera*, sulla base appunto di un procedimento (per dirla alla greca) di «sintesi».

Tanto premesso, è appena il caso di ricordare (non so proprio chi possa negarlo) che l'esigenza della sintesi i giuristi, come tutti gli scienziati, la sentono e l'hanno sempre fortemente sentita, anche se non sempre hanno o hanno avuto il tempo, la calma e la capacità che occorrono per effettuarla. Mi astengo da superflui esempi al riguardo. Il punto che voglio sforzarmi di mettere a fuoco è che l'esigenza giurisprudenziale della sintesi e della sistemazione non coincide, anzi forse addirittura contrasta con l'esigenza della «codificazione» del diritto. Esigenza, questa, che è essenzialmente politica.

Proprio così. Se per codificazione non si intende la pura e semplice redazione in un codice scritto di una raccolta di responsi giurisprudenziali o di provvedimenti normativi (non si intende per essa un «testo unico», tanto per capirci meglio), ma si vuol significare una raccolta sistematica di precetti giuridici imposta all'osservanza generale dal potere politico, ebbene il giurista veramente giurista solitamente non l'ama, e non si vede come possa amarla. Essa gli ostacola, addirittura gli preclude, l'esercizio del suo mestiere (una volta tanto

* Traccia, ricostruita sulla registrazione, di quanto detto, il 23 gennaio 1996, nella conversazione di apertura degli incontri di studio su «La codificazione del diritto dall'antico al moderno», organizzati dal Dipartimento di Diritto romano e Storia della scienza romanistica dell'Università Federico II di Napoli. Citazioni bibliografiche al minimo.

mi verrebbe qui fatto di parlar di missione), perché il mestiere del giurista non può essere angustiato dal muro di contenimento, sia pur vasto e accortamente costruito, di un codice che argini per un tempo tendenzialmente infinito (o almeno lunghissimo) il flusso della realtà sociale cui si riferisce.

Come ebbe a dire incisivamente alcuni decenni fa, con riferimento al «*ius conditum*», un maestro della levatura di Piero Calamandrei, «i giuristi non possono permettersi il lusso della fantasia»: se hanno (come è augurabile) fantasia da spendere, essi possono dedicarla solo al «*ius condendum*» (vedi, in proposito, una mia nota in *Labeo* 42 [1996] 287 s.). E siccome la società è in continua (e talora imprevedibilmente veloce e radicale) evoluzione ed i veri giuristi non si limitano a guardare alle leggi, ma guardano anche (e spesso anzi tutto) alla società, alle sue variazioni, al volto nuovo di molte sue vecchie questioni, è comprensibile che tante volte essi deplorino non solo l'eccessiva abbondanza delle leggi speciali che frenano il processo sociale, ma anche e sopra tutto la soffocante complessità delle logiche che i codici generali gli sovrappongono. Parliamoci chiaro: l'ideale (peraltro irrealizzabile, e comunque eccessivo) dei giuristi è che la società viva e si regga esclusivamente sulla base di consuetudini normative direttamente emergenti da essa stessa e dalle sue variazioni storiche. Anche perché la lentezza propria delle consuetudini a formarsi e ad evolversi può essere, almeno in parte, opportunamente utilizzata (insinuo) dall'influenza che i giuristi sono frattanto in grado di esercitare, con la loro stimolante attività interpretativa, sul duttile elemento della così detta «*opinio iuris et necessitatis*».

Si può capire, ciò posto, come e perché ai nostri tempi, e in particolare in Italia, si vada diffondendo un movimento di idee, sostenuto da valorosi cattedratici, teso alla delegificazione e principalmente alla decodificazione del diritto. Movimento di «deregulation» (il termine, si sa, è molto di moda) che non pretende (è ovvio) di spazzar via dall'ordinamento tutto quanto il «diritto scritto» e di bruciarne in un rogo di piazza i testi che lo compongono, ma che ragionevolmente suggerisce di mettere da parte quei pesanti organigrammi che sono i codici di diritto sostanziale, e inoltre di disboscare la nostra legislazione dall'eccesso di leggi che vi vegetano e che la rendono come una giungla inestricabile. Ciò al fine di lasciar spazio, entro un'orbita di soli principi generali fissati da poche e scarse leggi «di indirizzo», ad uno sviluppo più intenso dei provvedimenti giurisdizionali ed amministrativi e, con essi, ad un fruttuoso rigoglio della «giurisprudenza» nel senso letterale del termine, vale a dire nel senso dell'attività dei giuristi.

2. – Veniamo al diritto romano, unica materia di cui io mastichi bene o male qualcosa. Gli anni che sono trascorsi dai miei esordî, quasi dodici lustri, mi hanno portato a scrivere, scrivere, scrivere una quantità forse esagerata di libri, articoli, note e manuali, questi ultimi in edizioni ogni volta minuziosamente rinnovate, in cui ho fissato e precisato (e, perché no?, variato) il mio pensiero su molti temi dello scibile giusromanistico. Fortunatamente, io non sono un immortale. E non lo dico soltanto nel senso metaforico che tutti sanno (e che

tutti giustamente mi negherebbero in coro), ma anche nel senso primo della parola, cioè con allusione a quegli abitanti dell'isola Luggnagg, posta ad un centinaio di leghe a sud del Giappone, che fu toccata nei suoi straordinari viaggi, stando al racconto di Jonathan Swift (1726), dall'avventuroso Lemuel Gulliver («first a surgeon and then a captain of several ships»). Quei disgraziatissimi condannati all'immortalità (certo lo ricorderete) subivano l'apertura della successione nel loro patrimonio all'età di ottanta anni e per il resto della loro interminabile vita, sostentandosi con un magro assegno di alimenti elargitogli dallo stato, perdevano progressivamente parentele e amicizie e si esprimevano in un linguaggio sempre più lontano e superato che li rendeva incomprensibili a tutti.

Per verità, della perdita dello scarno mio patrimonio mi importerebbe ben poco e degli alimenti di stato, in fin dei conti, io mi accontenterei. Ma quant'altro narra Gulliver, e per lui Swift, degli immortali di Luggnagg mi colmerebbe di tristezza. Tanto più che comincio già da oggi, «giunto sul passo estremo della più estrema età» (così Faust nel *Mefistofele* del mio quasi contemporaneo Arrigo Boito), a rattristarmi alquanto per non essere più tanto capito (o letto?), forse anche perché non so esprimermi al loro modo, da una certa generazione di giovani dotti. Giovani ormai anch'essi non più tanto giovani, e nemmeno più tanto esuberanti come erano nei dintorni del '68, quando andavano auspicando la morte civile degli ultimi romanisti «tra le due guerre» e addirittura la *damnatio memoriae* di quelli che erano stati i loro maestri, gli «Interpolationenjager», gli spietati «cacciatori di interpolazioni» dell'ottocento e del primo novecento.

Comunque, siccome la provvidenza ha voluto che io (ripeto) non sia un immortale e siccome il mio vetusto «linguaggio» (nel senso saussuriano del termine) ancora può essere in qualche modo compreso, è inutile che stia qui a rimasticare, a supporto del mio punto di vista generale, tutto ciò che ho in gran parte riversato nei sette volumi delle mie *Pagine di diritto romano* (1993-1995) e che ho condensato e rimestato più volte nei miei manuali. Basta e avanza il rinvio a quei brogliacci (e, per chi ama il risparmio, particolarmente all'articolo *De iure Romanorum in historiam redigendo*, pubblicato nel 1970, ma quasi completamente riscritto nel 1993 per le PDR. 1.522 ss.). Tanto più che vi sono sincero. Anche se non ho letto (o, per lo meno, non mi viene di citare) Karl Raimund Popper, ho scorso qua e là, nel mio piccolo, le dolci rime dedicate da Vittoria Colonna alla memoria del marito Ferdinando d'Avalos («certi non d'altro mai che di morire») e magari anche, per chi predilige i sensi forti, ho intravvisto la prosa di Louis-Ferdinand Céline nel suo *Voyage au bout de la nuit*, là dove, facendo lo «slalom» fra mille sconcezze ed espressioni gergali, perviene all'affermazione bruciante che l'unica certezza della vita è la morte.

È in nome di questa certezza che tutto nella vita, esclusa la morte, è incerto, insicuro, controvertibile, «falsificabile» (espressione incongrua, usata dall'Innominato solo per «épater les bourgeois»), è in nome di essa che io, rinunciando al resto, mi limiterò ad illustrarvi per *indices* alcune suggestioni che val-

gono, almeno secondo me, a dare sostegno alla tesi (o meglio, all'ipotesi) di un'esistenziale riluttanza che anche i giuristi romani ebbero, finché fiorirono e finché in qualche modo continuarono faticosamente a fiorire come pensatori autonomi (dunque fino agli inizi del terzo secolo dell'era volgare), nei confronti di una «codificazione» preordinata ed imposta, sia pure con ricorso al loro contributo tecnico, dal potere politico. Questo proposito mi esenta dall'intrattenermi sulla codificazione legale di Teodosio II (ben altra cosa, come ha dimostrato l'Archi, dai codici eminentemente «giurisprudenziali» che vanno sotto il nome di Gregoriano e di Ermogeniano), nonché sull'analoga codificazione e legislazione complessiva di Giustiniano I, e mi suggerisce solo due precisazioni: la prima facile, la seconda piuttosto difficile.

3. – Sbarazziamoci subito della precisazione facile. Essa attiene al disegno di Giulio Cesare, così come rivelato da Svetonio (*Iul.* 44.1-4) e confermato in qualche modo da Isidoro di Siviglia (*Etym.* 5.1.5), di procedere ad una sorta di codificazione del *ius civile* e delle leggi vigenti ai suoi tempi (*«ius civile ad certum modum redigere, atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos conferre libros»*).

Non dico che non ci credo, non potrei. Cesare era Cesare, un personaggio «unico», non comparabile ai suoi predecessori e nemmeno, sia pure in parte, al suo grandissimo successore Ottaviano Augusto. Può ben darsi che lo strapotere raggiunto e il gusto militaresco dell'organizzazione e della disciplina, sviluppato in lui dal suo intenso passato di *imperator*, lo abbiano indotto a concepire (scusate l'anacronismo) questo progetto «napoleonico», che rispondeva d'altronde alle istanze di una certa intellettualità nobiliare dell'epoca (per esempio, di Cicerone, nel trattatello *de iure civili in artem redigendo* che alcuni, tra cui Gell. 1.22.7, gli attribuiscono). Sta di fatto, peraltro, che la morte prematura troncò di colpo questo ed altri suoi più o meno probabili disegni. Intrattenersi su di essi è, dunque, un discettare di futuribili, al quale rinuncio.

Passiamo allora, senza perdere altro tempo, alla precisazione più difficile. Essa concerne le XII tavole, cioè una manifestazione insigne di legiferazione di cui si possono ampiamente discutere le vicende, i contenuti, ma di cui non possono essere negate le caratteristiche, pur se rudimentali, di «fatto codificatorio» in senso proprio. Come si spiega questo evento storico? In che modo esso si inserisce nell'esperienza giurisprudenziale della repubblica? Com'è che ad esso si ricollega una giurisprudenza che fu indubbiamente restia, finché rimase anche minimamente libera, alle codificazioni politiche?

A mio personale avviso, è da escludere che la giurisprudenza degli antichissimi tempi (intorno, ricorderete, al 451-450 a. C.), una giurisprudenza che era poi esclusivamente quella sacerdotale dei pontefici, abbia promosso, gradito e bene accolto la messa in cantiere del così detto codice decemvirale. I pontefici erano (e sarebbero più tardi molto a lungo rimasti) patrizi tra i patrizi, mentre le XII Tavole furono indiscutibilmente il frutto di un compromesso politico tra il ceto conservatore patrizio e quello rivoluzionario (o comunque progressi-

sta) plebeo. Non solo. Alla radice di tutte le richieste plebee vi era l'istanza della pubblicità del diritto vigente, della sua traduzione, almeno parziale, in dichiarazioni («*leges*») a tutti accessibili: cosa particolarmente ingrata al collegio pontificale, che si arrogava l'investitura divina nella conoscenza e nella valutazione del *ius*.

Io suppongo intensamente, pertanto, che la giurisprudenza pontificale non abbia soltanto resistito, ma abbia operato, dietro le spalle dei decemviri, in netta controtendenza al cedimento patrizio nei confronti delle istanze della plebe. Probabilmente è ad essa ed alle sue influenze anche religiose che si deve la battaglia conferma dell'impossibilità di *connubium* tra patrizi e plebei: il «divieto» di unioni che sarebbero state (come sostennero anche più tardi i patrizi nei confronti del tribuno Canuleio) brutali congiungimenti «*ferarum ritum*». Probabilmente è ad essa che, più in generale, vanno attribuite quelle remore e quelle opposizioni che la leggenda ha concentrato nel racconto semplicistico delle due «*tabulae iniquae*» del 450: tavole, si noti, delle quali Livio omette di segnalare che furono approvate dai comizi centuriati al pari delle prime dieci. E se, di fronte ai rinnovati assalti della plebe, i pontefici non poterono evitare, di lì a poco, l'introduzione del *connubium* patrizio-plebeo, imposta nel 445 a. C. dal *plebiscitum Canuleium*, non vi è dubbio che essi, ingoiato il rospo della legislazione imposta dai plebei, evitarono di volgersi in definitiva disfatta e si arrogarono l'importante funzione di interpretare a titolo di esclusiva anche la nuova e ingrata legislazione, dettando ai cittadini sopra tutto modi e formule procedurali, che, per dirla col Pomponio del *liber singularis enchiridii*, decidevano «*in penetralibus*», cioè in segretissime camere di consiglio. Il che perdurò almeno sin quando Gneo Flavio, probabilmente ispirato e agevolato dal suo influente patrono Appio Claudio Cieco, pubblicò arditamente, a cavallo tra il sec. IV e il sec. III a. C., quel formulario di *actiones* che è passato alla memoria dei posteri col titolo di «*ius Flavianum*».

4. — Ma le XII Tavole, opporrà qualcuno, non erano provvedimenti scritti ed esposti al pubblico: provvedimenti che tutti i cittadini (o almeno, in supponenza di tutti, quei pochi che fossero sufficientemente alfabetizzati) potevano sin dall'inizio direttamente controllare?

Ecco, lasciate che ne dubiti alquanto. A prescindere dal quesito se i plebei fossero o non fossero quasi tutti analfabeti, sta di fatto che anche al giorno d'oggi, in piena civiltà dell'educazione scolastica obbligatoria, un testo di legge difficilmente si presta ad essere capito appieno da persone di cultura sia pure sviluppata, ma non specializzata. È quindi presumibile che, ai tempi arcaici della repubblica romana, la lettura e l'interpretazione «patrizie» delle tavole decemvirali da parte dei pontefici facessero aggio su ogni tentativo di lettura plebeo. Non si spiegherebbe altrimenti perché il *ius Flavianum* fu registrato dal ceto plebeo come un gran passo in avanti.

Non basta. Abbiate la pazienza di farmi avanzare (in aggiunta alle altre mie ipotesi in materia, che certamente già conoscete e su cui perciò qui sorvolo) la tesi che l'appropriazione delle XII tavole prima da parte della giurisprudenza pontificale e poi da parte della giurisprudenza laico-nobiliare (in altri

termini, l'assorbimento di esse nell'impasto normativo del così detto *ius civile* più antico) sia indizio molto rilevante del fatto che, in verità, il così detto «codice decemvirale» del 451-450 non solamente fu privo delle caratteristiche di un codice organico, ma addirittura mancò di quella precisione e definitività di linguaggio che sono essenziali di un testo legislativo perfetto. Come ho sostenuto in una recente occasione (in *Index* 23 [1995] 377 ss. [cfr. *retro* 81 ss.]), le XII Tavole non furono vere e proprie leggi «scritte», nel senso di leggi incorporate *ad substantiam* in un documento scritto (o, per lo meno, non vennero strettamente vincolate a quel documento *probationis causa*), ma furono, in certo senso, leggi «orali» (*leges* nel significato proprio del termine), cioè provvedimenti normativi comunicati solennemente al popolo, senza però una materizzazione scritta «*ne varietur*», dai decemviri, e per essi dai loro araldi.

La mia congettura si fa anche forte della probabilità, sempre a mio avviso, che a metà del quinto secolo avanti Cristo l'*exercitus centuriatus* patrizio-plebeo ancora non si fosse istituzionalizzato in quei *comitia centuriata* che, stando a Livio, avrebbero votato formalmente quanto meno le prime dieci tavole della codificazione allestita dai decemviri. Essa comunque chiarisce, a tacer d'altro, i non pochi dubbi e contrasti che gli stessi Romani ebbero sin dagli inizi circa il significato di molte disposizioni decemvirali.

Solo così (forse) si spiegano le notevoli varianti di formulazione che ci risultano attribuite ad alcune tra le stesse disposizioni. Solo così (forse) si spiega il fiorire della «*disputatio fori*», cioè delle discussioni particolarmente in sede di processo. Solo così (forse) si spiega il massiccio e disinvolto intervento dei pontefici nell'interpretazione (o apparentemente tale) di formule legislative non ponderate e limitate a pieno, quindi mal conosciute e peggio capite dalla massa dei cittadini. Solo così infine (lo dico senza forse) si spiega (per rifarsi ancora a Pomponio, nel brano del *liber singularis enchiridii* riportato in D. 1.2.2.5) lo sfocio delle XII Tavole, della *lex Canuleia* e di altre leggi antichissime in un «diritto cittadino» che venne considerato e proclamato, badate bene, come diritto «non scritto», come «*ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus*». Lo sfocio, insomma, anche delle arcaiche leggi (probabilmente non votate dal *populus*, ma ottriate al popolo unilateralmente dai patrizi) in quello che «*communi nomine*» (è sempre Pomponio che parla) fu, poi, sempre chiamato dai Romani *ius civile*.

5. – È facile opporre alle mie supposizioni una precisa obiezione. Tanto facile che ci ho pensato anch'io. L'obiezione è questa. Se fosse vero (per non parlare delle altre *leges* di quei tempi) che le XII Tavole furono piuttosto lontane dall'essere formulate all'origine, in un testo preciso e definitivo, e se fosse vero che esse, col trascorrere del tempo, furono sempre più vagamente ricordate nel loro assetto formale originario e furono immedesimate nel *ius sine scripto* della *disputatio fori* e dell'elaborazione interpretativa giurisprudenziale, non si spiegherebbe che, circa due secoli e mezzo dopo la loro emanazione, il grande Sesto Elio (*cos.* 198) sia stato in grado di pubblicare un testo delle leggi decemvirali nell'opera nota col titolo di «*Tripertita*».

Sì, certo, il Pomponio del *liber singularis enchiridii* (D. 1.2.2.38) su questo punto è esplicito. In primo luogo, egli afferma che l'opera di Sesto Elio «*extat*», sussiste, si può consultare ancora ai suoi tempi, dunque nel secondo secolo dell'era volgare. In secondo luogo, egli proclama che il «*liber qui inscribitur 'tripertita'*» è un libro che ha segnato in certo modo l'inizio della letteratura giuridica romana, perché «*veluti cunabula iuris continet*». In terzo luogo, egli precisa che la trattazione eliana si divide in tre parti, «*quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtextitur legis actio*». Stando a questo discorso, la «*praepositio*» della *lex duodecim tabularum* a tutto il resto dell'opera significa che della legge decemvirale Sesto Elio deve aver pubblicato e tramandato ai posteri, quanto meno sin a Pomponio, la formulazione «autentica».

Senonché, come diceva Leibniz? «*Cave a consequentiariis*», diceva. Non prendiamo troppo alla lettera questo e molti altri passaggi del *liber singularis enchiridii*. Mancano motivi seriamente attendibili per ritenere apocrifa l'operetta pomponiana, tuttavia è sotto gli occhi di noi tutti il modo estremamente sciatto (e poco conforme allo stile di quant'altro ci resta degli scritti di Pomponio) in cui è redatta la versione che di essa leggiamo in D. 1.2.2. Pertanto, come mi sono sempre rifiutato (e mi rifiuto e mi rifiuterò anche in questa sede) di sottilizzare maniacalmente sul significato delle parole e delle locuzioni che vi si incontrano (per esempio, su quello dei vari «*componere*» e «*fundare*»), così mi rifiuto di attribuire un valore assoluto e puntuale a quanto risulta dalla stesura formale del citato paragrafo 38.

All'«*extat*» dell'opera di Sesto Elio ai tempi di Pomponio (salvo che in frammenti e citazioni indirette) io ci credo, come altri studiosi, ben poco. Ma lasciamo andare: vi risparmio quanto ho già scritto altrove sui limiti di attendibilità del famoso «*carmen necessarium*» di cui menava vanto Cicerone (*de leg.* 2.23.39). Ciò che mi interessa di porre in rilievo, al momento, è che nel precedente paragrafo 7 Pomponio, dopo aver parlato del *ius Flavianum*, ha scritto: «*augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum*». Il *ius Aelianum* (che probabilmente teneva conto anche delle postdecemvirali leggi Silia e Calpurnia sulla *condictio* e della *lex Vallia* sulla *manus iniectio*, se addirittura non ne anticipava i contenuti) andava dunque molto al di là delle disposizioni «genuine» delle XII Tavole.

Anche se non faceva parte dei *Tripertita*, anche se era invece uno dei «*tres alii libri*» attribuiti da alcuni a Sesto Elio (così si legge nel paragrafo 39), anche se era addirittura un quarto e distinto *liber* pubblicato separatamente da Sesto Elio, il *ius Aelianum* ed il probabile contenuto «allargato» di esso rispetto alle tavole decemvirali originarie sono fatti (se veri) che implicano di necessità la conseguenza che i *Tripertita* non fossero affatto impegnati a trascrivere con filologica diligenza gli originali delle XII Tavole. Essi davano di queste ultime una versione notevolmente modernizzata a seguito di 250 anni di evoluzione sociale, linguistica e giuridica, ordinandole secondo un sistema che era probabilmen-

te non quello abbozzato dai decemviri, ma quello escogitato meditatamente dallo stesso Sesto Elio. Ed a sostegno del mio pensiero mi si conceda di aggiungere, anche in vista di ciò che andrò dicendo tra poco, che duecentocinquanta anni di quei tempi lontani sono davvero molti, anzi moltissimi. Vi sono infatti secoli lunghi e secoli brevi. Se il nostro secolo infelice è stato felicemente definito da qualcuno (dall'Hobsbawn) come «secolo breve» (anche perché l'essenzialità degli avvenimenti che lo caratterizzano va dal 1914 al 1991), non altrettanto può dirsi, sul piano della metafora, per molti secoli che lo hanno preceduto. Quanto ai secoli dell'alta antichità, essi furono in gran parte secoli addirittura lunghissimi: non perché tali li rendono ai nostri occhi le scarse e difficili informazioni che ne abbiamo, ma perché di essi fu per gli antichi (a quanto ci è dato di intuire) molto più accidentato e faticoso il corso. Il «*tractum temporis*» intercorrente tra le XII Tavole e Sesto Elio dovette essere, insomma, per la molteplicità delle spinte, delle contropinte, degli sbandamenti e delle incertezze che lo connotarono, parecchio in eccesso rispetto alla misura indicata dalla fredda contabilizzazione dei 250 anni, poco più poco meno, in cui si traduce la cronologia che lo riguarda. Nel quadro della successione tumultuosa di eventi che portarono Roma da potenza puramente laziale o centro-italica a potenza italica, extra-italica, vittoriosa su Cartagine e prossima ormai all'egemonia mediterranea, non solo la plebe vinse la sua guerra contro il patriziato, ma la distinzione originaria dei due ceti fu politicamente e costituzionalmente superata dall'affermazione, nel seno della nuova repubblica, della *nobilitas* senatoria: quella *nobilitas*, padrona quasi assoluta delle magistrature e dei sacerdoti, da cui sortirono in massima parte, continuatori dei primordiali pontefici, i *iuris consulti* laici, non di rado pontefici anch'essi.

Questi i motivi per cui io ritengo che sia ai limiti dell'incredibile che le XII Tavole, così come presentate ed ordinate da Sesto Elio a beneficio dei suoi lettori, abbiano puntualmente corrisposto alle formulazioni originarie e non siano state invece il prodotto di una lunga e profonda elaborazione giurisprudenziale, che dalle incerte e monche formulazioni originarie aveva tratto soltanto lo spunto. Ancora. È altresì ai limiti dell'incredibile che Sesto Elio, in un'opera che non era certamente di carattere antiquario, ma era e voleva essere una sintesi del *ius civile* vigente ai suoi tempi, abbia ommesso di trattare anche di importanti argomenti che furono sicuramente estranei alle *XII Tabulae* per il fatto di essere stati di più recente introduzione nell'ambito della rilevanza giuridica: per esempio, del processo di cui alle ricordate leggi Silia, Calpurnia, Vallia e del *damnum iniuria datum* previsto dalla *lex Aquilia* dei primi anni del sec. III a. C.

6. — A prescindere dal problema del testo letterale delle XII Tavole, non vi è dubbio che i *Tripertita* di Sesto Elio aprirono un'era della storia giuridica romana nella quale i progressi furono moltissimi. Tuttavia è assurdamente esagerato asserire (come da alcuni studiosi si è fatto e si fa) che il diritto posteliano fu un diritto «giurisprudenziale» e per di più «nobiliare». Nessuno può e vuole negare che la giurisprudenza laica della *libera respublica* sia stata in tutti i campi presente e

attivissima, ma non bisogna dimenticare che le «innovazioni» vere e proprie derivarono in gran parte da *leges publicae* (queste, sí, votate dalle assemblee popolari), nonché da iniziative giurisdizionali (prima del *praetor peregrinus*, poi del *praetor urbanus* e degli altri magistrati giurisdicenti *inter cives*): quindi da fonti che spesso, molto spesso non riflettevano affatto gli interessi del ceto nobiliare da cui i giureconsulti in massima parte ancora provenivano. Da fonti, insomma, che rispondevano, «bon gré mal gré», ad istanze pressanti di ceti ed ambienti poco graditi alla *nobilitas* agraria e latifondista, e soddisfacevano sopra tutto le istanze degli *equites* e dei commercianti in genere.

Di fronte alle nuove istanze, i giuristi *nobiles* saranno stati più o meno portati a contrastarle, più o meno inclini ad interpretazioni restrittive, è ovvio. Tuttavia, essendo ormai le magistrature e i sacerdozi accessibili anche ad *homines novi*, a personaggi di lignaggio non nobiliare, ed essendo inoltre esse largamente influenzabili, per risaputissime vie politiche, anche dai nuovi ceti emergenti, non è seriamente pensabile che i giuristi siano rimasti indifferenti ai tempi nuovi e non è seriamente pensabile che essi si siano platealmente squalificati con interpretazioni falsificanti. Il loro atteggiamento, almeno per quel che io dedurrei dalla memoria che ci è rimasta delle loro esplicazioni, è stato, sino al sec. I a. C., duplice. Da un lato, è stato quello di armonizzare il «nuovo» delle leggi e delle decisioni del *praetor peregrinus* col vecchio (e mai rinnegato) della tradizione civilistica antica, in una visione più ampia ed evoluta del *ius civile*. Dall'altro lato, è stato quello di considerare molto a lungo le innovazioni del *praetor urbanus* e degli altri magistrati giurisdicenti *inter cives* per ciò che, a stretto rigore, esse appunto erano: cioè per regolamenti puramente «alternativi» rispetto a quelli civilistici, e inoltre per regolamenti attinenti a casi singoli e concreti, cioè applicabili subordinatamente sia alla volontà del magistrato che di volta in volta le concedeva alle parti, sia all'accordo che di volta in volta interveniva tra le parti per farvi ricorso.

7. — Cominciamo dall'evoluzione del *ius civile*: cioè dall'integrazione di esso mediante il così detto «*ius publicum*» (nel senso di *ius legibus publicis conditum*) e mediante quello che io chiamerei il «*ius civile novum*» emerso dalla giurisdizione del *praetor peregrinus* (un *ius* che solo più tardi, partendo da altro e meno pragmatico punto di vista, quello della *naturalis ratio* comune a tutti i popoli civili, fu denominato poi sempre più diffusamente *ius gentium*).

A questo proposito, i nomi di giuristi che per primi si segnalano sono quelli di Bruto, di Manilio e di Publio Mucio, tre personaggi del sec. II a. C. i cui importanti contributi eminentemente casistici furono da Pomponio segnati da un uso chiaramente enfaticizzato del verbo «*fundare*» (i tre, egli dice, «*qui fundaverunt ius civile*»): un'enfasi verbale che ha indotto non pochi moderni studiosi a definirli, senza pensarci due volte, come «fondatori del *ius civile*» e poi a domandarsi stupiti perché mai ne fossero i fondatori ed a darsi elaborate risposte che sono (scusate la sincerità) tutte da dimenticare. Comunque, il rilievo dei tre giureconsulti del secondo secolo non eguaglia quello del grandissimo Quinto Mucio (cos. 95 a. C.) e dei suoi celebrati *libri XVIII iuris civilis*: opera, questa,

non certo di sistemazione organica, ma indubbiamente di completa raccolta e di parziale riordino in «genera», cioè in raggruppamenti omogenei di un materiale giuridico divenuto ormai vastissimo.

Senonché, in relazione a Quinto Mucio io mi sento obbligato a fare un discorso sereno, ma fermo. Vi è qualche esponente della giusromanistica contemporanea che esalta, con argomentazioni spesso suggestive, il carattere nobile e conservativo della sua opera, la quale sarebbe stata addirittura intesa a salvare ed a tradurre in regole austere la tradizione civilistica romana di fronte all'erompere della giurisdizione onoraria. Ove questa tesi fosse attendibile, non avrei nulla da obiettare, pur se in virtù di essa la figura di Quinto Mucio risulta (a pensarci bene) piuttosto immiserita anziché valorizzata. Il fatto è però che la tesi è da respingere, o almeno da non accogliere, per evidente insufficienza di indizi. Non è contestabile infatti, guardando alla palingenesi leneliana ed alle citazioni del grande giurista da parte dei giuristi di età successiva, che Quinto Mucio, oltre tutto fedelissimo estimatore (e forse fruitore) dell'attività di suo padre Publio, abbia del *ius civile* fornito un quadro vasto non solo quantitativamente, ma anche qualitativamente. Un quadro, quindi, non limitato agli istituti del *ius civile vetus* (quello di derivazione arcaica), ma aperto alle novità del *ius publicum* ed a quelle del *ius civile novum*. Basti ricordare il rilievo dato al contratto di *societas*.

Il problema della limitazione di Quinto Mucio e del suo trattato al *ius civile*, e non oltre, non va dunque risolto fantasticando un suo marcato atteggiamento arcaistico, conservatore, insomma aristocratico. Faremmo torto alla sua onestà intellettuale ed alla sua apertura di ingegno se lo pensassimo; ne mancano, del resto, le prove che egli agli editti dei pretori non chiudeva astiosamente gli occhi, ma, se del caso, vi badava, e come (cfr. es. Ulp. 71 *ed.*, D. 43.24.5.8, a proposito dell'interdetto «*quod vi aut clam*»). Tutto è dipeso invece, almeno secondo me (e doverosamente guardando allo stato degli atti), dal fatto che ai suoi tempi il *ius praetorium* o *honorarium* era un sistema giuridico puramente embrionale, che si poteva intravedere solo attraverso una serie incompleta, disordinata e non consolidata di espedienti processuali derogatori del *ius civile*: espedienti ai quali (ripeto ed insisto) le parti ricorrevano solo ove si mettessero d'accordo e solo nei termini variabili in cui di volta in volta pervenissero in concreto all'accordo stesso (l'una richiamandosi ai rigori del «*ius civile*», l'altra protestando vibratamente contro quei vecchi principi). Ora, in un clima siffatto della vita giuridica, fu altamente meritoria, perché obbiettiva e tutt'altro che partigiana, l'iniziativa faticosa assuntasi da Quinto Mucio di mettere ben in chiaro quale fosse il «tronco» del *ius civile* rispetto al sottobosco della giurisdizione onoraria, quale fosse cioè il punto di riferimento certo e incontestabile di fronte alle svariate iniziative innovatrici che il giudicante proponesse alle parti in causa o che queste proponessero allo stesso giudicante al fine di pervenire consensualmente alla *litis contestatio*. Né meraviglia, sempre in questo clima, che i magistrati giudicanti, pur avendo promesso nei loro editti programmatici di ingresso in carica un certo tipo di soluzione di questa o di quella eventuale contro-

versia tipica, si discostassero talvolta dalle promesse edittali quando si trovassero al cospetto di una lite concreta e degli argomenti concreti (magari nuovi) fatti valere dalle parti: comportamenti umanamente spiegabili, ma certo poco conferenti alla loro dignità, che vennero loro solennemente inibiti, sia pure a titolo di *lex imperfecta*, cioè di semplice esortazione, dal *plebiscitum Cornelium* nel 67 a. C.

L'opera di Quinto Mucio fu ritenuta tanto valida e tanto poco partigiana che, lungi dall'essere abbandonata a se stessa, venne utilizzata ed esaltata in seguito da giureconsulti di ogni estrazione sociale (quindi anche non *nobiles*) e trovò il suo perfezionamento, oltre un secolo appresso, in quella stupenda sintesi dei *libri tres iuris civilis*, cui attese un giurista (guarda caso: membro, e a fatica, dell'*ordo equester*) quale fu (stando sempre a Pomponio, 48) il grande e celebrato Masurio Sabino. Certo, sappiamo tutti che tra i tempi di Quinto Mucio e quelli di Sabino vi è stato nientemeno che Augusto e che questi svalorizzò il ceto nobiliare e valorizzò in suo luogo il ceto equestre, ma non deve nemmeno sfuggire a nessuno una considerazione decisiva: che il sistema dei libri di Sabino differì ben poco (per quel che si sa) dal sistema di Mucio e che dunque Sabino non sconfessò per nulla l'opera del suo predecessore, non la ritenne affatto di ispirazione aristocratica e sorpassata, ma ne confermò, opportunamente modernizzandolo, l'impianto.

8. – Ed ora, come nei romanzi di appendice del secolo scorso, facciamo un passo indietro. Occorre far parola di Servio Sulpicio Rufo e dei suoi celebrati *auditores*. Suvvia, non diciamo che Servio (*cos.* 51) fosse avversario di Quinto Mucio (il che è notorio) perché ostile alla *nobilitas* conservatrice e altezzosa di cui Mucio era esponente o perché spinto da cocenti ragioni personali di ripicca nei confronti del solenne giurista. Sulle ragioni di personale ripicca, che tralucono da un brano ingenuo e pasticciato del *liber singularis* di Pomponio (D. 1.2.2.43), si può anche ironizzare un tantino (e l'ho fatto appunto io, nel 1994, in un opuscolo fuori commercio dal titolo Mucio e Servio: cfr. *retro*, 13 ss.), ma solo un tantino. Più consistente è, se mai, la prima ipotesi, quando si tenga presente che Servio era *nobilis*, sí, ma di nobiltà recente e alquanto discutibile (per il che mi rimetto ai cenni leggibili in W. Kunkel, *Herkunft*² [1967] 25), quindi incline a non essere abbarbicato agli interessi ed alle tradizioni vantate (si può immaginare con quanta sufficienza) dall'alta *nobilitas*. Tuttavia siamo seri. Come è da escludere (ed ho escluso) che Quinto Mucio desse *responsa* restrittivi e fuori del tempo ai suoi interroganti e riscuotesse ciò malgrado grande successo tra costoro e tra altri giuristi suoi dichiarati seguaci (tra i quali Aquilio Gallo, Lucilio Balbo, Sesto Papirio, Gaio Giuvenzio, citati da Pomponio, 42), così è da escludere (e a nessuno, del resto, mi pare sia venuto in mente) che Servio Sulpicio abbia contestato il presunto impianto restrittivo dei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio e non abbia invece apprezzato anch'egli la grande opera di lui, al punto di postillarla copiosamente con quei «*reprehensa Scaevolae capita*», con quei «*notata Mucii*», di cui ci sono pervenute tante tracce e notizie.

La verità, nel dualismo Mucio-Servio, è un'altra. L'estroverso e brillante Servio, ascoltativissimo dai suoi numerosi *auditores*, preferì al lavoro sistematico l'attività casistica, dunque quella dei *responsa* e delle *quaestiones*, nello svolgimento della quale dette rilievo tanto al *ius civile* quanto alle soluzioni alternative emergenti dalla giurisdizione *inter cives* e, in particolare, dagli editti programmatici pubblicati dai magistrati giurisdicenti all'inizio dell'anno di carica. Se Servio si differenziò da Quinto Mucio, fu perché, avendo in uggia l'inevitabile lentezza comportata dallo scritto, si compiacque di affidarsi alle osservazioni ed alle idee fluenti copiose dalla discussione e dall'insegnamento a viva voce e riuscì pertanto ad andare molto al di là del *ius civile* e ad impostare (come è dimostrato dai copiosi *digesta* di appunti redatti dai suoi discepoli) anche una trattazione approssimativamente ordinata delle nuove istituzioni (si ricordi, ancora «alternative» rispetto a quelle civilistiche) emergenti dagli editti giurisdizionali. E ciò è reso plausibile: anzi tutto, dal fatto che una prima brevissima traccia di presa in considerazione della materia giurisdizionale il nostro Servio la gettò giù, come vedremo meglio tra poco, di sua propria mano; secondariamente, dal fatto che appunto al suo amicissimo e ammiratissimo Servio, col seguito dei suoi discepoli, sembra alludere nel *de legibus* (1.5.17) Cicerone quando pone in bocca a Tito Pomponio Attico la testimonianza secondo cui molti giuristi contemporanei si rifacevano all'editto pretorio, mentre i più antichi si limitavano a riportarsi alle XII Tavole e quindi al solo *ius civile* («Non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a duodecim tabulis, ut superiores, sed penitus ex intima philosophia hauriendum iuris disciplinam putas»).

9. — A questo punto si impongono alcune domande. D'accordo che degli editti giurisdizionali esistesse un testo ufficiale e che questo fosse di volta in volta affisso nell'*album* del magistrato. Ma come si provvedeva praticamente alla conservazione degli editti? Chi attendeva alla loro sistemazione secondo un ordine parzialmente divergente dal sistema civilistico che si suole appunto denominare come «sistema edittale»? È verosimile che il testo edittale, con tutti gli accrescimenti e le variazioni apportatigli anno dopo anno, fosse integralmente riprodotto nell'albo magistratuale?

La dottrina giusromanistica di gran lunga prevalente, omettendo di porsi queste banalissime, ma non puerili domande, non dubita che, quanto meno a partire dal primo secolo avanti Cristo, vi sia stato un *edictum perpetuum* del pretore e degli altri magistrati giurisdicenti pubblicato integralmente nell'*album* di ciascuno di essi e confermato e accresciuto anno per anno in un testo ufficiale, cioè in una stesura nei confronti della quale i giuristi romani (anche nei casi in cui avessero cooperato alla sua redazione in qualità di consiglieri dei magistrati) fossero, in quanto giuristi, nella condizione di «esterni», quindi esclusivamente di interpreti ed eventualmente di commentatori lemmatici. Tuttavia, mi faccio coraggio e vi chiedo se non sia, tutto sommato, più verosimile che alla raccolta sistematica degli editti giurisdizionali, in edizioni correnti tra i soggetti giuridici, abbiano atteso piuttosto i privati giuristi che non gli stessi magistrati.

Se ci pensate un momento e senza prevenzioni, la mia ipotesi si basa su almeno tre rilievi piuttosto ovvî. Primo rilievo: l'albo ligneo su cui erano affissi gli editti era di dimensioni vaste, ma non smisurate, sicché sarebbe strano (sopra tutto guardando ai tempi più inoltrati) che esso potesse davvero contenere tutto quanto il programma giurisdizionale (programma in continua crescita anno dopo anno) cui il magistrato manifestava pubblicamente di volersi attenere nell'esercizio della sua carica.

Secondo rilievo: l'editto «*de albo corrupto*», nel testo riportato da Ulpiano (3 ed. D. 2.1.7 pr.), introdusse un'azione penale di carattere popolare contro coloro che avessero alterato *dolo malo* le formulazioni edittali così come proposte «*in albo vel in charta vel in alia materia*», sicché l'affissione degli editti nell'albo era evidentemente il modo precipuo, «tipico», ma non esclusivo di notificazione pubblica dei programmi giurisdizionali dei magistrati.

Terzo rilievo: non ci risulta in alcun modo (ce ne dà indiretta conferma Gell. 11.7) che sia esistito in Roma un sito ufficiale di «conservazione» (alla guisa, diciamo, dell'*aerarium Saturni*) dei testi edittali, i quali dunque «rinascevano», fatte salve le dichiarate modifiche e novità, nella riproduzione non necessariamente fedele da parte del magistrato entrante in carica, oppure nel riferimento da parte di costui alla loro (non si sa quanto precisa) notorietà.

Non basta? Leggiamo allora, pur con l'estrema cautela suggerita dalla sua (già da me denunciata) sciatteria stilistica, un brano che Pomponio dedica ad uno degli allievi ed apostoli più distinti di Servio, Aulo Ofilio, nonché a Servio stesso.

10. — Si tratta, più precisamente, di Pomp. D. 1.2.2.44.

... *Is (Ofilius) fuit Caesari familiarissimus et libros de iure civili plurimos et qui omnem partem iuris fundarent reliquit, nam de legibus vicensimae primus conscribit: de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

I due periodi sopra trascritti sono stati sottoposti ad innumerevoli esegesi, sulle quali non è il caso di tornare. Mi limito quindi a richiamare, anche per quanto riguarda la bibliografia (da integrare, a voler essere esigenti, con Bremer 1.330 ss., 351 ss.), il recentissimo scritto di G. Falcone su *Ofilio e l'editto* (in *La-beo* 42 [1996] 101 ss.), del quale apprezzo la sottigliezza, ma non sono portato a condividere le conclusioni.

Pomponio esordisce affermando che Ofilio scrisse molteplici libri *de iure civili*, con i quali contribuì validamente ad illustrare tutti gli aspetti dello stesso («*qui omnem partem operis fundarent*»: cfr. Ulp. D. 32.55.1 e 4, ove si parla di *libri «iuris partiti»*). In questa frase l'espressione «*iur civile*» non può essere intesa solo nel senso stretto del *iur civile* di Quinto Mucio, ma deve essere interpretata anche nel senso più largo di «tutto quanto il diritto vigente»: solo così si spiega perché il periodo successivo sia introdotto da un dimostrativo «*nam*» e parli di un'opera *de legibus vicensimae* e di un'opera *de iurisdictione*, nella pubblicazione di

entrambe le quali Ofilio fu «*primus*». Quanto a queste due opere nuove, esorbitanti dall'ambito del *ius civile* in senso proprio, poco ci importa qui di accertare quale fu di preciso il titolo di quella in materia di imposte: siccome le «*vicensimae*» della storia giuridica romana furono almeno due (quella *manumissionum* e quella *hereditatum*), ma la seconda fu introdotta dopo i tempi di Ofilio (dalla *lex Iulia* del 5 a. C.), tanto può essere che Pomponio segnali Ofilio come il primo che si occupò della legislazione sulle *vicensimae* (trattando, ovviamente, solo di quella *libertatis*) quanto si può congetturare (a differenza del Falcone e dei suoi predecessori, nonché a differenza, per altro verso, dello stesso Bremer) che la legislazione (l'unica, ripeto, vigente ai tempi di Ofilio) sulla *vicensima libertatis*, cioè sulla *vicensima* per antonomasia, non si sia limitata all'antichissima e discussa *lex Manlia* del 357 a. C., di cui in Liv. 7.16.7 (così le mie PDR. 3 [1994] 255 ss.), ma sia stata integrata da leggi successive, tra cui la *lex Manlia Torquati* del 241 a. C. supposta dal De Martino (in *Labeo* 20 [1974] 181 ss.). Quello che qui ci importa è il seguito.

Nel seguito del brano in esame si indicano chiaramente due buoni motivi per cui Ofilio fu «*primus*» anche nel «*de iurisdictione edictum praetoris diligenter componere*». Il primo motivo fu che gli anteriori due libri serviani *ad Brutum* «*ad edictum subscripti*» (cioè identificati, secondo un uso letterario piuttosto diffuso, dalla dedica ad una persona cara o di riguardo, nella specie *Brutus*, e dalla «*subscription*», diciamo pure dal «sottotitolo», della materia trattata, che era l'*edictum praetoris*) non furono affatto un'opera qualificabile come vero e proprio «precedente», e non certo a causa della loro estrema brevità, rispetto all'opera ofiliana. Il secondo motivo fu che i libri di Ofilio consistettero in un'accurata «*compositio*» dell'editto giurisdizionale del pretore: «*de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit*». Riguardo a questa frase non mi sembra tuttavia accettabile che si sfugga alla difficoltà di interpretarla supponendo la caduta di un «*ad*» davanti alle parole «*edictum praetoris*» (ricostruendo: «*de iurisdictione idem ad edictum praetoris rell.*»): a parte il fatto che in tal caso Ofilio non si segnalerebbe come primo nel commentare l'editto del pretore, rimane il «*composuit*» (non «*reliquit*», non «*conscribit*», o meglio «*conscripsit*») che intriga.

E allora? Allora, se si tiene presente che Pomponio in D. 1.2.2.2 ha scritto del *ius Papirianum* che «*Papirius ... leges sine ordine latas in unum composuit*», e che in D. 1.2.2.4 egli ha scritto delle XII Tavole che i decemviri «*in tabulas eboreas* (corr. «*roboreas*») «*perscriptas pro rostris composuerunt*» le stesse, e che in D. 1.2.2.5 egli ha scritto che il *ius civile* più antico «*sine scripto venit compositum a prudentibus*», e che in D. 1.2.2.2 egli ha scritto che «*ex his legibus (XII Tabularum) eodem tempore fere actiones compositae sunt*», e che in D. 1.2.2.7 egli ha scritto che «*Sextus Aelius alias actiones composuit*» nel quadro del così detto *ius Aelianum*; se si tiene presente tutto ciò, non può non concludersi che, almeno nel linguaggio pomponiano, «*componere*» non significa «commentare», ma significa «mettere in ordine», cioè raccogliere sistematicamente («*in unum*») l'*edictum praetoris*, e più precisamente (quando ci si ricordi che non tutti i pretori, ma solo due tra essi avevano attribuzioni giurisdizionali) l'*edictum praetoris* «*de iurisdictione*».

Dunque, stando a Pomponio, Aulo Ofilio non solo si dette il carico di scrivere alcune note (come già il suo maestro) all'editto pretorio, ma si dette in più, e per primo, il carico di documentare e ordinare a futura memoria l'*edictum* giurisdizionale.

11. – Attenzione. Io non voglio affatto sostenere che le opere *ad edictum* dei giuristi romani, a cominciare dai libri di Ofilio, fossero la sede documentaria «autentica» dell'editto del pretore e degli altri magistrati giurisdicenti. Sarei folle. Io voglio soltanto raccomandare come attendibile l'ipotesi che le opere *ad edictum* (ed anche, nella loro prima parte relativa appunto all'*edictum*, talune opere di *digesta*) dei più rinomati giuristi preclassici e classici costituissero l'affidante «riscontro» ufficioso del testo «ufficiale», nell'ipotesi non rara che quest'ultimo fosse venuto meno a causa della mancanza di adeguati sistemi di conservazione e di documentazione pubblica dei provvedimenti magistratuali.

Come spesso avviene nella vita del diritto, altro era a Roma il testo formale da tutti riverito, altro era la realtà pratica cui tutti convenivano tacitamente di adeguarsi. Del resto, vi è qualcuno tra noi, al giorno d'oggi, il quale (giudice o avvocato che sia) vada in udienza con la *Gazzetta ufficiale delle leggi e dei decreti* o con una fotocopia autenticata della stesura originale degli stessi (tutte cose inesistenti in epoca romana), anziché con una buona raccolta privata universalmente riconosciuta come diligente e affidabile? Vi è qualcuno tra i presenti che abbia mai visto con i propri occhi, pur se per mera curiosità turistica, quella «Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti» (istituzione del tutto ignota all'esperienza giuridica romana) cui solennemente si ordina, nella chiusa di ciascun provvedimento supremo della repubblica italiana, che sia portato (dove e da chi?) il provvedimento stesso, fresco di firma del capo dello stato e del ministro o dei ministri promotori, con l'aggiunta del «visto» del guardasigilli? Se c'è qualcuno, mi dica, per favore, mi dica.

Vedete, il torto di noi storiografi del mondo antico, ed in particolare di noi giusromanisti, è spesso, assai spesso, di non «calarci» completamente nei tempi e negli ambienti di cui ci occupiamo. Non ci rendiamo sufficientemente conto che i Romani (per limitarci ad essi) non differivano da noi soltanto perché mancavano di giacca e cravatta, perché ignoravano la patata e lo zucchero e perché erano privi di energia elettrica e di televisione, ma differivano (e molto) da noi anche, talvolta «*in toto*» e talvolta nei particolari, per innumerevoli altri versi. Di qui le sciocchezze madornali in materia di diritto che spesso si leggono nei libri di pur distintissimi storici generici della civiltà romana, ma di qui anche (non meno) le altrettanto madornali sciocchezze che noi storici del diritto di Roma approfondiamo spesso nei nostri libri a proposito della vita romana di ogni giorno. Tutto perché viviamo e operiamo, i romanisti in generale, come suol dirsi, da «separati in casa»: ciascuno chiuso a doppia mandata nella sua facoltà e nel suo istituto, ciascun ignaro (e non di rado lievemente sprezzante) delle fatiche cui si dedica lo studioso di altri aspetti della civiltà romana, ciascuno disattento alla produzione altrui (o, nel migliore dei casi, scorrittore superfi-

ciali e impaziente, quasi dislettico, di essa), ciascuno incline (grande, grandissimo malvezzo) ad esprimersi in modo comprensibile (e nemmeno sempre) ai soli colleghi della sua specialità. E tutto ciò quando non si dà addirittura il caso, tra patetico e imbarazzante, di chi si sente obbligato ad ornamentarsi con terminologie astrofilosofiche orecchiate alla brava qua e là ed offre pertanto all'ammirazione di se stesso e dei suoi intimi «*portentiloquia*» barocchi di cui non si osa chiedergli se sia finalmente stanco, per non urtarne la suscettibilità («*Quis iam solacia fesso consiliumque dabit? Socius suspectior hoste*», diceva giustamente Claudiano, *de VI consulatu Honorii* 308-309).

Ma torniamo a noi. Dopo ciò che ho detto dianzi, io penso di poter sostenere (nei limiti, sia chiaro, della mera probabilità) che, nel passaggio dal periodo preclassico al periodo classico della storia giuridica di Roma, si siano progressivamente formati, consolidati e «cristallizzati» un *ius civile* e un *ius honorarium*, che erano ambedue espressioni, rispetto al *ius novum* promanante direttamente o indirettamente dai *principes*, di un «*ius vetus*» ormai considerato notorio e divenuto, nel contempo, sempre meno capace di evolversi e di adeguarsi agli sviluppi della *civitas* e dell'*imperium* romani. Di essi non ci si curava più, in pratica, di reperire le vere fonti: i *mores*, le XII Tavole, le altre antiche leggi repubblicane, gli *edicta magistratuum* e via dicendo. Generalmente ci si fidava delle esposizioni di base che i grandi esperti dell'uno e dell'altro ramo (o di ambedue) promuovevano, per così dire, a dignità di «lemmi» cui dedicare più o meno vasti ed approfonditi commenti e variazioni interpretative.

E se a sostegno di questa mia convinzione volete, tra tanti che se ne possono dare, un indizio di buona consistenza, rileggete, vi prego, i primi due paragrafi delle istituzioni gaiane (Gai 1.1-2). Nel primo paragrafo il giurista afferma che tutti i popoli «*legibus et moribus reguntur*», ma nel secondo paragrafo, intrattenendosi specificamente sui «*iura populi Romani*», non fa parola dei *mores*, cioè delle consuetudini, e dice che i *iura* del popolo romano «*constant*» da («*ex*») leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni imperiali e *responsa prudentium*. Siccome «*constant (ex)*» non si traduce correttamente con «derivano», ma si traduce con «risultano», è chiaro, almeno a mio avviso, che Gaio ritiene implicito ed assolutamente ovvio che i *mores* civilistici siano quelli attestati responsabilmente dai *iuris prudentes* nei loro *responsa* (e nelle loro opere in generale).

12. – Come si comportarono i *principes* di Roma nei confronti dei giuristi «classici» e come si comportarono i giuristi classici nei confronti dei *principes*?

In proposito io ho scritto e pubblicato troppe cose perché mi impanchi qui a ripeterle, o anche solo a riassumerle. Troverete il tutto, oltre che nei miei manuali, nel libro su *L'ordinamento giuridico romano* (quinta edizione, 1990) e nei volumi quarto e quinto (1994) delle già citate *Pagine*, oltre che in qualche nota, o cenno, o tagliacarte mandati alle stampe successivamente al 1994. Mi sono ripetuto? Sì, mi sono spesso ripetuto, sopra tutto al riguardo del *ius publice respondendi* e della pretesa codificazione giuliano-adrianea dell'editto. Ma, non l'ho fatto, credetemi, per prigrizia mentale, per «*taedium novi*», o per ostinazione ca-

nagliesca di vecchio e coriaceo cattedratico. Mi sono ripetuto solo dopo aver riesaminato attentamente i problemi alla luce delle critiche che mi sono state di volta in volta mosse: dunque, mi sono ripetuto solo in apparenza. Attendo ancora chi mi convinca, argomenti a mano, del contrario.

Ciò che mi preme, in questa sede, di «zoomare» come si deve è che i *principes* romani da Augusto ai Severi, anche se furono talvolta personalmente portati ad insopportabili eccessi di imperiosità (occorrono esempi al riguardo?), si atteggiarono pur sempre, sul piano istituzionale, tutt'altro che a monarchi assoluti (e tanto meno a monarchi per diritto ereditario), ma piuttosto ad autorevoli personaggi investiti «plebiscitariamente» (nel termine moderno della parola) dalla «gente» (termine, anche questo, di conio moderno) di poteri straordinari («*extra ordinem*») ai fini della supervisione della *respublica* e dell'*imperium* e, conseguentemente, ai fini del puntellamento e della pratica sostituzione delle sempre più fatiscenti strutture repubblicane tradizionali. Da un lato vi fu il *senatus*, o meglio il potente ceto nobiliare e latifondista che ad esso faceva capo, da corrodere lentamente e infine da polverizzare (o, che è lo stesso, da asservire al principato): ecco qualcosa che fanno e dicono tutti. Dall'altro lato (ecco invece qualcosa di cui non tutti si rendono del pari conto) vi fu da superare l'ostacolo dalla giurisprudenza: l'ostacolo rappresentato non da singoli giuristi, i quali molte volte furono amici dei *principes* e fecero parte dei loro *consilia*, ma costituito (si badi bene) dal ricchissimo patrimonio di concetti e di istituti (sopra tutto in materia privatistica) del quale i giuristi classici erano depositari e del quale essi, anche volendo, non potevano facilmente sbarazzarsi.

Presi tra la salda incudine della tradizione (civilistica e onoraria) costituente il *ius vetus* e le violente martellate che i *principes* (resi cauti, peraltro, dalla accennata loro posizione costituzionale di tutori della *respublica*) tendevano a distribuire sull'antico diritto con le loro *constitutiones* e con i loro interventi di *cognitio extra ordinem*, i giuristi classici, bisogna riconoscerlo (ed anche ammirarlo), non dimisero facilmente e vilmente il loro rango di *sacerdotes iuris*. Proprio come taluni, per poco che siano sereni, ricorderanno essere avvenuto in relazione al recente ventennio italiano del regime fascista da parte di numerosi giuristi, magistrati, avvocati di salda tempra, proprio alla stessa maniera, o quasi, essi salvarono tutto il salvabile opponendo agli estri innovativi dei *principes* le «ragioni» del vecchio diritto: «ragioni» che confortarono col richiamo al *ius ex non scripto*, al *ius gentium*, all'*aequitas* al *ius naturale*, e via su questa strada. Salvarono persino il processo privato, la così detta procedura *per formulas* facente capo ai *magistratus* giusdicenti, pur sopportando e dovendo sopportare che, sempre più di frequente, richiestone da malcontenti e litigiosi, il *princeps* ne riesaminasse i motivi ed eventualmente ne modificasse gli esiti in sede di appello: *appellatio*, sì, ma *extra ordinem*.

Del resto, i *principes* non avevano, sopra tutto in materia di *ius privatum*, molte innovazioni radicali da apportare al sistema: erano, appunto, nella situazione sostanzialmente conservativa del fascismo e dello stesso nazismo di questo secolo (tolte le barbare impostazioni di carattere razzistico, è ovvio), non in

quella del comunismo sovietico, portatore di una vera e propria rivoluzione anche del diritto privato. Bastò ad essi di scoraggiare l'attività legislativa di tipo repubblicano, di ostacolare gli insidiosi *senatusconsulta*, deviandoli verso le *orationes principum in senatu habitae*, e di addomesticare opportunamente i pretori e gli altri magistrati giurisdicenti: operazione quest'ultima tutt'altro che difficile, anzi particolarmente facile, visto che la formale elezione dei giurisdicenti, così come quella degli altri magistrati, dipese sempre più dalla *designatio* ch'essi ne facevano ai *comitia* e dalla *nominatio* ch'essi ne facevano al *senatus*.

Ciò posto (scusate l'insistenza e non prendetela per ostinazione), io torno anche in questa sede (sarà l'ennesima volta) ad affermare a gran voce che è proprio, ma proprio incredibile, per limitarci al *ius honorarium*, che Adriano, pur essendosi astenuto dall'abolire gli istituti delle *leges publicae* e dei *senatusconsulta*, abbia sentito invece il bisogno di intervenire con una codificazione di imperio sull'editto giurisdizionale del pretore urbano (e degli edili curuli), e quindi di abolire un *ius edicendi* che era nelle mani di magistrati già di sua piena fiducia e di piena fiducia dei *principes* in generale. Vogliate tener conto del fatto che (come è stato peraltro lealmente riconosciuto dal mio ultimo contraddittore, Filippo Gallo) la «codificazione» adrianea dell'editto pretorio ed edilizio (da me posta in dubbio in una comunicazione presentata nell'ormai lontano Congresso di Verona del 1949: cfr. *PDR*. 4 [1994] 218 ss.) trova un ostacolo insuperabile, a prescindere dagli altri argomenti sviluppati nei due primi articoli che ho dedicato all'argomento, quanto meno nel fatto che Gaio (1.2 e 6), in età successiva a quella di Adriano, ancora attribuisce ai pretori ed agli altri magistrati giurisdicenti il *ius edicendi*. Vogliate mettervi benevolmente nei miei panni se non mi do pace per esser stata la mia ipotesi generalmente ridotta da molti miei superficialissimi critici ad una negazione radicale dell'intervento adrianeo, senza che si sia dato adeguato rilievo alla connessa mia affermazione: all'affermazione che in età classica qualcosa di verosimile e di plausibile vi fu, e che la leggenda post-classica della codificazione adrianea fu molto probabilmente generata dal fatto che Adriano, al quale notoriamente premevano molto l'unità e l'uniformità dell'impero, usò come leva il suo *imperium proconsulare maius et infinitum* ed indusse davvero il senato ad emanare un *consultum*, ma solo per la confezione di un «testo unico» degli editti delle province senatorie e per la subordinazione delle modificazioni future degli stessi da parte dei loro *praesides*, in analogia di quanto già avveniva per gli editti delle province imperiali, agli autorevoli interventi del *princeps*.

13. – Volete che concluda? Concludo. Il quadro che vi ho tracciato della giurisprudenza romana, pur nella sua pochezza e pur nella sua approssimazione, vi ha posti dinnanzi ad una lunga serie di giuristi tutti portati essenzialmente, secondo l'ammonimento di Piero Calamandrei che vi ho ricordato all'inizio, piuttosto a conservare, a bene amministrare, a far fruttare il *ius conditum*, che non ad uscire dai binari dell'*interpretatio* ed a dare di proprio arbitrio per già *conditum* il *ius condendum*. Un *ius condendum*, peraltro, che non è escluso, anzi è più che probabile che essi abbiano invece opportunamente suggerito ai legislatori,

ai magistrati giusdicenti, agli stessi *principes*, cioè a coloro che erano istituzionalmente in grado di innovare, ai fini della sua trasformazione in *ius conditum*. Furono giuristi, quelli romani, della cui vicenda di vita ben poco si sa e dalle cui opere, per quel che ce ne resta, non traspaiono, al di là delle non poche divergenze tecniche, rimarchevoli diversità dipendenti dai loro personali caratteri, dai loro ceti sociali di appartenenza, dalle loro amicizie e dalle loro inimicizie. Il che va detto (ed è importante) anche per la conclamatissima contrapposizione delle scuole (o meglio, dei circoli, dei «club») dei Sabiniani e dei Proculiani. Che delusione, lo so, questo mio modo debole di fare storiografia, per certi amatori di «*portentiloquia*» di cui vi ho parlato poc'anzi. Mentre io li esorto a consolarsi, ed aggiungo «à la guerre comme à la guerre», già vedo, sento, immagino molti tra loro dirmi (ripetermi) che io volo a quota troppo bassa e non sono in grado di apprezzare i retroterra culturali di Quinto Mucio o le piattaforme filosofiche di Labeone, per non parlare della «*Weltanschauung*» di Papiniano. Eppure è così che abbiamo il dovere metodico di pensare. In Roma non vi furono (oppure furono presto sepolti dal ridicolo e dall'oblio) giuristi estrosi, che so, come Francesco Carnelutti (almeno quella volta in cui fu preso dall'uzzolo di inquadrare la pena di morte entro la categoria generale delle espropriazioni per pubblica utilità), oppure come Gino Gorla (almeno quando ebbe a sostenere «*frigido pacatoque animo*», in più libri ed articoli, essere il contratto italiano di vendita, malgrado ciò che si legge nel codice civile, sempre e ogni caso a carattere obbligatorio), o infine come l'indiano B. Cheng (al quale ultimo assegnerei senza esitazioni un Oscar internazionale per aver arditamente spiegato che il principio dell'inappropriabilità dei corpi celesti da parte delle potenze terrene scaturì, prima ancora che le Nazioni Unite lo sancissero con una risoluzione e lo confermassero con un trattato, da una «consetudine istantanea», da un «*istant custom*» formatosi da un momento all'altro tra gli stati di questo basso mondo: cfr. UN. *Resolution on Outer Space: «Istant» International Customary Law*, in *Indian Journ. of Intern. L.* 5 [1965] 23 ss.). Con buona pace di certi romanisti immaginifici, io dichiaro e confermo, in mancanza di indizi contrari di qualche consistenza, che i giuristi romani non fecero mai stupefacenti ascensioni aerostatiche e si comportarono sempre come industriose formiche nel trattamento del *ius Romanorum*. E quando, dopo l'età dei Severi, persero del tutto ogni possibilità ed ogni gusto della loro professione di lavoratori autonomi, essi tacquero, mentre le precedenti opere scritte rimasero. Ebbe inizio da allora la serie delle riedizioni di quelle opere «classiche», sopra tutto in *codices* pergamenacei anziché in libri di papiro, e degli adattamenti loro, mediante glosse e interpolazioni, ai tempi nuovi, che non restavano fermi. Un fenomeno, questo, che è stato alquanto azzardato, vogliate scusarmi, limitare (come alcuni hanno fatto) al terzo secolo e passa dell'era volgare, quasi che allora soltanto (e non già da tempo) si siano adottati i *codices* e quasi che dopo di allora, sopra tutto in Oriente, di altre riedizioni e di connesse variazioni di aggiornamento non se ne siano più operate. Quasi che i tempi siano rimasti prodigiosamente immobili nell'attesa dell'arrivo su piazza di Giustiniano I col suo fido Triboniano. Ma «questa è un'altra storia». Non era nei miei compiti parlarvene e non ve ne parlo. Chiuso.